

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO SEGUNDO A NOVA ORDEM
PROCESSUAL**

Rodrigo Magalhães Gonçalves

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO SEGUNDO A NOVA ORDEM
PROCESSUAL**

Rodrigo Magalhães Gonçalves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP
2017

MAGALHÃES GONÇALVES, Rodrigo.

A Primazia do Julgamento com Análise do Mérito Segundo a Nova Ordem Processual/Rodrigo Magalhães Gonçalves: - Presidente Prudente/SP: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2017.

Nº de fl. 89.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo: Presidente Prudente – SP, 2017.

1. Processo Civil. 2. Pressupostos Processuais. 3. Condições da Ação. 4. Saneamento Processual. 5. Primazia do Mérito.

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO SEGUNDO A NOVA ORDEM
PROCESSUAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Caíque Tomaz Leite da Silva
Examinador

Márcio Ricardo da Silva Zago
Examinador

Presidente Prudente, 14 de junho de 2017

*O rigor atribuído à construção doutrinária dos pressupostos processuais e o prestígio conferido ao dogma da relação jurídica, cujos requisitos de existência e validade são sempre e invariavelmente imprescindíveis, aproximam o processualista do poeta, tal como definido por Fernando Pessoa. **Por isso, o processualista, como poeta, é um fingidor. Finge tão completamente, que finge não poder julgar o mérito, o mérito que deveras sente.***

José Roberto dos Santos Bedaque

Dedico este trabalho à minha família, pessoas sem as quais eu não seria capaz de concluí-lo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente aos meus pais, Reginaldo e Ruth, por todo o esforço que sempre tiveram em minha educação e em meu crescimento. Sem vocês não haveria condições nem tranquilidade para minha dedicação exclusiva aos estudos, pelo que, juntos, colheremos todos os frutos.

Agradeço aos meus irmãos, Rafael e Letícia, por todo apoio, confiança e incentivo que tiveram durante essa longa caminhada em que percorremos juntos. São meus companheiros que não abandono.

Agradeço aos meus amigos, irmãos de afeto, que nunca me abandonaram nos dias de minha ausência e, que nos dias em que estive presente, me proporcionaram momentos cuja alegria fora combustível para honrar com meus compromissos. Me deram apoio, foram compreensivos e me incentivaram na busca de meus objetivos. A vocês, minha lealdade.

Agradeço ao meu orientador, Professor Daniel Colnago, por toda paciência e disponibilidade em dar suporte para execução desse trabalho. Incentivou, esclareceu dúvidas e mostrou o caminho para excelência científica que aqui tentou se demonstrar. A você, minha eterna gratidão, admiração e respeito.

Por fim, agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, em nome de todos que foram meus professores na cadeira docente, especialmente aos agora também examinadores Caíque Tomaz e Márcio Zago, os quais me ajudaram e ainda ajudam em minha construção profissional. São, sem dúvida, pessoas iluminadas que clareiam e torcem para o sucesso de todos. Refletem a seriedade e qualidade empregada pela IES.

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico donde o centro de interesse é o processo civil brasileiro e cuja área de concentração envolve os pressupostos processuais, as condições da ação, o sistema de invalidades processuais, o sistema de saneamento processual e, especialmente, a análise do mérito, colocando-o em situação de primazia. O objetivo central da pesquisa se deu na busca de identificar quais os contornos e alcance da primazia do julgamento do mérito diante do necessário formalismo exigido durante o procedimento judicial, buscando, assim, equilibrar ambos os valores. É que, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, a conduta que melhor define os escopos da processualística moderna está no sentido de promoção, na medida do possível, por parte dos magistrados, de um julgamento com definitividade, fazendo-se a tutela efetiva um dos maiores objetivos atuais. Por meio do método dedutivo buscou-se esclarecer o entendimento de acesso à justiça segundo as novas concepções da doutrina e seu respectivo enquadramento no tema proposto, seguindo-se de identificação da natureza jurídica da citada primazia do mérito frente a Teoria do Direito e sua correlação com o princípio da instrumentalidade das formas, para, após, tecer críticas ao dogma da precedência. Por fim aprofundou-se nos institutos de constituição, admissibilidade e desenvolvimento válido da ação e do processo, a fim de fixar os espaços que teriam a própria primazia do mérito diante dessa cientificidade, resultando-se, dessa forma, na identificação dos pontos em que caberiam ou não a flexibilização das formas, a fungibilidade dos meios e a maior autonomia dos poderes do magistrado, dando-se condições para concluir-se que, por meio do novo Código, há instrumentos suficientes e hábeis para maior concretização dos escopos sociais, políticos ou jurídicos do Estado.

Palavras-chave: Processo Civil. Pressupostos Processuais. Condições da Ação. Saneamento Processual. Primazia do Mérito.

ABSTRACT

That is about a monographic essay whence the main object is the Brazilian civil procedure whose the major point implicate the procedural assumptions, the action conditions, the procedural invalidities system, the procedural sanitation system and the merit analysis by a preference situation. The essay's main objective intends to identify the profile of the Preference of Trial of Merits considering the formalities required in the judicial proceedings for a better balance to both values. After the New Procedural Civil Code entered into force, the conduct that best define the objectives of modern processualistic is in order to promote, as far as possible, by the judges, a judgment on the merits, promoting an effective protection, one of the major recent objectives. Using the deductive method it was sought to explain the access to justice understanding by the doctrine's new conceptions and its engagement in the proposed theme followed by the recognition of the legal nature of the Preference of Trial of Merits compared to the Law Theory and its interconnection with the formalities's instrumentality principle to, after that, weave reviews to the provenance's dogma. Finally deepened in the institutes of the constitution, admissibility and valid development of the cause and the process to fix the gaps of the Preference of Trial of Merits against this science, resulting, by the way, in the recognition of the points that would or would not fit the formalities's flexibility, the mode's fungibility and a bigger power autonomy of the magistrates, giving up conditions to conclude that, by the new code, there is enough and skilled tools to a bigger materialization of the social purpose, politicians or legal of the State.

Keywords: Civil Procedure. Procedural Assumptions. Action's Condition. Procedural Sanitation. Preference of Trial of Merits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ACESSO À JUSTIÇA, INSTRUMENTALIDADE E SUAS DIFICULDADES.....	13
2.1 A Garantia ao Mérito Traduzida no Acesso à Justiça.....	13
2.2. Primazia do Julgamento do Mérito e Princípio da Instrumentalidade das Formas: Distinção?.....	16
2.3. Dogma da Precedência.....	19
3 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO COM MÉRITO: POSTULADO NORMATIVO, PRINCÍPIO OU REGRA?.....	29
3.1 Considerações Iniciais.....	29
3.2 Os Contornos que Envolvem a Busca de uma Classificação Normativa.....	31
3.3 Tentativa de Encaixe da Primazia do Mérito nos Grupos de Normas do Ordenamento Jurídico.....	34
3.4 Consequências em se Enxergar a Primazia do Mérito como Norma-Princípio....	39
4 PRIMAZIA DO MÉRITO, PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E INVALIDADES DO PROCESSO.....	45
4.1 Considerações Iniciais.....	45
4.2 Técnica Processual e Emprego Adequado da Forma.....	48
4.3 Poderes do Juiz e Simplificação da Técnica.....	52
4.4 Fungibilidade dos Meios e sua Contribuição para Efetividade do Processo.....	56
4.5 Sobre a Teoria dos Pressupostos Processuais.....	60
4.6 Condições da Ação.....	69
4.7 Invalidades Processuais.....	78
5 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, surgiu em nosso ordenamento jurídico como resultado de densa atividade deliberativa empregada entre seus idealizadores, que se reuniram inúmeras vezes e participaram de grande quantidade de audiências públicas com objetivo de sua discussão. A finalidade fora a positivação precisa do que se necessita no ambiente processual atual, em consonância com evoluções doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e internacionais.

É comemorado por quem analisa o contexto histórico das codificações brasileiras, que a idealização e a concretização de um Código Processual Civil tenha se dado integralmente em tempos democráticos, num país republicano e garantidor de direitos fundamentais. A observação é pertinente quando se lembra que a legislação anterior foi publicada em 1973, tempo de autoritarismo governamental.

Como garantidora de direitos humanos positivados, a Constituição da República de 1988, juntamente com a visão moderna daqueles que estudam a homogeneidade do ordenamento jurídico, estipulou a base para a criação de um Processo Constitucionalizado, cujo conteúdo milita a favor de um texto igualitário, a partir de experiências constitucionais e judicantes.

Em análise ao texto processual e em atenção aos comentários dos operadores do direito, tem-se que as inovações mais importantes advindas da citada produção legislativa e atinentes ao contexto acima descrito fora a criação de reais mecanismos para a busca da efetividade de uma tutela jurisdicional mais concreta, não oscilante e, por tudo, mais racional, baseada em extrema sinceridade e lucidez gerencial do processo.

O reconhecimento de que o Código de Processo Civil surgiu de uma construção integralmente democrática, compreende a afirmação de que tal diploma legal tem a capacidade de responder às demandas de toda a sociedade, tanto no aspecto da celeridade, da igualdade, como também no aspecto da segurança jurídica. Tem-se segurança jurídica a partir do momento em que se garante o enfrentamento meritório por meio da concretização da primazia do julgamento com análise do mérito.

É, que se positiva na legislação, por via de mecanismos procedimentais, formas de superação de obstáculos que dão relevo ao mérito do processo, privilegiando, assim, maior previsibilidade e uniformidade, que são postulados dessa segurança jurídica.

O raciocínio se confirma quando se tem a percepção da garantia de que o Juiz da causa não dará outro desfecho à lide senão àquele que enfrenta o mérito para resolver a discussão (previsibilidade), proferindo decisão que possibilita a este magistrado, afirmar, para ele e para a sociedade, qual seu entendimento sobre determinado assunto e instituto jurídico discutido (uniformidade). É deste entendimento que se retira que a doutrina do mérito tem direta contribuição na segurança jurídica.

A justificativa na escolha do tema se deu pelo interesse e preocupação da efetividade do princípio da instrumentalidade das formas, que, no momento atual, está sendo visto sob novo viés. O estudo foi convergente com a nova discussão sobre a preferência - que deve ser adotada - em se julgar o mérito processual, no sentido de se alcançar melhor resultado da prestação jurisdicional.

Percebe-se na realidade processualística, uma preocupação mais com as formas do que com os resultados possíveis da tutela do Estado, ideia antagônica com o que se estuda na teoria geral do processo. Diante desta perspectiva, a nova ordem processual trouxe, por meio de inúmeros dispositivos, um novo paradigma de sustentação comportamental dos magistrados no Brasil e, foi diante deste ofício, que se baseou o trabalho.

Pretendeu-se com o trabalho, contribuir com os novos paradigmas estabelecidos no texto do novo Código, os quais já estão em plena aplicação. O entendimento de que o direito reclama aquilo que se mostra pragmático para melhor efetividade de seus ditames, foi, dentre outros, o aspecto mais visível da pesquisa.

O objetivo geral da pesquisa fora demonstrar que o sistema normativo brasileiro avançou no sentido de inovar as regras no ambiente processual, quando diante do tratamento ao bem jurídico tutelado, seguindo assim, a tendência do que se aplica em Países outros que já adotam a mesma ideologia. Acredita-se que a reflexão e discussão sobre a temática, contribuíra para que as pessoas percebam o alcance que pretendeu o legislador na regulamentação do chamado processo de resultados.

Os objetivos específicos, alcançados por meio das problematizações enfrentadas ao longo dos capítulos, basearam-se em esclarecer a natureza jurídica da primazia de mérito – se ela seria um postulado normativo, um princípio ou uma regra comportamental; se o conceito moderno de acesso à justiça condiz e engloba com o que se entende por efetividade e justiça nas decisões; se há distinção entre o princípio da instrumentalidade das formas e o da primazia do mérito, relacionando quais suas principais características e semelhanças; e, quais as consequências dessa cientificidade diante da jurisprudência defensiva dos Tribunais, tecendo, inclusive, críticas sobre as mesmas. Ao final, ainda, objetivou-se demonstrar os instrumentos de concretização da primazia do mérito e a metodologia de suas utilizações, quais sejam, a técnica processual e emprego adequado da forma, os poderes do Juiz, a simplificação da técnica, a fungibilidade dos meios e sua contribuição para efetividade do Processo Civil, bem como a releitura da teoria dos pressupostos processuais e das condições da ação diante dos novos paradigmas da processualística.

Dessa forma, em capítulos de poucas divisões, pode-se dizer que a forma como o texto está organizado segue-se caminho lógico para conclusão do trabalho, começando por conhecimento que parte do universal, do complexo e, a seguir, busca traduzi-lo em uma informação particular, mais específica. É nesse sentido que a primazia do julgamento com análise do mérito segundo a nova ordem processual fora dividida por meio das abordagens sobre o acesso à justiça, a instrumentalidade das formas, a natureza jurídica principiológica da norma, o combate ao dogma da precedência, a necessidade de se utilizar da técnica adequada e simplificada, inclusive com ampliação dos poderes do juiz para melhor flexibilização das formas, tudo, para que sejam enxergadas as teorias dos requisitos do processo sob uma nova perspectiva teleológica dos instrumentos.

2 ACESSO À JUSTIÇA, INSTRUMENTALIDADE E SUAS DIFICULDADES

Compreender que o acesso à justiça depende também do entendimento de que o processo deva ser encarado exclusivamente como instrumento de concretização do direito material, significa ter maturidade e compromisso com a ciência processual, em respeito aos seus longos e incessantes anos de evolução.

Por isso, importante contribuição faz o pesquisador que enxerga e tece críticas às condutas que distanciam esses objetos das finalidades centrais do Estado. Nesse diapasão é que está, talvez, a Jurisprudência Defensiva, ambiente em que se procura em diversas ocasiões a criação de entraves e dificuldades para o alcance da resolução do mérito.

2.1 A Garantia ao Mérito Traduzida no Acesso à Justiça

Necessário aprofundar-se e, inclusive, entender os contornos da compreensão do que vem a ser acesso à justiça sempre sob o viés da visão que o engloba entre os direitos fundamentais dos cidadãos. Fadada está ao insucesso de abordar com profundidade o tema a pesquisa que não enxerga e expõe o acesso e utilização das prestações do Estado como um direito fundamental de todas as pessoas. É, pois, nesse caminhar de ideias que pretende o presente trabalho abordar complexo tema, muitas vezes escrito, erroneamente, de forma genérica pelos estudiosos do direito.

É a própria “fundamentalidade” formal e material desses direitos que torna o acesso à justiça assunto a ser entendido como tal, inclusive no que diz respeito ao estudo que se debruça sobre a efetividade das prestações jurídicas do Estado perante os particulares. No aspecto formal, a própria Constituição, como afirma Marinoni, confere proteção especial a essas normas; é o caso, por exemplo, de seu artigo 5º, §1º, em que afirma ter aplicabilidade imediata todas as regras definidoras desses direitos e, também, o caso do §4º, inciso IV, do artigo 60 em que

se garante que o legislador reformador não terá capacidade de reduzi-las, por integrarem a categoria jurídica de cláusulas pétreas¹.

No aspecto material, parte-se da ideologia de que tais direitos fundamentais irradiam efeitos “sobre a estrutura do Estado e da sociedade”² e que por isso mesmo, por meio do §2º do próprio artigo 5º, a Carta Magna garante a inclusão de outros direitos e garantias por ela adotados, ainda que não expressos em seu texto, para caracterizarem também como direitos fundamentais³.

Sem prejuízo desse reconhecimento extensivo das normas de caráter fundamental, o inciso XXXV desse artigo 5º da Constituição já assevera que nenhuma norma estatal estará apta a excluir do Judiciário a obrigação de atender aos anseios da sociedade, dando a eles acesso aos Tribunais⁴. Citada afirmação se repete no artigo 3º do novo Código de Processo Civil *ipsi literis*. Assim, resta-nos entender a função prestativa do Estado: explicar-se-á.

