

SINOPSE DO CASE: Quando o erro vira duvidoso: como o juiz deve apreciar a preliminar apontada? ¹

Lavínia Feitosa Silva Assunção²
Vail Altarugio Filho³

1 DESCRIÇÃO DO CASO

2 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO

2.1 Argumentos capazes de fundamentar cada decisão

2.1.1. O juiz deve rejeitar a preliminar:

Pautando-se na relação entre os artigos 250, do Código de Processo Civil, de 1973, e no artigo 283, do Novo Código de Processo Civil, afirma-se que o erro de forma do processo somente acarretará anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários, desde que estes não venham a trazer prejuízo às partes (FUX, NEVES, 2015, p. 68). Acerca disso, o Min. Benedito Gonçalves se manifestou:

Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada. [...] Deveras, "o defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*" (STJ, 1º T., REsp. nº 1.172.369/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 19.05.2011, DJe de 03.06.2011 *apud* ERESP 197857 / RJ, Rel. Min. PAULO MEDINA, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 16/12/2002)

Dessa forma, observa-se que, cabe ao juiz, diante de eventual irregularidade, ordenar à causa ao procedimento adequado, tendo em vista que esse não tenha gerado prejuízo à nenhuma das partes. Assiste razão a Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que não se deve valorar tanto o procedimento em si, mas o objetivo visado pela norma procedimental, assim, ele expõe que:

[...] Se este objetivo foi preservado, dentro do escopo maior do processo e segundo o sistema geral do contraditório e ampla defesa, cumpriu-se a instrumentalidade esperada do procedimento. [...] O interesse público na definição do rito está na garantia dos valores que o inspiram, e não em si mesmo. Por outro lado, em matéria de procedimento, não é o nome dado à ação pela parte que importa. O que se tem de apurar é a compatibilidade entre o pedido e o rito escolhido. (THEODORO JR., 2014, p. 376)

1 Case apresentado à disciplina de Processo Cautelar e Procedimentos Especiais da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

2 Aluno do 8º Período, do Curso de Direito, da UNDB.

3 Professor Me.

Diante do que foi anunciado, aludia-se a respeito do princípio da instrumentalidade, já citado anteriormente no voto do relator Min. Benedito Gonçalves (p. 1). Segundo essa concepção, a preocupação maior do aplicador deve ser favorecer o “papel da jurisdição no campo da realização do direito material” (THEODORO JR., p. 33, 2014), uma vez que é no campo dessa realização que o principal objetivo do processo é alcançado: resolução dos litígios. Pois, manifesta-se o doutrinador:

Complicar o procedimento, quando é possível simplifica-lo, seria para a Ministra Nancy Andriighi do STJ, “um desserviço à administração da justiça”. Quanto mais se exige a atenção dos advogados para distinções cerebrinas de caráter procedimental, mais se estará exagerando na formação de profissionais especializados “quase que exclusivamente no processo civil, dedicando um tempo desproporcional ao conhecimento da jurisprudência sobre o próprio processo, tomando ciência das novas armadilhas fatais e dos percalços que as novas interpretações do procedimento lhes colocam no caminho”. (THEODORO JR., p. 33, 2014)

Entende-se por desserviço um prejuízo, um desfavor ou transtorno. Dessa forma, numa real compreensão de efetividade processual, trazendo à tona o caso exposto pelo case, a adoção errônea do rito não deve invalidar o processo, como fundamentado na liminar pelo advogado da parte, pois não seria justo a valoração do procedimento sobre a substância do objeto da demanda.

Quanto ao tempo da ação, ressalta o que está disposto no artigo 487, § único, do novo Código de Processo Civil: “Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 322, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada as partes oportunidade de manifestar-se.” (VADE MECUM, 2015).

2.1.2. O juiz deve acolher a liminar:

Entende-se que “os procedimentos especiais são de aplicação cogente, não podendo optar o autor pelo procedimento comum, de forma que a primeira análise a ser feita a respeito do procedimento adequado diz respeito ao cabimento de um dos procedimentos especiais” (NEVES, p. 956, 2016).

Sendo assim, o juiz não poderá, em regra, ordenar a adaptação da causa ao procedimento adequado, pois “a previsão legal de determinado procedimento para certas causas envolve matéria de ordem pública, pelo que não há, seja para as partes, seja para o juiz, a liberdade de substituir um rito por outro” (THEODORO JR., p. 375, 2014).

3 QUESTÕES SECUNDÁRIAS

3.2. Quais os fundamentos jurídicos utilizados para justificar a questão anterior?

De acordo com o artigo 283, § único, do novo Código Processo Civil: “dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte em prejuízo a defesa de qualquer parte.” (FUX, NEVES, 2015, p. 68)

Em consonância, expõe-se acerca do princípio da instrumentalidade, o qual valora o papel da jurisdição no campo do direito material. Segundo este princípio, é possível a geração de efeitos, ainda que haja desrespeito à norma legal (NEVES, p. 301, 2016):

O essencial é verificar se o desrespeito à forma legal para a prática do ato afastou-o de sua finalidade, além de verificar se o descompasso entre o ato como foi praticado e como deveria ser praticado segundo a forma legal causou algum prejuízo. Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico-processuais programados pela lei 351. (NEVES, p. 301, 2016)

Ou seja, é necessário a garantia de pleno acesso à justiça, evitando-se procrastinações, e assim, permitindo que seja alcançada o quanto antes a solução de mérito (THEODORO JR., p. 34, 2014). Além disso, os artigos 250 do CPC de 73 e o 487, do CPC de 15. E para expor a posição em contrário, foi-se utilizado os conceitos de interesse processual em consonante ao princípio da adequação.

3.3. Qual seria a ação que a defensoria deveria ter entrado na época?

Deveria ter entrado com a ação de nunciação de obra nova, pois na época ainda vigorava o Código de Processo Civil de 973, o qual expõe em seu artigo 934: “Compete esta ação: I- ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que à edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins que é destinado;” (FUX, NEVES, p. 233, 2015)

3.4. Com o código novo, qual seria a ação que deveria ser utilizada hoje e as consequências da não utilização no caso concreto?

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, observou-se que alguns procedimentos especiais foram extintos, inclusive a nunciação de obra nova, ação esta que caberia ao caso exposto pelo case. Dessa forma, não havendo mais esta ação, o pedido será feito por meio do procedimento comum, fazendo as devidas alterações, bem como expõe o artigo 1024, §3º, do novo CPC: “os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste código” (VADE MECUM, 2015). Dessa forma, caberá a ação demandada pela defensoria: ação de obrigação de não fazer, frisando-se que é necessário o pedido liminar de antecipação de tutela. Acerca disso, explana-se que “é possível a antecipação de tutela, bem como a imposição de multa diária quando viável o desfazimento.” (VENOSA, p. 91, 2010). A priori, como já exposto, a jurisprudência afirma que é irrelevante o nome que damos a ação, logo, da ação de procedimento comum, não vai gerar invalidade do processo.

REFERÊNCIAS

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: comparado – Lei 13.105/2015 / Coordenação: Luiz Fux; Organização: Daniel Amorim Assumpção Neves. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Daniel Amorim Assumpção Neves. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPERDES, Lívia; ROCHA, Fabia Dias (org.). **Vade Mecum Compacto**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). REsp. nº 1.172.369- RS (2009/0249064-0). Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Aparício Antônio da Silva. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Rio Grande do Sul, 19 de maio de 2007. **Lex**: Jurisprudência do STJ: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120842/recurso-especial-resp-1172369-rs-2009-0249064-0-stj/inteiro-teor-21120843?ref=juris-tabs>.