Conhece-se diversas classificações, inclusive as de Alexy⁵ e Canotilho⁶ sobre os direitos fundamentais, no entanto, como assevera Marinoni, no Brasil, importante se faz o entendimento da classificação empreendida por Ingo Wolfgang Sarlet⁷. As três, juntas “dividem os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações”⁸. Nesse sentido, o primeiro grupo se reporta ao Estado Liberal, de proteção apenas individual e passiva dos direitos do particular em relação às ilegalidades do próprio Estado e suas instituições, por isso mesmo, entendidos como direitos fundamentais de defesa. O segundo grupo, por outro lado, compreende o Estado Social, de proteção coletiva e ativa dos direitos da sociedade como um todo (estado de age e faz), traduzindo-se um estado de prestações e preocupado com o bem-estar da coletividade.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** – 4. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

² MARINONI, op. Cit. p. 137.

³ MARINONI, op. Cit. p. 137.

⁴ Vide redação do citado inciso XXXV, artigo 5º “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵ Sobre a estrutura das normas fundamentais em princípios e regras, em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traduzida por Virgílio Afonso da Silva.

⁶ Sobre as dimensões dos direitos fundamentais, em seu livro “Direito Constitucional e teoria da constituição”.

⁷ MARINONI, op. Cit. p. 143.

⁸ MARINONI, op. Cit. p. 143.

É nesse último grupo que reside o direito “ao acesso e utilização de prestações do Estado”⁹, como explica Canotilho (apud Marinoni)¹⁰:

Afirma-se a existência de direitos originários a prestação quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, **o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos**; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos (grifo meu).

Assim, embora a palavra “acesso” seja sempre empregada num sentido estático – daquilo ou daquele que esteja aberto a receptividade, o direito ao acesso à justiça se enquadra na categoria jurídica de prestação estatal, que exerce essa função por ser compreendido como um Estado Social, de atingimento de fins.

Não paramos por aí, Alexy e Sarlet, fazendo divisão distinta, mas sem prejuízo da aqui apresentada, ensinam que o grupo dos direitos a prestações podem ser subdivididos em prestações em sentido amplo e em sentido estrito. Nesse jaez, dizem que os direitos a prestações em sentido estrito indicam as prestações sociais e, os enquadrados no sentido amplo ainda se subdividem em direitos a proteção e direitos à organização e ao procedimento¹¹. É na categoria jurídica de direito à prestação em sentido estrito, em sua espécie de direitos à proteção que se situa o direito ao acesso à justiça. Isso se faz concluir a partir do entendimento de que as normas legais de carácter material também englobam o conceito de justiça e, por isso, a definição de acesso a elas não estaria limitada somente à disponibilidade da jurisdição.

Nesse sentido, o conceito de acesso à justiça, hoje, além de englobar a possibilidade de o indivíduo ser ouvido em juízo e receber uma resposta qualquer do Judiciário, compreende, também, “o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”¹², situando, nessa última parte, o carácter social do Estado moderno. Frisa-se, no entanto, que o

⁹ MARINONI, loc. Cit. p. 143.

¹⁰ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. *Apud* MARIONI, loc. Cit. p. 143.

¹¹ MARINONI, loc. Cit. p. 145.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74.

direito ao acesso à justiça não se confunde com o direito de ação, ou seja, o direito de ação não pode ser enquadrado como um direito à resposta de mérito.

Oportuno expor, também, o conceito formulado por Cappelletti, o qual ensina que¹³

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

O que não há de ser confundido é o fato de que a conduta ativa aqui exigida e exposta só se atina à figura do Estado enquanto garantidor de direitos, não devendo o leitor entender que o próprio Judiciário deve sair de sua posição de inércia, ou seja, somente após o impulso oficial é que a função jurisdicional do ordenamento jurídico tomará frente para assumir a outra face do conceito de acesso à justiça, agora para efetivar justamente as pretensões deduzidas em juízo¹⁴.

Desse modo, a primazia do mérito a ser aqui tratada tem relação direta com o conceito moderno de acesso à justiça, pois a engloba, trazendo mecanismos de concretização da mesma e integrando o seu conteúdo. É esse, dentre outros, um dos aspectos que se objetiva explicar por meio desse trabalho.

2.2 Primazia do Julgamento do Mérito e Princípio da Instrumentalidade das Formas: Distinção?

Como já amplamente ensinado nas universidades e doutrinas de direito, o princípio da instrumentalidade das formas traduz-se na indicação, aos operadores das normas jurídicas, de qual é o foco ou escopo da ciência a que estudam e trabalham, ou seja, a citada instrumentalidade explica que o processo

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre : Fabris Editor, 1998, p. 488.

¹⁴ É a orientação de LEMOS, Vinicius Silva. **Acesso à Justiça I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPENDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara – coordenadores: Juvêncio Borges Silva ... [et al]. – Florianópolis: CONPENDI, 2015, p. 9.

(entendido como a conjuntura entre sucessões de atos processuais e relações jurídicas de direito material) não pode ter o fim em si. Em outras palavras, ele deve servir tão somente de instrumento ou mecanismo para que se possa alcançar um fim maior que, na ciência jurídica, é o direito material devido à parte que tem razão e, conseqüentemente, a pacificação social.

Nesse mesmo diapasão está valiosa doutrina¹⁵, onde cita o sentido positivo do princípio da instrumentalidade das formas, alertando sobre o dever de capacidade do sistema jurídico em mapear o caminho a uma eficaz prestação às partes. Mas, não só direcionada ao aspecto da capacidade do ordenamento, a afirmação de que o processo é mero meio de efetivação do direito material também busca evitar excessiva complexidade dos caminhos (sentido negativo).

Pois bem; não obstante a existência - já antiga - desse princípio, a vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe a lume a primazia do julgamento do mérito, com sentido e ideia muito próxima da conhecida por meio da instrumentalidade. Restaria, então, a identificação e aprofundamento de uma suposta distinção entre ambas as normas, já que pouco convence, em primeira análise, o pensamento de que o legislador repetiu a mesma ideia, reformulando somente a nomenclatura. Assim, os seguintes questionamentos impulsionam a reflexão: seria a primazia do mérito uma espécie da instrumentalidade das formas? Seria meio de efetivação? Seria avanço? Ou são completamente distintas? Qual a diferença?

Conforme ensinamento de Humberto Theodoro Júnior¹⁶ a primazia do mérito é traduzida, para nós, a partir do momento em que o Código estabelece uma preferência clara em ver o juiz competente, sempre que possível, proferir uma sentença definitiva ao invés de uma sentença terminativa à causa, ou seja, evidencia-se por meio do diploma legal uma vontade legislativa em influenciar os atos do juiz no sentido da decisão de mérito. Essa conclusão tem respaldo em artigo próprio do Novo Código de Processo Civil o qual dispõe da seguinte forma: “*desde que possível o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria o pronunciamento que não o resolve*” (art. 488).

15 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores. 29^o ed. p. 50

16 THEODORO JÚNIOR, 2015, loc. cit. p. 1039-1040.

O mesmo autor, em outro trecho¹⁷, exemplifica o citado artigo de lei:

Pense-se no caso em que o autor deixou de constituir advogado para substituir o que falecera no curso do processo. Estando madura a causa para julgamento, seria contraproducente extingui-lo nos termos do art. 313, §3º, quando se tem perfeitas condições para sentenciá-lo em favor do réu.

Como se nota a primazia de mérito relaciona-se muito diretamente com as condições da ação e os pressupostos processuais, de forma que sua ideologia trabalha no sentido de evitar “a afirmativa de que a falta não suprida de pressuposto processual impede inexoravelmente o julgamento de mérito, conduzindo à anulação do processo”¹⁸, regra geral do ordenamento. Assim, a primazia do mérito excepciona o entendimento geral dos operadores do direito, avivando a possibilidade de “evitar-se, em alguns casos, a solução radical da invalidação do processo”¹⁹. Nesse ponto, é pertinente a leitura do §2º do artigo 282, NCPC, a qual o exemplo acima também serve; *in verbis*: “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Dessa forma, nos autoriza afirmar que ambas as normas são distintas, mas, embora sejam assim, apontam para uma mesma crítica, qual seja, a de que as regras formais e processuais não podem ser tratadas com maior importância em relação ao próprio direito material das partes; o processo só existe em função das partes e essas não podem trabalhar em função do processo; a ciência jurídica deve trabalhar sempre no sentido de resolver com definição os litígios; os direitos substanciais dos indivíduos ganham auxílio formal de eficácia e esse auxílio não pode desmembrá-los, de qualquer forma.

Há, inclusive, graças a essas semelhanças de ideia entre as normas, quem entende que²⁰ o

¹⁷ THEODORO JÚNIOR. 2015, loc. cit. p. 1040.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR. 2015, loc. cit. p. 144.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR. 2015, loc. cit. p. 145.

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Opinião 49 – Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito**. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em: 03 de jan. 2017.

Princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.

As distinções estão no fato de que o conceito do princípio da instrumentalidade das formas se relaciona com a definição de meios e fins para solução de litígio e, o conceito da primazia do mérito, já mais aprofundado no processo em termos práticos, relaciona a extinção sem mérito com o julgamento com mérito do processo. Além do mais, a primeira norma serve para todos os processos de nosso ordenamento – é princípio geral dos processos²¹ - uma vez que, judicialmente, os autos serão sempre instrumento de concretização do direito discutido e, a segunda norma relaciona-se unicamente com o processo civil.

Sem prejuízo de todas as ponderações aqui feitas, verdade é que a primazia do mérito tem grande aptidão de concretizar o processo como instrumento ou meio de satisfação de direitos em conflitos; basta pensar sua aplicação não só na fase de conhecimento, mas também na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução.

2.3 Dogma da Precedência

Nos debruçaremos mais adiante, na oportunidade desse trabalho, sobre toda construção científica do que já se entendeu e hoje se entende por pressupostos processuais, matéria que englobará toda sua sistematização e contornos básicos que fazem desse instituto um dos mais importantes da processualística clássica ou moderna. Sem prejuízo do aprofundamento futuro, salienta-se que fora a partir de Bülow²² que se estabeleceu a verificação antecedente e obrigatória de preenchimento dos pressupostos processuais em relação ao mérito da causa, concluindo, a partir dessa regra - quase acrítica até os

²¹ Conforme localização topográfica de CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. loc. cit.

²² Em sua obra intitulada “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais” de 1868.

dias atuais – que não poderia ter-se presente uma sentença de mérito sem a existência precedente de tais requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo²³.

A palavra “precedente” – aqui empregada no sentido daquilo que precede algo ou alguém - fora utilizada propositalmente para melhor ligação, por parte do leitor, ao tema proposto nesse capítulo, ou seja, quer-se deixar claro que fora a partir do estabelecimento de que os pressupostos processuais deveriam ser observados antes de qualquer forma de composição da lide que se deu origem ao dogma de precedência amplamente difundida nos dias atuais.

Com efeito, a ideia incutida nos estudiosos do direito sobre a necessidade de se ver preenchidos, com antecedência ao mérito, citados pressupostos, influenciou na conduta dos Tribunais que passaram a adotar, quase como regra absoluta, a obrigatoriedade de se negar a análise do mérito diante de qualquer imperfeição procedimental que se apresentasse aos seus gabinetes. Observe que não só fazer jus ao que a ciência entendia como correto – que era a posição de prejudicialidade do mérito diante da não observância dos pressupostos – os Tribunais começaram a aumentar o grau de incidência desse dogma da precedência, adotando verdadeira posição defensiva diante dos casos; daí o termo muito conhecido denominado “jurisprudência defensiva”.

Nesse sentido, qualquer equívoco, incorreção ou alteração de ordem ou de forma dentro do ambiente processual seria motivo para que os Tribunais negassem seguimento ao processo e à consecução dos objetivos pretendidos pela parte por meio da medida judicial. Por isso se diz que, não só passou a Jurisprudência a tratar com excessivo rigor as normas formais já existentes, como também começou a criar entraves antes não expressos em qualquer texto normativo vigente, fato este que ultrapassaria a exigências do devido processo legal para entrar num campo de plena ilegalidade e exagero por parte do Judiciário²⁴.

Perceba que pelo fato de estarmos nos reportando sempre às condutas dos Tribunais, evidente que a ocasião em que mais se presencia essa atividade

²³ RODRIGUES, Daniel Colnago. **Dogma da precedência e o projeto do novo código de processo civil brasileiro.** JusBrasil. 2013. Disponível em: <https://danielcolnago.jusbrasil.com.br/artigos/121943596/dogma-da-precedencia-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 09 mai. 2017.

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Revista Consultor Jurídico. 29 jul. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

defensiva desses órgãos é na hipótese do juízo de admissibilidade dos recursos em geral, tendo por base todos os requisitos e/ou pressupostos desses meios de impugnações das decisões de primeira instância. Assim é diante da análise do cabimento ou adequação do recurso, da legitimidade para recorrer, do interesse recursal desse legitimado, da verificação de inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, ou, ainda, diante da análise da tempestividade ou da existência de preparo dos recursos que a Jurisprudência costuma apontar entraves ou enrijecer regras que fazem do processo tudo o que se poderia imaginar, menos um instrumento de concretização de direitos materiais das partes.

Sem prejuízo desses requisitos, o local onde se nota maior campo propício para a jurisprudência defensiva são nas exigências de regularidades formais, termo genérico, com grande margem de interpretação e enquadramento por parte dos aplicadores da lei e que, por isso mesmo, pode servir de apoio a demasiadas exigências específicas muitas vezes acessórias e facilmente esquecidas pelos recorrentes²⁵. Trata-se, sem dúvida, de mais um requisito de admissibilidade dos recursos; não é a sua existência que deve ser combatida, mas sim, o modo como é interpretada e exigida perante os recorrentes.

Podemos ainda citar requisitos específicos dos recursos especiais e extraordinários, como a necessidade de prequestionamento e também a necessidade de reconhecimento de repercussão geral (esse último instituído pela Emenda Constitucional 45 – CF, art. 102, §3º)²⁶, ambos, que embora não venham servindo com tanta frequência como suporte para excessiva exigência formal como outros requisitos citados, também são objeto de controle das matérias que receberão ou não a definitividade de uma decisão (no caso, acórdão) de mérito.

Há, sim, motivos de grandiosa importância que fazem com que os desembargadores e ministros de nossos Tribunais entendam legitimada a conduta defensiva e rigorosa de se negar o processamento dos recursos diante das menores imperfeições, que sejam, dos instrumentos; dentre tais motivos, podemos citar a grande quantidade de processos que chegam às instâncias superiores todos os dias e que, de certa forma, abarrotam o judiciário. Nesse sentido, seria tido como insensata a pessoa que criticasse a defensividade dos Tribunais, porque essa não estaria atenta a um dos maiores motivos da ineficiência das instituições judiciais na

²⁵ MEDINA, loc. Cit.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 111.

contemporaneidade. É, inclusive, nessa perspectiva a manifestação do finado ministro aposentado e ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, o qual salientou que a jurisprudência defensiva é²⁷ consistente na criação de entreves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos [...] para fugir do aviltante destino de transformar-se o STJ em terceira instância.

Data máxima vênia, o citado Ministro acabou por transferir a culpa dos problemas do Estado e seu sistema de normas (incluindo as regras de organização judiciária) aos seus tutelados, ignorando o direito ao acesso à justiça e exigência de inafastabilidade da jurisdição que, não obstante a real superlotação de processos nos Tribunais, devem se manter intactos, pelo menos no que diz respeito a essa colisão de interesses, porque são garantias constitucionais.

Ademais, poderíamos dizer que o duplo grau de jurisdição, também, estaria sendo mitigado nessas situações? Vejamos, antes de qualquer resposta, qual a natureza jurídica desse princípio, bem como sua origem (porque necessário para seguimento do tema): sobre esses aspectos a doutrina se divide para nos ofertar dois posicionamentos: o primeiro deles²⁸ entende que se trata de um *princípio constitucional implícito*, pois, embora não esteja expresso na Constituição Federal, sua ideologia se situa e se extrai diretamente das normas de organização judiciária (artigo 102, inciso II e III, bem como artigo 103, inciso II e III e artigo 108, todos da Carta Magna), como também dos incisos LIV e LV do artigo 5º desse mesmo diploma legal. Dessa forma, o duplo grau de jurisdição seria resultado da exegese sistêmica do ordenamento jurídico. Cita, ainda, quem defende essa corrente²⁹ o artigo 8º, item B, alínea h, do decreto 678/1992 que ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, explicando que, embora não faça parte da Constituição, pois não seguiu o tramite do §3º do artigo 5º da Constituição, ainda sim, faz parte do ordenamento jurídico como norma *supralegal* (acima das leis infraconstitucionais e abaixo da Constituição), devendo assim ser entendido esses fundamentos para classificação dessa norma como *princípio constitucional implícito*.

²⁷ MEDINA, loc. Cit.

²⁸ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora JusPodivm. 10º ed. rev. ampl. atual. 2015, p. 62-63.

²⁹ TÁVORA, loc. Cit. p. 63.

A segunda corrente³⁰, por outro lado, utilizando-se do mesmo artigo 8º, item B, alínea h, do decreto 678/1992, explica que o duplo grau de jurisdição faz sim parte da Constituição, já que foi erigido a ela por meio do §2º do artigo 5º da Carta Magna, parágrafo esse introduzido pelo poder constituinte originário, diferente do caso do §3º, que adveio do poder constituinte derivado, devendo aquela regra prevalecer sobre essa, erigindo o duplo grau de jurisdição ao status de *garantia constitucional*.

Nesse sentido, sabendo-se as possíveis naturezas jurídicas do duplo grau, bem como o fato de que o mesmo surgiu por razões de ordem humana, subjetiva ou psicológica (irresignação do recorrente e falibilidade do prolator da decisão recorrida); razões de ordem técnica ou jurídica (dever de cautela e aperfeiçoamento, maior experiência do juízo recursal e colegialidade do órgão superior)³¹, bem como por razões de ordem política constitucional (controle interno do próprio judiciário)³² nos resta o questionamento: em todos os casos, estaria o duplo grau de jurisdição sendo afetado perante a conduta dos Tribunais em adotarem postura defensiva de atrelar o dogma da precedência em todas as situações que lhe apresentam?

Com efeito, o duplo grau de jurisdição traduz a oportunidade de revisão das questões de fato e de direito aduzidas e decididas no juízo de primeiro, assim, estaria tal princípio atrelado somente a instância imediatamente superior àquela que primeiro analisou as questões ofertadas ao Judiciário, não podendo, em regra, se falar em revisão dessas matérias no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, órgãos classificados como sendo de superposição, limitados somente às questões de direito. Fala-se em regra, pois em alguns casos excepcionais, a própria Constituição Federal coloca esses órgãos como terceiras instâncias (artigo 102, inc. III e artigo 105, inc. III), como nos casos de remessa necessária; nessas situações poderíamos dizer que tais órgãos estariam influenciando, por meio da Jurisprudência defensiva, no direito ao duplo grau de jurisdição, mas, repita-se, somente excepcionalmente³³.

³⁰ CINTRA, loc. Cit. p. 83-85.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil** : inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 42.

³² CINTRA, loc. Cit. p. 84.

³³ CINTRA, loc. Cit. p. 83-85.

Pois bem, no que se refere a essa matéria, conclui-se que o duplo grau de jurisdição, seja lá como for compreendido – norma supra legal ou garantia constitucional – acaba por ser mitigado injustamente, quando diante da Jurisprudência Defensiva, em todos os casos em que o recurso recair sobre decisão do juízo de primeiro grau e, em apenas algumas hipóteses quando recair sob a análise de admissibilidade efetuada pelos órgãos de superposição, tais como o STJ e o STF, no exercício de órgãos de “terceiro grau”.

Não obstante essas conclusões, averba-se que sobre o direito ao acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, garantias constitucionais irrefutáveis, não há que se fazer os mesmos questionamentos, pois estarão, em todos os casos, sendo afetados pela conduta dos magistrados em geral que negam seguimento do recurso por mero amesquinamento das exigências de forma para admissibilidade dos recursos. Ambas as garantias legais devem sempre serem observadas, independentemente do grau de jurisdição em que o processo estiver tramitando.

Desse modo, entende-se por inafastabilidade da jurisdição (também conhecido como princípio da indeclinabilidade³⁴) que os magistrados em geral tem a obrigação dar a prestação jurisdicional, não devendo se absterem por qualquer fato que poderia e deveria, na realidade, ser sanado ou aproveitado; assim, não podem recusar-se a prestar a tutela quando regularmente provocados a fazerem; regularidade essa que deve seguir as regras próprias do sistema de invalidades processuais, onde se tipifica a utilização dos atos que, em tese, estariam em condições de atingir sua própria finalidade³⁵.

A garantia de acesso à justiça, sem prejuízo de termos nos debruçarmos sobre ela em tópico específico desse trabalho, é compreendida, hoje, não só como a possibilidade de se requerer a concretização do direito perante a Justiça, mas também como o próprio direito a uma tutela justa e efetiva³⁶, pelo que deve ser respeitada pelos Tribunais, já que não justifica o argumento relativo a quantidade de processos que sobem às instâncias superiores a fim de limitação desse direito previsto em nossa Constituição da República.

³⁴ Por THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 115.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 115-116.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 74.

Finalizada essas considerações, importante se faz seguir na linha de combate ao pensamento de que a Jurisprudência defensiva se tornou um mecanismo legítimo e hábil a impedir o crescimento de demandas pendentes de julgamento nos Tribunais; como assevera José Miguel Garcia Medina³⁷.

A quantidade elevada de processos nos tribunais superiores, sem dúvida é um grande problema. Mas tal problema não é resolvido com a criação de entraves, pretextos, desculpas ou algo que o valha, sem o apoio legal, para que recursos não sejam admitidos.

Nesse sentido, podemos citar diversos exemplos que já aconteceram em nossos Tribunais e que resumem a gravidade do problema que é levar o dogma da precedência em suas últimas consequências. Dentre esses exemplos, temos situação descrita na súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: “na instancia especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Com efeito, citada disposição elimina qualquer possibilidade de juntada da procuração em momento posterior e, de quebra, contraria o que expressamente manda a lei processual em seus artigos 76 e 104, §1º, *in verbis*

Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e **designará prazo razoável para que seja sanado o vício (Artigo 76)**. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente. §1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, **exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável** por igual período por despacho do juiz (**Artigo 104, caput e §1º**) – grifos nosso.

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça, padronizador interpretativo das leis infraconstitucionais editou citada disposição a fim de justificar a imediata extinção de processos, ante a ausência de procuração nos autos, situação que se não merece ser chamada de absurda, é suscetível, sim, de receber críticas de quem preocupa-se com os escopos do processo civil brasileiro.

³⁷ MEDINA, loc. Cit.

Não para por aí: um outro exemplo que traduz esse tipo de conduta dos Tribunais está no fato de que vinha sendo reconhecido como entrave para o processamento dos recursos a constatação de carimbo inelegível de protocolo, fato este que, por si só, foge do controle do recorrente, ou seja, é erro dos próprios serventuários da justiça e que, segundo o próprio Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp 239.167/MG, tornaria inadmissível “a juntada posterior de certidão que atestasse sua tempestividade”³⁸. Com efeito, trata-se de situação absurda que merece reprovação de toda sociedade jurídica, pois cria requisitos não previsto na legislação, engessando e limitando o direito ao acesso à justiça.

Ainda podemos citar outro exemplo também muito conhecido por quem lida com os protocolos de recursos em Tribunais diariamente, qual seja, aquele disposto na hoje cancelada súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação asseverava que era “inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Citada súmula, embora falasse somente no que se refere ao embargo de declaração, fora utilizada por analogia também em outros recursos³⁹. Igual orientação havia também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual, segundo Alice Saldanha Villar⁴⁰, citando decisão da Corte⁴¹, explica que

A jurisprudência do STF era firme no sentido de que esse recurso seria intempestivo. Isso porque, de acordo com essa Corte, a intempestividade dos recursos poderia derivar tanto de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) como de oposições tardias (após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das situações, a consequência processual seria uma só: o não conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição.

O tema fora debatido entre a doutrina e por ela fora denominado de “tese da extemporaneidade do recurso prematuro”⁴². Situação essa traduzida no fato de que o recorrente, de alguma forma, tenha tido conhecimento do proferimento de

³⁸ MEDINA, loc. Cit.

³⁹ Cf. STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 164954 GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 28/06/2013.

⁴⁰ VILLAR, Alice Saldanha. **STF rechaça a tese da extemporaneidade do recurso prematuro**. JusBrasil. 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236107968/stf-rechaca-a-tese-da-extemporaneidade-do-recurso-prematuro>. Acesso em: 09 mai. 2017.

⁴¹ Cf. STF - ARE 841151 SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 09/12/2014.

⁴² VILLAR, loc. Cit.

decisão no processo em que é parte e contra ele manifestado sua irrisignação por meio de recurso apresentado antes da própria publicação e intimação, que seriam os atos responsáveis a dar, tradicionalmente, o conhecimento do acórdão. Esse fato fora suficiente a dar margem para que os Tribunais, em suas posturas defensivas, enxergassem essa conduta antecipatória como motivo de entrave do prosseguimento do processo, salvo se logo após o ato de publicação do acórdão, viesse o recorrente e ratificasse a escolha outrora praticada⁴³.

Devido a diversas críticas daqueles que estudavam o processo, as Cortes começaram a alterar seus posicionamentos; o STF, por exemplo, entendeu, em março de 2015, por meio do julgamento do AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED MG⁴⁴, que os embargos declaratórios apresentados pela parte seriam legítimos a representar seus interesses, formalmente, dentro do processo.

Tamanha repercussão do tema, o novo Código de Processo Civil (2015) fez constar em seu texto disposições que expressamente reiteram a admissão dos recursos interpostos antes do prazo. É o que se lê no artigo 218, §4º, *in verbis* “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”, bem como no artigo 1.024, §5º do mesmo diploma, *in verbis*

Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Fato é que diante desse inúmeros exemplos hoje já rechaçados pela doutrina, espera-se que a Jurisprudência respeite a linha de pensamento empregada na legislação, especialmente no novo Código de Processo Civil, diploma que traz inúmeros mecanismos de simplificação da técnica, observância dos princípios processuais e respeito as normas fundamentais da Constituição Federal. Não esquecemos, porém, que embora tenha-se a vontade da lei para consecução dos objetivos aqui traçados, depende-se e muito, igualmente, da vontade dos operadores de direito – aqueles que lidam e traçam o caminho aplicativo da legislação todos os dias.

⁴³ VILLAR, loc. Cit.

⁴⁴ Cf. STF - AI7032699 AgREDEDD-EDvED MGG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5/3/2015.

Nesse sentido atribui-se responsabilidade concorrente daqueles que criam para com aqueles que aplicam a legislação no Brasil, uma vez que nada adiantará a vontade apenas de um desses órgãos do poder se nada tiver de interesse a outra parte do Estado. A legislação processual, renovada recentemente, de nada será válida se a mentalidade da Jurisprudência não mudar para que se alcance os objetivos (maiores) iluminados por nossa Carta de Direitos. A interpretação e aplicação da legislação federal e da Constituição é de função dos Tribunais Superiores e, por isso, devem, então, esses órgãos, serem exemplos de zelo e cuidado na função de seus misteres⁴⁵.

⁴⁵ MEDINA, loc. Cit.

3 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO COM MÉRITO: POSTULADO NORMATIVO, PRINCÍPIO OU REGRA?

A correta interpretação e equilíbrio do sistema de normas do ordenamento jurídico depende sempre da importância hierárquica, abrangência e consequências de sua aplicação perante os casos apresentados no dia-a-dia. Assim, localizar qual a posição na exegese do sistema normativa se encontra a primazia do julgamento com análise do mérito torna-se questão imprescindível para atribuir a ela todos os seus efeitos e posição frente as exigências formais do processo.

Diante disso, há que se valer da Teoria do Direito frente as definições de princípios, postulados normativos e regras comportamentais para dar exato enquadramento jurídico e defender com propriedade quando deverá um magistrado proferir sentenças terminativas ou sentenças definitivas diante da lide.

3.1 Considerações Iniciais

A denominação “primazia do julgamento do mérito” é nova, não obstante resume objetivo antigo da jurisdição, qual seja, ofertar uma justiça efetiva aos seus tutelados. A Constituição Federal, desde 1988, assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴⁶ e, embora se estude esta disposição como a inafastabilidade do poder judiciário diante dos casos em concreto, também se cabe interpretá-la no sentido compromisso de promoção, na medida do possível, de um “processo de resultados”⁴⁷, aliás, o que seria a primazia do mérito senão o compromisso de o juiz não se afastar da apreciação dos contornos de uma relação jurídica de direito material?

Não sendo objetivo novo do ordenamento jurídico, o estudo da primazia do julgamento do mérito se justifica no reforço que empregou o Novo Código de Processo Civil ao tema, já que, com a Lei 13.105/2015 vieram inúmeras

⁴⁶ Artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Magna.

⁴⁷ É a expressão empregada por THEODORO JÚNIOR, loc. Cit., p. 23.

disposições legais carregando o seu sentido, as quais servirão de aparelhamento àqueles que utilizam a legislação como instrumento de concretização dos anseios sociais.

Aparelhados, portanto, diante da grande quantidade de artigos que carregam um único fim, os aplicadores e interpretes do direito tendem aumentarem a utilização e concretização dos mesmos aos casos do dia-dia, sempre por meio de um processo de retirada da força e sentido desta norma. Nesse sentido, as possibilidades de emprego errôneo e desconhecimento da estrutura das normas para uma devida interpretação se evidenciam/ se potencializam. É neste jaez que a importância do estudo da Teoria do Direito se aflora.

Neste sentido, o estudo da teoria do direito tem justifica na afirmada importância, uma vez que possibilita o encontro da configuração correta das normas jurídicas, a partir de individualização de características que a preenchem. Esta teoria fora recepcionada no Brasil, sobretudo por conta da influência da doutrinação alemã, cujos principais percussores são Esser, Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy⁴⁸.

Não se ocupará aqui da afirmativa de que regras, princípios e postulados normativos são, antes de qualquer coisa, normas jurídicas, pois, desta afirmativa já se posicionou a doutrina⁴⁹; nem mesmo se debruçará neste artigo da força normativa dos princípios, por tudo já aceita. O esforço a ser empregado está em “determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação”⁵⁰ das vontades legais.

Sobre a afirmativa de que regras e princípios são, acima de tudo, normas jurídicas, faz-se excelente função esclarecedora as palavras do Alemão Robert Alexy⁵¹ (traduzidas por Virgílio Afonso da Silva), donde se tem a explicação que de ambas podem ser retirados sentidos diversos, mas sempre com aptidão de delimitar condutas no ambiente social, característica reservada, portanto, às normas cujo efeito é de concretização do dever-ser.

Nesse diapasão, primeiro delimitaremos os contornos que envolvem a busca de uma classificação normativa para a primazia do mérito, passando-se,

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de abril de 2016, p. 4.

⁴⁹ ÁVILA. 2001, op. Cit. p. 4.

⁵⁰ ÁVILA. 2001, op. Cit. p. 7.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (5º ed. Editora Suhrkamp Verlag. 2006). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. 4º tiragem. Editora Malheiros. 2015, p. 89.

posteriormente, pela tentativa de enquadramento normativo da citada primazia diante da teoria do direito para, por fim, expor as consequências possíveis da classificação mais acertada, em termos científicos.

3.2 Os Contornos que Envolvem a Busca de uma Classificação Normativa

Com a direção empregada pelo novo Código de Processo Civil ao comportamento dos atores processuais na busca por resultado efetivo e resolutório do que fora tido como controverso dentro do processo, logo debruçou-se, os processualistas, nos instrumentos de concretização desta ideologia, explicando o reforço que trouxe o Código ao objetivo primordial da construção ou formação de uma relação jurídica processual, qual seja, resolver o conflito de interesses e pacificar de vez o seio social, estabelecendo condições de todas as pessoas conviverem com tranquilidade. Ficou para trás a indagação sobre no que realmente se traduz o direcionamento legal trazido pelo Código. Percebe-se que ao tratarem do tema, alguns autores partem da certeza de que estão se referindo a um princípio processual, sem discutir sua natureza jurídica perante a teoria do direito. É exemplo desses autores o Professor Fredie Didier Júnior⁵².

Há muita importância em se delimitar qual a espécie normativa que se configura a primazia do julgamento com análise do mérito, notadamente quando se identifica as consequências práticas da distinção entre normas-princípios, normas-regras e postulados normativos. Dentre essas consequências estão o grau de abrangência destas normas para com a interpretação dos casos concretos, bem como a possibilidade de serem suscetíveis ou não a conflitos normativos em busca de uma melhor aplicação do direito. Nem todas as normas se aplicam num mesmo grau e, por isso, é de extrema valia a individualização de cada uma delas, para que se possa traçar um caminho lógico de resolução de conflitos, a partir de devida interpretação. A citada individualização há de ser feita, sempre, em consonância com o estudo da Teoria do Direito.

⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento 17. ed. Jus Podivm, 2015, p. 136.

O questionamento que se pretende fazer é: será a primazia do julgamento com análise do mérito realmente um princípio, ou seria um postulado normativo ou até mesmo uma regra de especificidade comportamental? Antecede-se o esclarecimento de tal natureza jurídica a qualquer outra cientificidade sobre a matéria, porém, ressalvas são importantes para o tratamento do tema.

Com efeito, não se deve buscar a definição e encaixe de uma norma dentro da classificação de princípios jurídicos como se esta categoria somente tivesse, ao longo do tempo, assumido uma única modelagem conceitual. Há várias maneiras de se definir princípios e há várias formas de distingui-los das regras, dependendo sempre do critério em função do qual tais distinções são construídas. Somente a partir da fixação do critério que se pretende utilizar é que será possível o correto encaixe, da norma em análise, ao grupo normativo ideal⁵³.

O critério distintivo, deste modo, assumido neste trabalho, para o encaixe da primazia do julgamento do mérito numa das classificações normativas é, e não poderia ser diferente, o da função na interpretação e aplicação do Direito que teria tal norma a partir do momento que a reconhecesse como integrante deste ou daquele grupo normativo. A finalidade, portanto, em estabelecer a natureza jurídica da citada norma, é aplicativa, com relevância prática, não se limitando apenas a uma finalidade meramente descritiva.

A partir desta finalidade, a construção teórica jurídica sobre o assunto exige-se que se entenda a diferença na estrutura das normas que estão hoje presentes na regulamentação dos casos em concretos, sob pena de conferir maior ou menor grau devido, de incidência normativa, a questões que venham a ser objeto de litígio perante a jurisdição, bem como assumir um descontrole na densidade de aplicação destas mesmas normas perante a existência do direito material querido.

No sentido de construção teórica, portanto, imprescindível se torna o reconhecimento de que o grau de abstração de uma norma, não é, em todos os casos, o elemento diferenciador dos princípios para com as regras. Em análise crítica aos conceitos empregados na teoria do direito, corretamente se lembra que há, principalmente no campo civil, regras cujos preceitos empregados são razoavelmente vagos e/ou indeterminados, donde não se consegue a

⁵³ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 5

implementação imediata do preceito normativo à situação concreta. Nesse sentido estão os ensinamentos de Humberto Ávila⁵⁴

[...] a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada” só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras, essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra.

Faz-se obrigatório, assim, a investigação teórica de qual elemento seria capaz, unicamente, de estabelecer um ponto diferenciador entre os citados grupos normativos; perseguição que será feita em outro tópico no presente trabalho.

Há que se reconhecer que não é relativamente simples o enquadramento da primazia do mérito à categoria de princípio jurídico. Neste jaez, outros diversos pontos de identificação dos contornos que envolvem a busca por uma classificação normativa devem ser citados. Se de um lado tem-se o reconhecimento de que até mesmo as regras, em alguns casos, dependem de complementação para incidirem na esfera jurídica das pessoas, também se tem a percepção que nem todos os princípios jurídicos são incapazes de trazer, isoladamente, consequências ao cotidiano das mesmas. Assevera, mais uma vez, Humberto Ávila⁵⁵ que “a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso em concreto”.

É neste caminhar que diversos pontos de reflexão sobre a determinação da natureza das normas são estudados. O exemplo marcante em relação a isso está na ocupação que fez Ávila na afirmação de que “valores, meros estabelecimentos de fins, axiomas, postulados normativos ou critérios” não se confundem nem se assemelham com princípios⁵⁶.

Percebe-se, até aqui, que embora a afirmação do Autor se refira também aos postulados normativos, estes, com surpresa, são os que menos se assemelham aos princípios e regras, até mesmo porque fácil se torna a

⁵⁴ ÁVILA, 2001, loc. Cit.

⁵⁵ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 15.

⁵⁶ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 18.

compreensão dos mesmos quando se tem a afirmação de que sempre deverão estar presentes, em qualquer julgamento de causa ou, que não são suscetíveis de conflitos com outras modalidades de normas.

Dado o contorno suficiente aos precipícios possíveis do estudo da matéria, passemos então à tentativa de enquadramento da primazia do julgamento de mérito à unicidade das estruturas normativas.

3.3 Tentativa de Encaixe da Primazia do Mérito nos Grupos de Normas do Ordenamento Jurídico

Escusa-se, neste momento, da obrigatoriedade do sucesso em se concluir que a primazia do mérito faz parte, sem dúvida alguma, de um ou outro grupo normativo já apresentado. Há diversas formas de se identificar uma determinada posituação legal para atribuí-la força normativa correspondente e, o esforço a ser empregado nesta oportunidade, não passará de tentativa científica de trazer resposta à indagação principal do estudo.

A melhor maneira de debruçar-se sobre o tema é partir-se da criação científica já existente. Deste modo, poderemos citar novamente Humberto Ávila⁵⁷ que, após tecer diversas críticas à obra de Robert Alexy, conceituou princípios como sendo

Normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade/ alcance dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

Percebe-se, portanto, inicialmente, que são princípios todas as normas impossíveis de se aplicarem imediatamente, quando somente tem-se como base a subsunção literal do texto legal com o caso em concreto. Dependem, assim, de

⁵⁷ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 21.

complementação por parte de outras normas, as quais serviriam de instrumento de concretização dos ideais traçados por tais princípios. Oportuno fixar que os ideais da preferência pelo mérito, notadamente, são: efetividade e justiça das decisões (artigo 6º do NCPC).

Atentando-se somente a esse aspecto classificatório inicial, seria possível afirmar que a primazia do mérito é um princípio, pois estampa, de forma expressa, qual o ideal a ser buscado, sem muita exatidão do comportamento a ser seguido, atingindo grande quantidade de destinatários. Seria exemplo de expressa disposição destes ideais o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil⁵⁸, porém, não é somente (ou nem pode ser) no grau de abstração do mandamento legal ou na capacidade de alcance destas disposições para com os indivíduos suscetíveis de tutela jurisdicional que se esgota (te) a diferenciação entre princípios, postulados normativos e regras. Já fora ponderado no capítulo alhures que nem todos os princípios são incapazes, isoladamente, de trazer consequências à esfera individual das pessoas, fazendo-se do grau de abstração nem mesmo um critério diferenciador propriamente dito⁵⁹. Seria necessário, assim, o reconhecimento de alguma outra característica para ser possível identificar qual das três normas respaldaria a primazia da tutela meritória.

Deste modo, tendo-se por base, em primeiro lugar, a releitura das obras de ESSER (1990) apud ÁVILA⁶⁰ a distinção primordial de regra e princípio estaria no fato de reconhecer o maior grau de qualidade destes princípios para com as regras, pois aqueles seriam o “elemento que contextualiza” ou a fundamentação para aplicação destes, fazendo-se que a percepção fática empregada pelo interprete à lide tenha aptidão para receber a valoração de um princípio e, seguir, conseqüentemente, o seu caminho ideal, por meio de uma regra, no sentido de resolução do conflito.

Feliz foi a expressão empregada por ALEXY, na qual qualificou normas princípios como “mandamentos de otimização”⁶¹ indo de encontro com a ideia de maior grau de qualidade destas normas. Já referendava o Autor, na mesma obra, que foram estabelecidos três caminhos de entendimentos para se compreender a

⁵⁸ Diz o artigo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁵⁹ Este tema foi abordado no tópico 2, página 4.

⁶⁰ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 6.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (5º ed. Editora Suhrkamp Verlag. 2006). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. 4º tiragem. Editora Malheiros. 2015, p. 90

diferença de princípios para com as regras, mas que o critério qualitativo seria a melhor tese, ou, a mais correta⁶². Os outros dois caminhos estariam, portanto, superados: um asseverava a impossibilidade de distinção entre as citadas normas, pois, no final, sempre se permitiria que os critérios fossem, pelo interprete, “combinados da maneira que se desejar”⁶³ e, outro, se baseava numa “diferenciação somente de grau”⁶⁴.

Resta-nos, agora, analisarmos no que se resume, realmente, a primazia do mérito. Trata-se de mandado de otimização? Ou seja, os juízes devem, na medida do possível, estabelecer condições de concretização de uma análise do direito material, de modo a se alocarem somente ao lado da efetividade e da justiça nas decisões? Ou devem ser cautelosos com as formalidades processuais necessárias para a busca correta de uma decisão de mérito, porque isso sim seria o resultado de um processo justo? A cautela formalista exclui a possibilidade de tentativa de otimização de uma tutela de mérito ou ambas podem ser coniventes? Parece-nos que a modelagem ideal da primazia de mérito seria mesmo a de norma princípio e, não fosse a percepção de grande quantidade de artigos, no novo Código de Processo Civil, que resumem esta primazia com grande grau de determinação jurídica, poderíamos afirmar sem receio algum, somente com base no artigo 6º do mesmo diploma legal, que é sim princípio jurídico “novo”.

Mas não é fácil, como já se sabe. Devemos nos ocupar também do conceito de postulados normativos e, posteriormente, do conceito de regras – para fins de comparação. Assim, em segundo plano, agora com respaldo em EISLER (1994) apud ÁVILA⁶⁵ a diferença elementar entre postulados normativos e princípios seria o reconhecimento daqueles como condições processuais, procedimentais e humanas de se aplicar qualquer destes em função contextual das regras, não podendo, de forma alguma, tais condições estarem ausentes no momento de julgar o mérito. Reconhece a melhor doutrina⁶⁶ que são postulados normativos: a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o dever de proporcionalidade das decisões.

⁶² ALEXY, op. Cit. p. 89-90.

⁶³ ALEXY, loc. Cit. p. 89

⁶⁴ ALEXY, loc. Cit. p. 90.

⁶⁵ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 19.

⁶⁶ Humberto Ávila é o autor que reconhece.

A primazia do julgamento do mérito é condição de aplicação dos princípios e regras? Entende-se por condição a situação sem a qual não é possível se promover um objetivo, dependendo-se dela para alcançar determinada finalidade⁶⁷. O objetivo e a finalidade, no caso, é - repita-se - o de aplicação dos princípios e das regras, não de julgamento da causa⁶⁸. Estaria ela imune a qualquer colisão que resultasse em exclusão e/ ou ponderação de sua aplicação? Parece-nos que a resposta é 'não' para todas as indagações. Ora, a primazia do mérito não está para a solução de um *causo* do mesmo modo que a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, ou o dever de proporcionalidade (verdadeiros postulados) estão para a solução deste mesmo litígio, pois não promove qualquer fertilização para aplicação de outra norma. Falta-lhe a qualidade de indispensável e incombustível, pois, ainda que vise promoção do espoco social de justiça⁶⁹, se mostra suscetível a esbarrar em possível nulidade insanável do processo.

Com efeito, parece-nos que não se pode entender a primazia do mérito como postulado normativo, pois haverá situações e/ou hipóteses em que algum vício fatalmente maculará, de forma definitiva, o julgamento com capacidade de formar coisa julgada material. Por isso, não seria condição universal de qualquer julgamento que se tivesse a primazia do mérito como norma não colidente com qualquer outra, pois essa se esbarraria, em alguns casos, nas necessárias formalidades processuais que antecedem a exauriente cognição do magistrado. Nesse sentido, só seriam postulados normativos se trouxessem “condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica”⁷⁰ de princípios e/ou regras para o caso em concreto.

Feito todos os recortes, a outra conclusão não se chega, a não ser àquela que reconhece que a primazia do julgamento do mérito se aproxima, de uma maneira mais exata, à natureza jurídica de norma-princípio ou de norma-regra, seja pelos fundamentos/características que a retira de qualquer outra classificação, seja

⁶⁷ DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. Editora Saraiva, 29^o ed. 2012, p.569.

⁶⁸ É esse o sentido correto de se empregar a palavra, conforme ensinamentos de ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 19.

⁶⁹ Sobre este ponto ensina Cândido Rangel Dinamarco (**A instrumentalidade do processo**. 15^o ed. Malheiros, 2013, p. 188) quando diz que “o exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudado cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores”.

⁷⁰ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 19

pelo conceito reservado às respectivas normatividades, ou pelos exemplos existentes no texto infraconstitucional - processual. Ainda nos resta, entretanto, e sem prejuízo do que aqui já se expos, debruçarmos nas repercussões do conceito de normas regras. Ensina Ávila⁷¹ que as regras podem ser definidas como

Normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente de sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

O conceito de normas-regras pressupõe a existência de descrição normativa dos comportamentos a serem seguidos pelos atores processuais, ou seja, maior grau de especificação da conduta querida pela lei, entendimento que é estabelecido sem prejuízo do reconhecimento, de que há em nosso ordenamento, regras com maior ou menor grau de vagueza ou conteúdo indeterminado⁷². O conceito empregado pelo Autor é, nas palavras de ALEXY⁷³, a definição “prima facie” de regras e, por isso, insuficiente para uma completa distinção entre as citadas normas. Deste modo, da mesma forma em que se reconheceu a necessidade do encontro de um critério diferenciador único para os princípios em função das regras, também se reconhece aqui a necessidade de um ponto de distinção primordial das regras em função dos princípios.

Óbvio que, o mesmo critério que concede maior grau de qualidade aos princípios, pode ser interpretado a contrário sensu para ser estendido um menor grau às regras – o que não satisfaz a necessidade de buscarmos outro parâmetro. Neste sentido, WOLLFBACHOF e FORSTHOFF apud ÁVILA⁷⁴ estabeleceram um critério de fundamento de validade, no qual asseveram que, enquanto os princípios seriam “dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da ideia de Direito ou do princípio da Justiça”, as regras, por outro lado, seriam abstraídas

⁷¹ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 21

⁷² Este tema fora abordado no tópico 2, página 3 deste trabalho.

⁷³ ALEXY, 2015, loc. Cit. p. 103-106.

⁷⁴ ÁVILA, 2001, loc. Cit. p. 6-7.

unicamente “de textos normativos”, ainda que contextualizadas no sentido que propõe os princípios.

Neste jaez, relativamente à primazia do mérito, indagações são reservadas: Seria a preferência do julgamento com análise do mérito dedutível somente de textos normativos? Não teria tal norma a qualidade suficiente para contextualizar uma decisão? Os inúmeros dispositivos legais presentes no Novo Código, com elevados grau de determinação jurídica, seriam a justificativa de não reconhecer a primazia do mérito como um princípio?

Nos parece que a natureza jurídica desta norma, se prende, mesmo, ao grupo normativo de princípios jurídicos – excluindo a conclusão de que seria meramente regra processual. Outra acepção não deve ser dada à primazia do mérito, a não ser aquela que empregue a ideia de direito ou de justiça, como inerentes à sua natureza.

O argumento de que os diversos dispositivos legais existentes obstariam o reconhecimento da primazia do mérito como “norma de contextualização” se faz extremamente raso, diante do grande aprofundamento que se fez o presente estudo. Vejamos, entretanto, que exemplos não faltam no ordenamento jurídico. São eles os artigos: 76, caput; 139, IX; 321 e parágrafo único; o artigo 352; 932, parágrafo único; 938, §1º; 1.007, §§§ 2º, 4º e 7º; o 1.017, §3º; 1.024, §§ 3º e 4º; o 1.029, §3º; o 1.032 e o 1.033. A única repercussão do reconhecimento de tantos artigos específicos na delimitação da abrangência de um princípio é que: um princípio pode estar definido tanto em dispositivos genéricos como em dispositivos específicos, mas em todos eles, deve estar traduzido, forma direta, o seu fim, este sim, alicerce da delimitação de sua natureza jurídica.

Para concluir diante da análise feita, enfatizasse que, embora sejam diversos os critérios de identificação, pende-se a natureza jurídica da primazia do julgamento com análise do mérito, à natureza de norma princípio. Revela-se a necessidade de aprofundado estudo para que se tenha uma definição absoluta, porque a interpretação pessoal de cada pessoa oscila quando se decide (des) considerar um ou outro critério de individualização.

3.4 As Consequências em se Enxergar a Primazia do Mérito como Norma-Princípio

Reconhecendo-se a primazia do julgamento com análise do mérito como norma princípio, há de se admitir a possibilidade de conflitos normativos dentro do campo de sua própria aplicação, ora, somente os postulados é que são insuscetíveis de tais conflitos⁷⁵. Não só isso, reconhecesse-se também que o conflito da primazia do mérito com outro princípio deve ser solucionado por meio de ponderação de valores, não de exclusão de uma norma em função de outra⁷⁶. E relativamente a este ponto, o sopesamento acontece somente quando sobrepõe o melhor de uma norma em contrapartida do melhor de outra, não importando se as configurações legais entre elas são distintas, idênticas ou semelhantes⁷⁷. Nesse sentido é a advertência de ÁVILA⁷⁸

[...] foi dito que a solução de um conflito entre princípios consiste em atribuir prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido. É dizer: a eliminação da inconsistência normativa procede sem a declaração de nulidade de uma das normas envolvidas. Essa característica dos princípios é verdadeira, **mas somente na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes** (grifo meu).

Reconhecer a primazia do mérito como princípio é atribuí-la qualidade superior às das outras normas, conferindo-lhe capacidade abstrata de contextualização na aplicação de regras jurídicas ao caso em concreto, sem, entretanto, necessariamente erigi-la ao status de direito fundamental, porque, no final das contas, nem sempre por se caracterizar um princípio ter-se-á caracterizado um direito fundamental, ainda que todos “os direitos fundamentais tenham natureza de princípio”⁷⁹. Salienta-se que enxergar a primazia do mérito como direito fundamental não é conclusão que se despreze, entretanto, para fins deste estudo, não nos ocuparemos desta hipótese.

Também, é afirmar que não será correta sua aplicação quando ausentes da objetivação da primazia às particularidades da relação jurídica de direito

⁷⁵ ÁVILA. 2001, loc. Cit. 15-17

⁷⁶ Op. Cit. p. 16.

⁷⁷ Op. Cit. p. 16.

⁷⁸ Op. Cit. p. 16.

⁷⁹ É a orientação de MARINONI, loc. Cit., p. 181.

material os postulados normativos da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da proporcionalidade⁸⁰, porque são essas as condições de viabilidade de qualquer decisão de mérito. É afirmar que se trata sim de mandamento de otimização⁸¹, devendo os aplicadores da lei, por meio de suas respectivas interpretações, se esforçarem para extrair a finalidade normativa empregada da melhor forma possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas⁸².

Reconhece-la status de princípio é o mesmo que reconhecê-la caráter deontológico e negar a ela um caráter axiológico, porque estes últimos são exclusivos dos valores⁸³ - como explica ÁVILA

[...] os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor.

Conforme estabelece a língua portuguesa, “a deontologia é um tratado dos deveres e da moral. É uma teoria sobre as escolhas dos indivíduos, o que é moralmente necessário e serve para nortear o que realmente deve ser feito”⁸⁴. Conceito diverso do que é empregado quando se refere ao caráter axiológico de determinada palavra, no qual “implica a noção de escolha do ser humano pelos valores morais, éticos, estéticos e espirituais”⁸⁵.

Nega-se à primazia do mérito, da mesma forma, o conceito de axioma, porque este “denota uma preposição cuja veracidade é aceita por todos”⁸⁶ de modo que não seria “nem possível nem necessário prova-la”⁸⁷, ao passo que, como princípio jurídico, poderia ela, invariavelmente, ser empregada em sentido que

⁸⁰ Este tema fora abordado no item 3, página 7 deste trabalho.

⁸¹ Conforme Robert Alexy.

⁸² ALEXY. 2015, loc. Cit. p. 90.

⁸³ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 18.

⁸⁴ Conceito encontrado no site <http://www.significados.com.br/deontologia/>

⁸⁵ Conceito encontrado no site <http://www.significados.com.br/axiologico/>

⁸⁶ ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 18.

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 18.

colidisse com os fins de outros princípios, devendo ambos ser ponderados, como já explicado⁸⁸.

Por fim, reconhecer que a primazia do julgamento com mérito é princípio, é autorizar que esta norma, quando presente no ordenamento jurídico, carregue com ela finalidades cuja busca deriva do estado de direito⁸⁹, o que não se confunde com a afirmativa de que ela se traduz em “mero estabelecimentos de fins”⁹⁰, porque, conforme ÁVILA⁹¹.

Os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, **sem que seja estabelecido um dever ser**. O estabelecimento de fins, quando motivados por meio de um dever ser passam a constituir um princípio [...].

Como assenta o Autor, é invariável a necessidade de conjugar o estabelecimento de fins com o dever ser, para somente a partir daí ter-se instituído o verdadeiro princípio jurídico.

Os desdobramentos do estabelecimento de uma definição e assunção de posição quanto a natureza jurídica de uma norma, repercute sempre no modo que será recebido esta norma ao entendimento do interprete e aplicador da lei, bem como na maneira que este aplicador irá interpreta-la para emprega-la ao sentido correto da vontade legal diante do caso em concreto.

As consequências de se apontar entendimentos incorretos quanto a natureza jurídica de uma norma, podem ser devastadoras à justiça e efetividade nas decisões, empregando-se resultado não querido entre as partes e nem mesmo pelo magistrado, se antes de aplica-la tivesse ele se valido dos pressupostos de configuração normativa correta. O resultado da compreensão da natureza jurídica diversa da ideal, resulta a concessão de peso irregular ao mandamento jurídico, insanável senão por meio da impugnação correspondente.

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica que mais se aproxima à essência da primazia do julgamento com análise do mérito é, de fato, a de princípio jurídico. Isso porque os dispositivos que carregam os fins desta normatividade,

⁸⁸ O tema fora exposto no item 3 deste artigo.

⁸⁹ WOLFFBACHOF e FORSTHOFF apud ÁVILA. 2001, loc. Cit. p. 6.

⁹⁰ ÁVILA. 2001, Loc. Cit. p. 18.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 18.

inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do novo Código de Processo Civil, militam no sentido aparelhamento do magistrado, para conferir a ele subsídios suficientes de contextualização e fundamentação no sentido de busca de resultado efetivo ao direito material da parte que tem razão.

Entendeu-se por meio desta pesquisa que o Código de Processo Civil conferiu verdadeiro “mandado de otimização”⁹² para o juiz e para as partes, obrigando-os a trabalharem sempre em prol do atingimento fim do processo. Que não poderia se caracterizar a citada norma como sendo postulado normativo, pois a ela não se vê a característica de condição de julgamento, nem mesmo o caráter incombátível, quando empregada, por exemplo, diante de vícios processuais. A ela, somente se entende a capacidade de superar alguns desses vícios, justamente porque assume-se a função de superamento destes.

Chegou-se à identificação de que, há no texto normativo processual, dispositivo que demonstra, de forma direta (e não de forma indireta), os fins da norma em estudo (é o caso do artigo 6º do NPCP) e, por isso, distancia-se da afirmativa de que estaríamos nos referindo meramente a uma regra comportamental, ainda que inúmeros os exemplos de outros dispositivos com alto grau de especificidade jurídica. Assim, é verdadeiro o reconhecimento da possibilidade de haver princípios jurídicos cuja especificidade é variável perante as normas legais.

Reconheceu-se a necessidade de cautela, por parte de quem faz referência à primazia do mérito, em se empregar a nomenclatura correta para se referir a tal normatividade, não porque a nomenclatura seria importante, mas porque somente a partir do correto direcionamento da palavra é que se daria ensejo ao entendimento da estrutura correta das normas, possibilitando-se, a partir daí a acertada interpretação na solução do caso em concreto. É o entendimento real de qual estrutura normativa se encaixa a primazia do mérito o fator mais importante no estudo, tudo porque tem-se relevância consequencial prática direta no exercício dos aplicadores da lei.

Talvez uma das perguntas mais importantes não realizadas no presente trabalho seja: a primazia do julgamento do mérito, em que pese estar alocada, no Código de Processo Civil, dentro do capítulo das normas fundamentais do processo, seria um direito fundamental das partes? A esta indagação se ocupará

⁹² Expressão de Robert Alexy.

outro estudo. Porém, sem dúvida alguma, a partir do momento que se afirma ser direito fundamental, a conclusão que aqui se chegou em relação à natureza jurídica da primazia do mérito enquanto princípio jurídico estaria reforçada, pois é cediço o entendimento no sentido de reconhecer que todos “os direitos fundamentais tenham natureza de princípio”⁹³.

Desta feita, finaliza-se aqui o estudo da primazia do julgamento do mérito sob o aspecto da teoria do direito.

⁹³ MARINONI. 2013, loc. Cit. p. 181.

4 PRIMAZIA DO MÉRITO, PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E INVALIDADES NO PROCESSO CIVIL

Pode-se dizer que são institutos autônomos do processo civil e tidos como verdadeiros sistemas de normas, as regras atinentes aos pressupostos processuais, às condições da ação e às invalidades do procedimento. Dessa forma, imprescindível se faz o estudo que procura entender e explicar todos os alcances dessas matérias, especialmente quando relacionadas ao mérito da ação, objeto esse que está começando a ser entendido, concretamente, como objetivo final do processo.

Para isso, são partes inalienáveis de compreensão, os accertamentos sobre a importância do emprego adequado das formas, a simplificação da técnica, o bom uso, pelo magistrado, dos poderes conferidos ao seu ofício e a correta aplicação da fungibilidade nos procedimentos.

4.1 Considerações Iniciais

Está marcado na história do direito processual em geral a diversidade de fases evolutivas da relação entre processo e direito material, dentre elas a fase sincrética (em que processo estaria apensado ao direito material); a fase autonomista, de separação entre os dois ramos, como se ambos não se comunicassem (a técnica empregada era o valor absoluto, acima até mesmo do direito das partes) e a fase instrumentalista, de conscientização científica, ou seja, a que concluiu que “o processo, não obstante autônomo em relação aos vários ramos do direito material, é simples meio para efetivação das regras existentes naquele plano do ordenamento jurídico, tornando possível a convivência social”⁹⁴.

Assim, não fora somente a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que a doutrina e a jurisprudência começaram a pensar em um processo de resultados; esse raciocínio já havia surgido em tempos

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. – 3º ed. Malheiros Editores. 2010, p. 19.

anteriores. Exemplo também disso é a alerta de Bedaque⁹⁵, afirmando, em livro publicado no ano de 2010, que “o instrumento estatal de solução de controvérsia deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção”, demonstrando, naquele ano, o pensamento consciente em enxergar o processo como transporte da efetividade dos direitos. Mas embora se diga isso, ainda faz-se transparecer apenas uma obviedade de pensamento; ora, é claro que o processo deve ser visto como um meio de busca de direitos inativos pela formação de um conflito de interesses, mas qual a dificuldade dessa ideia na aplicação prática? A explicação vem de Rodrigues⁹⁶ o qual salienta que a primazia sempre fora a da certeza nas decisões, ainda que elas demorassem longo período de tempo, assim deixando de lado a primazia da efetividade, onde uma justiça tardia é uma justiça falha, mesmo que houvesse certeza na solução do caso. Nesse contexto é que a tempestividade se transformou também em sinônimo de efetividade, não podendo ser deixada de lado.

A percepção da necessidade de mudança é produto também do processo constitucionalizado, donde reconhece-se que os direitos fundamentais irradiam por todo o processo, não devendo as legislações infraconstitucionais atinentes às formalidades do procedimento serem motivo de mitigação desses direitos. É claro que as regras formais, de modo e maneira de se praticar atos perante a jurisdição têm suas respectivas importâncias, atribuindo o valor da segurança jurídica, mas tem de se haver o equilíbrio, com identificação dos excessos e mudança comportamental dos envolvidos, com senso de cooperação e agilidade. Falando-se em legislações infraconstitucionais, o novo Código de Processo Civil é uma espécie dessas legislações, daí até fica mais fácil entender o porquê foi tão comemorada a nova legislação, diploma de processo que se preocupou de maneira notória com a efetividade constitucional dos direitos materiais.

A natureza jurídica de direito fundamental do direito à tutela efetiva associa-se à possibilidade de o magistrado rever, dar interpretação conforme a Constituição e até, de certa forma, mitigar os institutos tradicionais do processo.

⁹⁵ BEDAQUE, op. Cit. p. 17.

⁹⁶ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **Processo Civil nas Tradições Brasileira e Iberoamericana**/Coordenadores: Alexandre Freire; Lúcio Delfino; Pedro Miranda de Oliveira; Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro – Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 153.

Sem prejuízo, também entra no contexto da morosidade judicial a notória alteração ocorrida no próprio direito material, antes individualista, hoje social e coletivo. A mitigação, alteração ou adaptação dos institutos processuais também é exigida nesse caso, já que os mesmos, durante toda a evolução, não se encontraram capazes de atenderem aos anseios desses novos direitos.

Talvez seja na figura do magistrado o melhor e quiçá único caminho para se colocar em prática as ideias do *neoprocessualismo* no que tange à efetividade, seja no aspecto da acreditação dos interessados na capacidade do mesmo em relação ao deslinde da causa, seja a vontade deste em se adequar na utilização dos instrumentos e ferramentas processuais necessárias. “Não se desconhece a resistência encontrada no próprio Poder Judiciário à aceitação de métodos modernos de administração e à introdução da tecnologia no processo, por puro apego aos dogmas e tradições do passado”⁹⁷. O estudo do alcance do que vem a ser cooperação processual talvez encontre outros atores processuais a quem o magistrado poderá dividir o encargo de fazer-se do processo um instrumento efetivo de concretização de direitos, mas o foco sempre será a autoridade judiciária competente para o julgamento.

Um adendo: não há que se fazer a possível confusão entre efetividade e eficácia jurídica; conforme assevera Rodrigues⁹⁸, devemos nos atentar que

o atributo da efetividade não se relaciona à eficácia jurídica, que é o poder detido pelas normas jurídicas de produzir reflexos nas relações que regulam. O que se pretende, ao adjetivar a tutela jurisdicional de *efetiva*, é adequar a função jurisdicional aos reclamos sociais. Refere-se, por assim dizer, à própria legitimidade da apreciação judicial, conquistada pela correspondência entre a realidade social e a realidade normativa.

Pois bem, desse modo e sabendo das dificuldades enfrentadas por todos os envolvidos nos processos judiciais cotidianos, alerta-se - principalmente a doutrina - para a necessidade de reanálise não só dos pressupostos processuais, mas também das condições da ação, do sistema de nulidades e do próprio mérito concernente à lide, tudo isso, agora, em prol de uma maior extração ideológica do princípio da instrumentalidade das formas que, com o Novo Código, fora reforçado

⁹⁷ BEDAQUE, loc. Cit. p. 24.

⁹⁸ RODRIGUES, loc. Cit. p. 156.

pela primazia do mérito ou da efetividade jurídica. Como ensina Bedaque⁹⁹ “muitos dos dogmas estabelecidos sobre” o tema pressupostos processuais e condições da ação, “não mais se justificam, especialmente no que concerne à inexorável extinção do processo sem julgamento do mérito, se ausentes um dos requisitos de admissibilidade desse exame”.

A colaboração mais acertada a fim de eliminar ou mitigar o problema a que se quer enfrentar se dá através da simplificação dos meios, direcionando para o caminho correto todo o procedimento e a relação processual a que recai a técnica judicial. “A forma na medida certa é fator de garantia”¹⁰⁰.

Tudo isso porque as regras processuais servem para conservar a equidistância entre as partes e o juiz, o desempenho processual e a capacidade da atividade do Estado em ser determinante para a solução concreta e definitiva do caso¹⁰¹, não devendo os instrumentos prevalecerem em grau de importância sobre o próprio direito material discutido. “A técnica processual deve ser observada não como um fim em si mesmo, mas para possibilitar que os objetivos, em função dos quais ela se justifica, sejam alcançados”¹⁰².

4.2 Técnica Processual e Emprego Adequado da Forma

Certamente o emprego inadequado das formas (ou formalidades) do procedimento por meio de técnica processual descabida é somente um dos motivos do grande problema da falta de efetividade e demasiada morosidade do Poder Judiciário. Repetidas vezes há exagero por parte daqueles que são responsáveis a manter o bom andamento do processo. Não obstante a possibilidade de citar todos os entraves que originam tais dificuldades judiciárias, faz-se prudente debruçarmos somente em relação a já citada, tamanha sua profundidade e extensão.

Não é a proposta do estudo demonstrar hipotética (e errônea) desnecessidade em se seguir as formas, muito pelo contrário, originam delas, talvez, uma das maiores interpretações de Estado Democrático de Direito, ou seja, elas são

⁹⁹ BEDAQUE, loc. Cit. p. 18.

¹⁰⁰ BEDAQUE, loc. Cit. p. 25.

¹⁰¹ BEDAQUE, loc. Cit. p. 18.

¹⁰² BADEQUE, loc. Cit. p. 18.

sim necessárias, embora estejam sendo empregadas de forma equivocada; nas palavras de RODRIGUES¹⁰³

Corriqueiramente, o termo formalismo costuma ser utilizado de forma pejorativa e deturpada pela comunidade jurídica, com uma nítida conotação negativa. É que se costuma atrelar o termo ao excesso de exigências formais do sistema processual brasileiro. Nada obstante, não se pode perder de vista a *imprescindibilidade* da tarefa, igualmente constitucional que desempenha o formalismo. [...]. Sua função, por mais incongruente que possa parecer, não se afasta da busca pela efetividade do processo.

O formalismo pode ser considerado como delimitador das regras atinentes à concretização dos princípios constitucionais empregados à generalidade de processos judiciais, dentre eles, o devido processo legal (princípio implícito), o contraditório, a ampla defesa, a proibição à produção de provas ilícitas, dentre outros. É dessa forma que, ao mesmo tempo em que o formalismo delimita os direitos, deveres e ônus às partes dentro do processo, também contribui para um justo resultado neste mesmo ambiente judicial.

Parece-nos que não há, hoje, problemas com a *falta* de regras procedimentais empregadas no instrumento estatal de resolução de controvérsias; na verdade, o empecilho está em seus excessos, já que na grande maioria das vezes as garantias constitucionais - como as acima citadas – ainda se encontram intactas ante eventual diminuição de formalismo processual. É muito importante, pois, fixar que a diminuição de formalidades ao processo e ao próprio método de legitimação do direito material discutido não é sinônimo de diminuição das garantias sempre necessárias a estes instrumentos. Com efeito, há possibilidade de compatibilização entre a diminuição dos entraves formais com a manutenção das garantias constitucionais.

Certo é que, quando se fala em formalidades legais, no sentido de concretização de um processo decisório justo, também está se falando, diretamente, do princípio da segurança jurídica. Há, então, como compatibilizar segurança jurídica com efetividade do processo? Vejamos: seu conceito, segundo Rodrigues¹⁰⁴ perpassa pela noção de “previsibilidade de movimento”, ou seja, não tem relação

¹⁰³ RODRIGUES, loc. Cit. p. 157.

¹⁰⁴ RODRIGUES, loc. Cit. p. 157.

com a imutabilidade dos institutos processuais e formas de se praticar atos judiciais, logo, não há como considerar como ofensa a tal princípio a possível releitura de tais regras formais. A segurança jurídica é a tradução de possibilidade, por partes dos participantes da relação jurídica processual, de se anteciparem na prática de determinado tipo de ato; de saber em que ocasião eventual argumentação será mais proveitosa.

Observe que o alcance de maior efetividade processual depende, dentre outras coisas, da necessária releitura dos institutos do processo, assim, uma vez que a manutenção do princípio da segurança jurídica não impede tal aprofundamento, conclui-se que há sim possibilidade de compatibilização entre o citado princípio e a busca por um instrumento mais efetivo de resolução de conflitos.

Dando mais profundidade ao tema, como saber se há e onde há excesso na forma? Como se conduzir nesse sentido? Faz parte desse conhecimento a necessidade de se encontrar um “diagnóstico dos *momentos* da função jurisdicional em que se aglomeram os piores problemas e maiores solicitações de aperfeiçoamento”¹⁰⁵ e isso se fará casuisticamente, conforme cada caso; mas, respondendo aos questionamentos acima, dever-se-á o condutor do processo (certamente o magistrado) valer-se do já balizado conceito básico do princípio da instrumentalidade das formas, qual seja, a identificação de que a formalidade empregada não está exercendo nenhuma função, sendo o fim e si mesma e não um meio para se chegar ao fim querido¹⁰⁶. “Assim, à medida que se verifica que a forma não está cumprindo sua finalidade, a tendência é taxá-la de excessiva”¹⁰⁷.

Oportuna é a citação de trecho em que Dinamarco explica as duas faces do princípio da instrumentalidade das formas, qual seja¹⁰⁸

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11^o ed. Malheiros Editores, p. 377.

¹⁰⁶ RODRIGUES, loc. Cit. p. 158.

¹⁰⁷ RODRIGUES, loc. Cit. p. 158.

¹⁰⁸ DINAMARCO, op. Cit. p. 377.

proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.

Nesse sentido, o balanceamento dos interesses materiais e processuais, de estimulação e limitação, respectivamente, da concretização dos escopos do processo deve servir de objeto de coordenação perante a atividade da autoridade judiciária, tendo-se as partes da relação jurídica senso de cooperação na busca de um único fim: a resolução do caso. “Fala-se em exigências de justiça e celeridade, ou de celeridade e ponderação”¹⁰⁹, mas em todos os casos deve-se ter o aparelhamento instrumental suficiente para que se chegue ao resultado o mais rápido possível, sem, contudo, mitigar a qualidade de todo o trabalho.

A título de exemplo de tudo o que fora tratado nesse específico tópico, a extinção do processo sem julgamento de mérito, isto é, sem prestação da tutela jurisdicional, é método de escape “absolutamente excepcional e frustrante, pois representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir o seu fim”¹¹⁰. E é a partir daí que assume grande importância o emprego da técnica processual.

É importantíssimo que o magistrado consiga extrair da legislação e do que ela permite como margem discricionária de atuação as soluções cabíveis a equalizar o formalismo necessário e os escopos do processo, para garantir que a rígida observância daquele não prejudique o alcance deste. São os objetivos processuais, inclusive os do caso em concreto, que ditam o ritmo da dimensão a que devem ser tomadas as formas. “Não deve o processo, pois, ser escravo da forma”¹¹¹, pelo contrário, a formalidade é o combustível para que o processo atinja seu escopo final com justiça.

Nesse sentido é que se tem buscado o equilíbrio entre formalismo e informalismo, onde aquele é sempre posto sob análise crítica, “fundada nos princípios da economia processual, da ausência de prejuízo, da instrumentalidade das formas e, principalmente, do contraditório e ampla defesa”¹¹². O que não pode ser admitido é a transformação dos sujeitos do processo (incluindo aí o magistrado)

¹⁰⁹ DINAMARCO, loc. Cit. p. 376.

¹¹⁰ BEDAQUE, loc. Cit. p. 44.

¹¹¹ BEDAQUE, loc. Cit. p. 45.

¹¹² BEDAQUE, loc. Cit. p. 100.

em escravos do procedimento, o qual deve ser exigido somente se indispensável à obtenção do resultado¹¹³.

Com efeito, a alteração do que se entende como necessidade ou não de observância das formas está ligado a diversos fatores; como explica Bedaque, o desenvolvimento da sociedade associado com a maior facilidade do acesso à justiça (crescimento de demandas), juntamente com o aumento do nível de complexidade das relações jurídicas de direito material são apenas os principais desses fatores¹¹⁴, passando a ser incompatível, então, a visão excessivamente formal em prejuízo do direito substancial. “O culto à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede”¹¹⁵, mas a total exclusão do procedimento gera insegurança jurídica.

4.3 Poderes do Juiz e Simplificação da Técnica

Além do interesse interpessoal das partes na solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário – porque é o próprio direito material delas discutido no processo -, o próprio Estado também manifesta tal interesse na resolução da lide, e assim não poderia ser diferente. “Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal. E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos”¹¹⁶, essa responsabilidade/interesse se encontra ainda mais presente.

É na figura do magistrado competente para o julgamento do caso que se encontra representada a vontade do Estado, por isso se diz sempre a expressão “estado-juiz”. Assim, conclui-se que não só as partes, mas também o juiz, ainda que equidistante da relação jurídica processual, têm interesse na resolução do conflito posto em juízo.

¹¹³ BEDAQUE, loc. Cit. p. 101.

¹¹⁴ BEDAQUE, loc. Cit. p. 102.

¹¹⁵ BEDAQUE, loc. Cit. p. 103.

¹¹⁶ CINTRA, loc. cit., p. 33.

Citado interesse não é aquele apto a torna-lo em situação de suspeição perante a o julgamento da causa (art. 145, IV, NCPD), nem mesmo capaz de romper com o princípio da imparcialidade atinente a sua função. Também não chega a bater na tecla sobre a discussão de neutralidade ou não (juiz proativo) de seu exercício, já que esse debate contém outro foco. De certo, o interesse do “estado-juiz” é de natureza institucional e oficial para, em última análise, alcançar a pacificação social.

A maneira mais acertada para traduzir a citada predisposição do magistrado é enxergando-a como um interesse público, presente em todos os processos, “consistente na solução adequada da crise verificada no plano substancial e trazida para exame do Poder Judiciário”¹¹⁷. Com efeito, “é para consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder”¹¹⁸.

Nesse jaez, tendo o juiz interesse público na solução da lide, é imprescindível dotá-lo de poderes e técnicas mais flexíveis no direcionamento e condução do processo, dando a ele condições de adotar soluções mais acertadas aos melindres da causa durante o percurso e desenrolar da relação jurídica processual. Será o próprio juiz, dotado de maiores ou melhores poderes, que será responsável pela simplificação da técnica.

Tendo como pressuposto máximo o fato de que o Estado está comprometido com a correta e justa solução da controvérsia, “é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei”¹¹⁹. Não obstante, comparando-se com o Código de Processo Civil de 1973, o próprio Código atual (Lei 13.105/2015) já seguiu nessa linha de pensamento, ampliando consideravelmente, os poderes, deveres e responsabilidades do juiz.

Com efeito, o artigo 125¹²⁰ do Código revogado era composto apenas de três incisos, traçando basicamente deveres ao magistrado, quais sejam, o de

¹¹⁷ BEDAQUE, loc. Cit. p. 109.

¹¹⁸ CINTRA, loc. Cit. p. 33.

¹¹⁹ BEDAQUE, loc. Cit. p. 109.

¹²⁰ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - Assegurar às partes igualdade de tratamento; II - Velar pela rápida solução do litígio; III - Prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

assegurar o tratamento igualitário entre os litigantes, dar rápida solução ao litígio e estancar qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça. Não trazia absolutamente nenhuma margem de flexibilização no sentido de utilização das formas ou caminhos para se chegar a um determinado resultado, em prol das partes e em prol da pacificação social, dentro do processo.

Com o novo diploma, em seu artigo 139¹²¹ vê-se um rol com significativa ampliação, contendo agora nove incisos, alguns com nítido sentido proativo da função de autoridade judiciária, não estabelecendo apenas deveres simples e abstratos. É exemplo disso o inciso IV, atinente à fase de cumprimento de sentença e execução autônoma de título executivo extrajudicial, o qual define a atipicidade dos meios executivos, abrindo-se a interpretação de que até mesmo nas obrigações em que somente imperava um ou outro meio executivo, agora poderá utilizar meios outros e em quantidade necessária em prol da busca da efetividade do processo. Outros exemplos são os dos incisos VI e VII, os quais dão ao juiz o poder de dilatar prazos, alterar ordens de trabalho e exercer poder de polícia, respectivamente, tudo em razão da necessidade do caso em concreto e em prol de maior efetividade da prestação jurisdicional.

Mas, sem dúvida o dispositivo mais importante desse artigo 139, pelo menos para o estudo que aqui quer se estabelecer, é o inciso IX, o qual *incumbe* ao juiz, perante eventual vício processual, determinar, a título de poder seu, que a parte atenda a pressupostos processuais ou que saneie qualquer outro vício dentro do processo, isto é, o magistrado *deverá* preferir sempre o estabelecimento de condições à confecção da sentença definitiva do que a mera extinção sem resolução

¹²¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. **Parágrafo único.** A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

do mérito processual, por sentença terminativa. Observe que o caput do artigo 139 se utiliza da palavra “incumbendo-lhe”, referindo-se a uma incumbência, dever, obrigação (no imperativo) do magistrado em proceder de determinada forma, não podendo ele dar solução meramente processual, colocando as regras do processo como originárias de seu próprio fim.

Em rápida e desatenta leitura ao inciso supramencionado tem-se a impressão de que o Código autorizou o suprimento no sentido de abstração ou não observância dos pressupostos processuais para que se chegue ao mérito da discussão. Com toda certeza devemos afastar essa conclusão, ao menos no que se diz em relação ao autorizativo legal. É que doutrinariamente¹²² se discute se seria possível a aplicação da primazia do julgamento do mérito de forma a afastar a teoria de análise dos pressupostos processuais, questionamento que vai de frente com a impressão errônea que se teve da leitura da lei, e que será aprofundado em subtópico específico.

Ademais, quanto aos poderes do juiz e flexibilização da técnica, “a atividade judicial não se destina somente a assegurar o cumprimento das regras formais do procedimento. Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem direção material, e não simplesmente forma, do processo”¹²³; e as partes integrantes da relação jurídica devem manter a fiscalização sobre o exercício do magistrado, para também exigir dele a utilização dos poderes conferidos por lei, sempre que a marcha processual se desvencilhar do caminho devido¹²⁴.

Para finalizar, é notório que a nova legislação autoriza a chamada flexibilização da técnica processual pelo juiz, para que este, adequando o procedimento, consiga otimizar as energias na busca, sem obstáculos, de uma decisão de mérito justa e efetiva. O conceito de adequação “consiste exatamente na ideia de rompimento com a obrigatoriedade de uma forma rígida legal, idêntica para

¹²² RODRIGUES, Daniel Colnago. **O princípio da primazia da tutela de mérito: uma apresentação.** In: Néstor H. Gutiérrez Miranda et. al..(Org.). Horizontes contemporâneos del derecho procesal. 1ed.Lima - Peru: ADRUS editores, 2014, v., p. 243.

¹²³ BEDAQUE, loc. cit. p. 112.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, loc. cit. p. 419.

todos os casos, permitido que o juiz modifique os atos e fases do processo, para que atendam especificamente um caso”¹²⁵.

Em suma, incumbe ao magistrado o dever de administração do processo, adotando sempre as medidas que melhor atendam aos fins do Estado, visando a concretização de um processo justo e efetivo. Para que isso ocorra, deverá sempre observar as normas fundamentais do processo justo (artigos 1º a 12, do Código de Processo Civil)¹²⁶.

4.4 Fungibilidade dos Meios e sua Contribuição para a Efetividade do Processo

Originariamente, a fungibilidade é instituto atinente aos meios de impugnação das decisões judiciais, não obstante discute-se sua utilização durante todo o processo, relacionando-a com as formas e modos de se praticarem os atos. Tida como princípio da teoria geral dos recursos, a fungibilidade é mais uma técnica utilizada nos cartórios e tribunais do Estado para a busca de maior efetividade do desempenho processual e, conseqüentemente, maior índice de aproveitamento do trabalho humano e material dispensado nessas demandas.

Sua existência depende diretamente da identificação de que não haverá prejuízo para quaisquer das partes, nem mesmo para a função jurisdicional exercida pelo estado, quando da utilização de forma ou modo diverso da prevista em lei para o alcance de determinado fim dentro do processo. Em outras palavras para que se possa falar em fungibilidade durante o processo, o juiz deve estar convencido de que a aplicação da medida não far-se-á em prejuízo dos outros sujeitos processuais. Ademais, a fungibilidade tem finalidade única e específica de dar ao magistrado outro caminho que não seja a ineficácia do ato efetuado equivocadamente.

Dito isso, cabe buscar nos mais variados aspectos qual o significado de fungibilidade, ou seja, no que se traduz essa técnica processual. Com efeito, no

¹²⁵ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. **A atuação do juiz na direção do processo**. In: Luiz Fux. (Org.). O Novo Processo Civil Brasileiro - Direito em expectativa. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200.

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 422.

âmbito contratual, diz ser fungível “as coisas que são consumidas com o uso”¹²⁷, dessa forma, tendo-se utilizado da coisa, ou ela desaparecerá, ou servirá somente para o descarte; no âmbito recursal a fungibilidade é a substituição das regras de uma modalidade recursal pelas regras de outra, ou seja, “se o recorrente, de boa-fé, interpôs recurso diverso, o juiz pode recebê-lo e determinar que seja procedimentado conforme o recurso correto”¹²⁸ em clara exceção ao princípio da singularidade recursal. Esses conceitos certamente servirão à utilização do princípio da fungibilidade quando da necessidade de flexibilização das regras formais que regulamentam a relação jurídica processual, já que do mesmo sentido serão tratados.

Não há previsão expressa desse princípio no Código de Processo Civil, embora esteja inculcado, por decorrência lógica, nas definições do princípio da instrumentalidade das formas. A título de exemplo, podemos citar os artigos 188 e 277 do referido diploma, respectivamente:

Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.
Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Então, para o reconhecimento da fungibilidade no processo civil é preciso o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, a identificação de não-prejuízo às partes e à função jurisdicional, a ocorrência de “dúvida séria e objetivamente demonstrável”¹²⁹, a inexistência de “erro grosseiro”¹³⁰ e a presença da “boa-fé”¹³¹. Como podemos ver, a fungibilidade não serve para legitimar o profissional inabilitado para a função, que não conhece a técnica necessária nem os meios possíveis para defesa dos interesses de seu cliente, por isso a dúvida deve ser séria, resultante de ambiguidade de interpretação da norma ou confusão

¹²⁷ SANTOS, Ozéias de Jesus dos. **Dicionário de Terminologia Jurídica**. São Paulo : Vale do Mogi Editora. 2013, p. 843.

¹²⁸ SANTOS, op. Cit. p. 843.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512.

¹³⁰ MARINONI, V.2, op. Cit. p. 512.

¹³¹ MARINONI, V.2, op. Cit. p. 512.

justificada na identificação da situação processual (talvez); além de séria, também deve ser objetivamente demonstrável, ou seja, que tenha aptidão para servir de resultado das provas apuradas no processo¹³².

O erro grosseiro acontecerá sempre que a dúvida não for séria, não obstante seja traduzido naquele que não seria praticado por profissional a par das regras procedimentais. Nas palavras de Marinoni¹³³, “não se pode aplicar o princípio em exame quando” a forma “evidentemente não tiver cabimento” ao caso. Por fim, a boa-fé é traduzida no dever de lealdade e cooperação, com abstração de condutas que certamente não fazem parte da expectativa dos outros sujeitos processuais, ou seja, estará agindo de boa-fé aquele que não praticar condutas obscuras, de trato malicioso e enganoso.

Embora não tenha no código, como fora dito acima, a definição do que vem a ser fungibilidade, existe dispositivo atinente ao aproveitamento dos atos processuais que abre margem para a utilização do citado princípio durante todo o procedimento processual, qual seja, o artigo 283, caput e parágrafo único do diploma processual, senão vejamos:

O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. **Parágrafo único.** Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Com efeito, quando cita a palavra “unicamente”, o artigo supramencionado quer passar a noção de que aqueles atos praticados de forma equivocada, mas que são passíveis de aproveitamento no mesmo processo, devem assim serem utilizados para concretização das finalidades das normas jurídicas. Sem dúvidas o dispositivo de lei é o autorizativo legal de transporte de um princípio até agora visto unicamente dentro do âmbito recursal, para irradiar durante toda a marcha processual, como forma de flexibilização e melhor eficácia do princípio da

¹³² MARINONI, V.2, op. Cit. p. 512-513.

¹³³ MARINONI, V.2, op. Cit. p. 512.

instrumentalidade das formas e da primazia de mérito. Sobre o assunto, Marinoni¹³⁴ resume:

Tendo em conta o caráter instrumental do processo, que serve precipuamente para tutela dos direitos, eventuais equívocos na sua condução devem ser sobrelevados, sempre que possível, para que o processo possa alcançar a sua finalidade. Repugna ao Estado Constitucional que o direito material venha a soçobrar em face do uso inadequado do processo. Assim como o erro na interposição de determinado recurso só deve conduzir ao seu não conhecimento acaso não possa de modo algum ser conhecido, também o "erro de forma do processo" acarreta unicamente a "anulação dos atos que não possam ser aproveitados"(art.283).

Sob o viés das ideias passadas aqui sobre o princípio da fungibilidade, inúmeras são as hipóteses em que a substituição de uma forma pela outra não deve servir de óbice ao exame do mérito introduzido no processo pela parte. Temos como exemplo alguns dispositivos: art. 305, parágrafo único e art. 554, ambos no Novo Código de Processo Civil. O primeiro aduzindo sobre a possibilidade de a parte requerer tutela provisória de natureza antecipada sob a rubrica de uma tutela provisória de natureza cautelar, oportunidade em que o magistrado poderá observar o procedimento equivalente à natureza do pedido. O segundo exemplo aduz sobre hipótese em que a parte confunde a medida possessória cabível, ocorrência que não obstará que o juiz tutele o interesse de agir conforme os pressupostos demonstrados no caso.

Importante fixar que embora o artigo 305 diga somente sobre a substituição da tutela cautelar pela antecipada, não devemos nos limitar à interpretação meramente literal do texto, ou seja, "a fungibilidade entre as medidas de urgência deve ser entendida de forma bastante ampla"¹³⁵, legitimando eventual propositura de medida cautelar, com características de satisfativa.

Sem prejuízo, resta nos convenceremos de que a aplicação do princípio da fungibilidade não deve ser limitada somente à seara dos recursos, uma vez que há, principalmente na nova legislação, inúmeros autorizativos da regra a serem

¹³⁴ MARINONI, V.2, loc. Cit. p. 514.

¹³⁵ BEDAQUE, loc. Cit. p. 119.

aplicados durante todo o procedimento de busca de uma decisão de mérito justa e efetiva.

4.5 Sobre a Teoria dos Pressupostos Processuais

O estudo da teoria dos pressupostos processuais e o que vem hoje se entendendo em relação à função e objetivos dos tais, deve, obrigatoriamente, passar pelo entendimento a ser extraído dos apontamentos e contribuição científica de Oskar von Bulow, mais especificamente de sua obra intitulada “teoria das exceções e dos pressupostos processuais”¹³⁶, com a qual o autor buscou externar a existência de um liame processual distinto e autônomo daquele que representa o objeto do processo¹³⁷.

Antes mesmo da publicação da citada obra e todo reconhecimento da sistematização da categoria, fora, segundo Miguel Teixeira de Sousa¹³⁸, o jurista e professor universitário alemão *Rimmelspacher* que analisou e teceu as primeiras críticas da história ao então chamado “dogma da prioridade”, fazendo-se expressa referência à necessidade de análise pretérita dos requisitos processuais para o julgamento de mérito da tutela. Segundo o citado jurista, depois de firmar diversas balizas para seu entendimento, ficou claro que o dogma detinha exceções, como o fato de que “a falta das condições substantivas necessárias para a procedência da ação dispensa a averiguação dos pressupostos processuais e justifica, mesmo sem a prévia análise da admissibilidade, o proferimento de uma decisão absolutória”¹³⁹.

¹³⁶ O presente estudo de Oskar Von Bülow serviu para alavancar o posicionamento do direito processual civil, afastando-o dos domínios do direito material. Mérito insuperável tem a presente obra, qual seja a de dar autonomia aos pressupostos processuais, servindo de base para os avanços advindos depois com outros estudos, promovendo a separação dos pressupostos das condições da ação. Deveras, Bülow afastou os pressupostos das exceções dilatórias, visualizando os pressupostos de forma integral e independente. Partindo da relação jurídica com enfoque nos pressupostos processuais e as exceções, o Autor sistematiza toda a matéria e, ao mesmo tempo, teoriza em torno dela. Há inúmeras incursões ao direito romano e isso se explica pelo forte vínculo entre as correntes emergentes daquela época e o direito comungado pelos romanos.

¹³⁷ BEDAQUE, loc. Cit. p. 183.

¹³⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais.** Revista de Processo, n. 63. São Paulo: RT, jul./set. 1991, p. 86.

¹³⁹ SOUSA, loc. Cit. p. 89.

Para se chegar a essa conclusão, explica Sousa¹⁴⁰ que Rimmelspacher estabeleceu que as condições de caráter processual e material estão unificadas em uma só categoria chamada de pressupostos para o proferimento da sentença e que a concessão da tutela jurisdicional é que oferece a conjugação dos citados requisitos; assim, segundo o alemão, na iminência do proferimento da decisão final estariam em análise requisitos de natureza ambígua, mas não incompatíveis, os quais dão condições para o atendimento do interesse da parte requerente. Dessa forma e por isso, é defendida “uma paridade absoluta entre as condições de admissibilidade e da fundamentação indispensáveis para a concessão daquela tutela jurisdicional”¹⁴¹, ou seja, “a admissibilidade e a fundamentação são, ambas, critérios pelos quais é aferida uma mesma qualidade (que é a aptidão de ocasionar a produção de um ato do tribunal) de um mesmo objeto (que é a tutela jurisdicional requerida)”¹⁴².

Desse modo, diante uma decisão de absolvição do acusado, estaria o magistrado diante da faculdade de optar entre a averiguação dos pressupostos processuais e dos pressupostos substanciais, devendo concentrar-se naquela cuja inexistência fosse a mais fácil de se localizar para a conclusão do caso¹⁴³.

Com isso, chegou-se a seguinte síntese: para fins de atender ao interesse da parte requerente, dando a ela a procedência da ação, devem ser observados e preenchidos todos os requisitos nesse caso indispensáveis para a tutela jurisdicional, ou seja, tanto os de natureza processual como os de natureza substancial; e, por outro lado, para firmar a sentença absolutória, que exime a obrigação da parte requerida perante o autor da demanda, é suficiente a análise e inexistência de ao menos uma categoria de condições, seja ela de forma ou de matéria¹⁴⁴. Nesse entendimento é que fora tida a primeira exceção à teoria da análise pretérita e indispensável dos requisitos processuais de análise do mérito, ainda que tenha se dado somente no que se refere à sentença absolutória.

Enfim, a proposta, naquela época inovadora, de Rimmelspacher repercutiu no entendimento dos tribunais alemães e iniciou confronto direto entre a

¹⁴⁰ SOUSA, loc. Cit. p. 89.

¹⁴¹ SOUSA, loc. Cit. p. 89-90.

¹⁴² SOUSA, loc. Cit. p. 90.

¹⁴³ BEDAQUE, loc. cit., p. 183.

¹⁴⁴ SOUSA, loc. Cit. p. 90.

doutrina, passando a ser discutida anos a fio, muito embora, no entanto não tenha encontrado nenhuma adesão expressa¹⁴⁵.

A propósito, ainda que involuntariamente (porque não era essa a orientação do professor alemão), sua teoria assumiu o fato de que a observância das condições de procedibilidade da demanda está diretamente condicionada ao fato de que o juiz deve-se chegar primeiro a uma conclusão do caso, isto é, decidir-se no seu individual se aquela ação será procedida ou improcedida¹⁴⁶. Enfim, por mais curiosa que seja o desfecho de seus estudos, pouco se fala das inegáveis contribuições que proporcionaram tamanha cientificidade. Com o passar dos anos, o próprio Rimmelpacher buscou relativizar sua teoria, dizendo que só em tese é que a inexistências de condições materiais para a procedência da demanda importaria em dispensa dos requisitos procedimentais.

Em situação contrária está o grau de reconhecimento de Oskar von Bulow, tido como um dos responsáveis pelo marco evolutivo da ciência processual em seu contexto histórico e um dos pioneiros no estudo dos pressupostos processuais e do próprio processo como ciência autônoma, faz-se necessária a discussão mediante suas conclusões científicas.

Segundo esse doutrinador, havia uma divisão de processos, um para cada finalidade (de analisar os pressupostos e de analisar o mérito), sendo a própria evolução legislativa do processo romano que inseriu no contexto da matéria essa dicotomia de fases processuais, uma vez que a lei deixava claro a duplicidade de objeto e finalidades dos mesmos, bastando que se enxergasse a sistematização e conscientização desse fenômeno por parte dos estudiosos do direito¹⁴⁷.

Assim, para ele, a diferença qualitativa dos objetos conduziu a divisão do processo em duas fases: “a fase *in iure*, que decorre perante o pretor antes do processo ser entregue a um *iudex* para julgamento da relação material, conformando um processo preparatório que se destina exclusivamente à verificação da constituição da relação processual através dos correspondentes pressupostos processuais”¹⁴⁸ e a fase onde a constituição do processo principal já fora estabelecida, bastando-se concretizar-se a fixação do objeto litigioso e conseqüente julgamento do direito substancial posto em juízo.

¹⁴⁵ SOUSA, loc. Cit. p. 91.

¹⁴⁶ SOUSA, loc. Cit. p. 91.

¹⁴⁷ SOUSA, loc. Cit. p. 95-96.

¹⁴⁸ SOUSA, loc. Cit. p. 95-96.

Com efeito, na sistematização empregada por Bulow, a primeira fase terminaria com a observação de inexistência de qualquer dos requisitos processuais, dando-se aí uma decisão denegatória de continuação do feito, ou, se verificada a existência de todos esses pressupostos, concedendo-se assim o direito às partes de prosseguimento da ação em seus aspectos materiais. É nesse aspecto que se diz sobre a tentativa de Bulow em externar a existência de um processo distinto e autônomo com finalidade única de análise dos pressupostos processuais.

Mas, mais relevante que isso foi a manutenção do que fora fixado pelo Autor em relação a precedência da análise dos pressupostos, fato que mesmo após o desmanche do processo romano e extinção da divisão do processo em duas fases, ainda continuou fazendo parte do pensamento moderno. Aliás, mais do que isso, Bulow definiu que os pressupostos processuais têm a função de constituidores do processo referente à discussão material do caso, vez que quando inexistente qualquer daqueles, este processo simplesmente não teria condições para existir¹⁴⁹.

De fato, o processo romano fora desconstruído e, ainda que a ideia de precedência de análise tenha se mantido absolutamente acrítica na doutrina posterior (e na grande parte da doutrina atual) a função atribuída de constituição do processo principal a esses pressupostos já não se fazia mais presente, sendo alterada – proposital ou acidentalmente – como simples condicionantes para o proferimento da sentença de mérito¹⁵⁰.

Aliás, da não existência de dois procedimentos distintos e autônomos é que decorre a conclusão de que os pressupostos não mais poderiam ser constituidores de um processo que agora não existe, ou seja, como é que se poderia propor a definição de pressupostos para constituição da demanda principal se essa demanda já estaria ali, constituída? A partir daí, portanto, a existência ou inexistência dos pressupostos processuais passou a ser analisada dentro do processo, com as partes, seus procuradores e o juiz responsável pelo futuro julgamento da causa já em atuação.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa¹⁵¹,

¹⁴⁹ BEDAQUE, loc. cit. p. 184.

¹⁵⁰ SOUSA, loc. Cit. p. 96.

¹⁵¹ SOUSA, loc. Cit. p. 98.

Há uma profunda **diferença semântica** entre a concepção originária dos pressupostos processuais e sua configuração moderna, pois que, enquanto naquela construção os pressupostos atribuem um valor de existência à relação processual, nesta orientação moderna os pressupostos facultam a admissibilidade do proferimento de uma decisão sobre o mérito num determinado processo (grifo meu).

Como visto, os pressupostos processuais agora dizem respeito exclusivamente à possibilidade de julgar-se o mérito da demanda; não impede a existência do processo, nem mesmo o proferimento de uma sentença terminativa e, pelo fato de se aterem diretamente ao mérito é que se faz importante o estudo de sua teoria à luz do princípio da primazia do mérito trazida pelo novo Código de Processo Civil, a fim, claro, do estabelecimento de uma discussão num campo praticamente acrítico na doutrina.

Importante ressaltar, antes, que não fora a partir da doutrina posterior à de Bulow que os pressupostos processuais tomaram a feição que representam hoje, ou seja, naquela época ainda que sua função estivesse redefinida, sua abrangência era diferente da que vemos atualmente. Nesse jaez, havia a distinção entre condições de existência e validade para somente em momento posterior se falar em condições de admissibilidade, ou seja, o processo seria existente se preenchesse as condições de existência; válido se estivesse de acordo com as condições de validade e; autorizado o proferimento da sentença de mérito se houvesse todos os pressupostos de admissibilidade. Eram, assim, categorias diferentes, com objeto e finalidades distintas¹⁵².

Portanto, para o alcance da procedência da ação pelo autor era imprescindível que fossem observadas todas as condições da tutela jurisdicional, as quais implicavam a junção “de um elemento exterior ao processo, que era, em termos gerais a existência do direito subjetivo alegado, com um fator imanente ao processo, que era a verificação dos pressupostos processuais”¹⁵³.

Enfim, muitas mudanças já haviam ocorridas até ali e outras tantas ainda haviam de ocorrer para se chegar no que hoje se entende como pressupostos processuais de admissibilidade do julgamento do mérito, que são sobretudo pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, inc. IV, NCPC).

¹⁵² SOUSA, loc. Cit. p. 100.

¹⁵³ SOUSA, loc. Cit. p. 102.

Os pressupostos, hoje, “são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente”¹⁵⁴; a consequência, por óbvio, é o não proferimento de uma sentença de mérito. “São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da relação processual”¹⁵⁵ tendo a doutrina os especificados e os diferenciados das condições da ação, para as quais deve-se atenção exclusiva em tópico ulterior. Nesse sentido, há diversas formas de classificação dos mesmos, algumas para fins didáticos, outros para fins de melhor atendimento dos preceitos legais, mas todos contendo o mesmo conteúdo.

Nesse jaez, podem ser classificados os pressupostos processuais em: pressupostos de constituição válida e pressupostos de desenvolvimento regular, podendo esses serem de ordem subjetiva e de ordem objetiva; os atinentes à existência da relação jurídica processual no *aspecto subjetivo* são: a competência do juiz para a causa, a capacidade civil das partes e sua representação por advogado; *no aspecto objetivo* estão: a demanda do autor e a citação do réu, a observância de forma processual adequada à pretensão, a existência nos autos de instrumento de mandado conferido a advogado, a inexistência de litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem e de inépcia da inicial¹⁵⁶.

Numa classificação mais didática, os pressupostos processuais podem ser divididos em: pressupostos de *existência*, de *validade* e pressupostos *negativos*, donde os da primeira categoria seriam a existência de jurisdição, a demanda do autor, a citação do réu e as respectivas representações por advogado; os da segunda categoria seriam a competência do juiz para a causa, petição apta, citação válida e, para alguns a capacidade de ser parte; e, os da terceira categoria seriam a inexistência de litispendência, inexistência de coisa julgada, de perempção e de convenção de arbitragem¹⁵⁷.

Enfim, os pressupostos processuais tornaram-se forte instituto do direito processual civil e do próprio processo, devendo serem observados em todas as demandas existentes, nos mais diversos graus de jurisdição, para o fim, também, de trazer uma decisão justa às partes, por meio de um procedimento regrado cuja finalidade é, em última análise, a pacificação social.

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, 2015, loc. cit., p. 143.

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, op. Cit. p. 143.

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 143-144.

¹⁵⁷ CINTRA, loc. Cit. p. 321-322.

Bedaque¹⁵⁸ tecendo considerações ao que seria, em sua concepção, “a correta dimensão dos pressupostos processuais”, assevera que dependerá sempre do momento em que se verifica a ausência dos mesmos para assim decidir-se, o juiz, qual a conduta mais acertada a tomar, podendo, em alguns casos, a ausência de citados requisitos “revelar-se indiferente” diante do julgamento da lide. Nesse diapasão, explica citado Autor, que se verificando a ausência de qualquer pressuposto somente ao final da ação (quando já maduro o julgamento), deverá o magistrado examinar a quem aproveitaria tal vício, para assim decidir a causa a seu favor¹⁵⁹.

Salienta-se, ainda que diante dessa conclusão, que os requisitos devem, em princípio, serem verificados com antecedência ao mérito; esse controle, todavia, deve ser realizado o quanto antes para evitar dispêndios desnecessários dentro do ambiente processual e, somente caso não seja tomado tais cuidados (verificação em momento adequado) é que estará em evidência a necessidade de análise do não-prejuízo para decidir-se a conclusão do feito¹⁶⁰.

É nesse aspecto, inclusive, que se situa a discussão entre a flexibilização do procedimento, o aumento dos poderes do magistrado dentro da demanda, a simplificação da técnica e a possível fungibilidade das formas, pelo que está o novo Código de Processo Civil recheado de exemplos para os tais. São esses exemplos que definem a primazia do código na busca por mais julgamentos de mérito e menos sentenças meramente terminativas.

É o caso em que falece o advogado da parte autora, e esta, intimada, não age no prazo que lhe fora designada a fim de constituir um novo patrono. Na sistemática do novo Código, eventual prosseguimento no feito incorreria em nulidade, nos termos de seu artigo 76, §1º, I¹⁶¹. No entanto, já estando o processo em condições de julgamento do mérito e tudo indicar pelo provimento da pretensão da ré e sua defesa, sem dúvidas a solução de extinção sem apreciação desse mérito seria injusta, afinal, a ré também tem direito à composição do litígio¹⁶². A regra a ser

¹⁵⁸ BEDAQUE, loc. cit., p. 208-211.

¹⁵⁹ BEDAQUE, loc. cit., p. 209.

¹⁶⁰ BEDAQUE, loc. cit., p. 210.

¹⁶¹ Redação do art. 76, caput e parágrafo primeiro, inciso I: Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. §1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor.

¹⁶² THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 145.

observada no caso, portanto, é a preconizada no artigo 282, §2º do NCPC¹⁶³, o qual manda que o magistrado julgue a causa, dando a improcedência da demanda e consequente atendimento do interesse da ré.

Veja que fazendo isso o magistrado estará, em um só ato, atingindo dois objetivos da primazia do mérito e da economia processual, qual sejam, estaria ele economizando esforços humanos e materiais que eventualmente seriam dispensados em uma nova propositura da ação e, por outro lado, aproveitando todo o trabalho já demandado naquela relação jurídica processual cujo vício manifestado, a princípio, levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de um dos pressupostos processuais de existência.

Outro exemplo do Código está situado em seu artigo 321, caput e parágrafo único¹⁶⁴, que regulamenta que o juiz não poderá indeferir a petição inicial antes de dar oportunidade à parte autora em corrigir os erros e imperfeições da peça, e mais, que o juiz deverá indicar “com precisão o que deve ser corrigido ou completado”, ou seja, o impositivo legal exigirá que o magistrado deixe o modelo padrão de despachos dessa índole de lado, para, em todos os casos, indicar com precisão o que deve ser alterado. Trata-se de um direito do demandante, cuja finalidade é consonante com a função do Estado, onde enxerga o processo como instrumento, em nítida valorização da forma.

Ainda, o §7º do art. 1.007 do novo Código¹⁶⁵, em clara finalidade de evitar o que seria meros entraves jurisdicionais ou a própria jurisprudência defensiva dos tribunais, define que, em todos os casos, o mero equívoco no preenchimento da guia de custas “não implicará a aplicação da pena de deserção”, devendo o relator dar seguimento ao recurso e, somente no caso de dúvida sobre tal recolhimento, intimar a parte para esclarecimento, sem nenhuma pena a ser cominada. Observe

¹⁶³ Redação do art. 282, caput e §2º: Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. §2º. Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

¹⁶⁴ Art. 321, caput e parágrafo único, NCPC: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, **indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado**. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

¹⁶⁵ Art. 1.007, caput e §7º: No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. §7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

que para ter havido necessidade de o Código regulamentar tal dispositivo, sem dúvidas a ocorrência desse entrave acontecia com frequência nas cortes superiores, pelo que frontalmente desobediência os princípios do processo, alguns já citados aqui.

Por fim, outra regra que também chama atenção é a disposta no artigo 1.029, §3^o¹⁶⁶, onde é autorizada a desconsideração do vício formal de recurso tempestivo, caso este vício não repute grave. Evidentemente pode-se considerar esse dispositivo um marco de inovação do processo civil, uma vez que não houve regra parecida no código anterior – revogado – e, para espanto, permite a convivência do processo com vício não corrigido, ou seja, por meio desse artigo, mesmo que o processo contenha vício de forma (sem gravidade, é verdade), as partes e o juiz ainda poderão prosseguir na busca por uma sentença de mérito. Veja que o texto legal emprega a expressão “ou” referindo-se à conduta de desconsiderar e corrigir tal vício. Quer exemplo melhor que este para o questionamento alhures feito? Qual seja, seria possível a aplicação da primazia do julgamento de mérito de forma a afastar a teoria da análise dos pressupostos processuais? O caso em tela mostra-se que sim, ora, o parágrafo 7^o não especifica qual vício seria e, devendo os pressupostos, em tese, estarem preenchidos durante todo o processo, não podemos excluir tal hipótese.

Em suma, trata-se de verdadeiro exemplo em que a necessidade de preenchimento de todos os pressupostos processuais é afastada, exigindo-se apenas a tempestividade do recurso, para o fim de atingir os escopos do processo, em alusão também ao princípio da primazia de mérito. Sem prejuízo, interessante notar que o dispositivo em tela escalona o vício em grau de gravidade, fato que nos faz pensar que a teoria dos pressupostos processuais sempre poderia ser afastada quando o vício, por interpretação do julgador, não se reputar grave, autorizando a convivência de uma sentença de mérito em um processo viciado. Claro que os vícios já a muito tempo são classificados em relativos e absolutos, mas em nenhum momento há na lembrança que, em matéria processual, um vício pode ser considerado leve, médio ou grave e muito menos que esse fato dependa de

¹⁶⁶ Art. 1.029, §3^o: O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá **desconsiderar vício formal** de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

interpretação do magistrado. Implora-se a conscientização dos magistrados na compatibilização desse ônus com os fins do processo e, claro, do Estado.

Enfim, talvez, um dos caminhos para a relativização da teoria dos pressupostos processuais - mantenedora de um dogma de prioridade em relação ao mérito - esteja representado por esse §3º do artigo 1.029 do novo Código, dispositivo que traz flexibilização da forma e conta com os poderes aumentados dos magistrados para dar seguimento à relação jurídica processual.

Certo é que em hipótese alguma devemos nos desvencilhar dos escopos do processo e da posição instrumental do procedimento, dando maior ênfase ao direito material discutido, porque aí sim estaremos no caminho correto de equilíbrio entre as regras formais e o conteúdo das pretensões resistidas. Essa lógica, aliás, vai de encontro com a ideia de processo constitucionalizado, pelo qual o alcance dos direitos fundamentais individuais faz frente a qualquer discussão.

4.6 Condições da Ação

O Estado, ao assumir o monopólio da justiça, vetando a autotutela dos indivíduos frente aos problemas do dia-a-dia, assumiu papel importante na consecução dos direitos de toda uma população a qual está englobada dentro de seu território e poder; em outras palavras, o Estado assumiu a jurisdição e “não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada”¹⁶⁷, estabelecendo o direito de qualquer daquele que se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão, em socorrer-se da intervenção jurisdicional.

Tendo em vista grandiosa extensão territorial, estabeleceu que sua posição frente aos conflitos de repercussão jurídica seria a de inércia. Logo, “vedada a autotutela e inerte a atividade incumbida de eliminar as crises verificadas no plano das relações jurídicas substanciais”¹⁶⁸ houve a necessidade de se ver criado um novo direito – distinto e, quiçá, autônomo – de legitimação da ação dos indivíduos frente aos seus problemas cotidianos - direito esse chamado de o “direito de ação”.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 149.

¹⁶⁸ BEDAQUE, loc. Cit. p. 234.

Dessa forma, a vedação da autotutela não se coaduna com a simples definição de proibição de agir perante outro particular, mas sim com a definição de agir a margem do direito, já que este foi responsável pela regulamentação e especificação das formas de se buscar justiça numa sociedade evoluída. Nesse aspecto, consubstanciou-se utilizar a expressão “autotutela” e sua respectiva proibição somente quando estivesse referindo-se à busca da justiça com as próprias mãos, sem direção jurídica, sem legitimação, mas não se retirando o direito do particular em agir na busca do que é seu, entregando tais conflitos às normas jurídicas e ao detentor do monopólio jurisdicional: o Estado.

O direito de acesso ao Judiciário, como garantia de tutela dos direitos individuais e coletivos, está previsto na Constituição Federal da República, mais especificamente no artigo 5º, inciso XXXV¹⁶⁹ – carta de direitos – cuja redação veda qualquer exclusão, por lei, da incumbência admitida pelo Poder Judiciário de apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito próprio ou alheio. Muito embora o citado texto legal se refira somente à lei, sua interpretação é ampla, não admitindo qualquer exclusão por meio de contrato entre as partes ou outra forma que seria válida se o objeto não fosse ilícito.

Pois bem, neste jaez, estabelecido o direito de ação e acesso ao Judiciário, resta saber qual o verdadeiro significado ou natureza jurídica desse direito, a qual já adiantamos ser distinto do direito subjetivo do plano material e cotidiano da vida das pessoas. Com esse objetivo, surgiu-se durante a história evolutiva do processo diversas teorias sobre o direito de ação, quais sejam, a *teoria imanentista, civilista ou unitária, a teoria concretista, a abstratista e a teoria eclética do direito de ação*¹⁷⁰, cada qual buscando acompanhar a própria evolução da sociedade como um todo, bem como as repercussões cada vez mais complexas dos imbróglis nas esferas judiciais.

Nesse sentir, no entender da *teoria imanentista, civilista ou unitária* não haveria direito de ação sem a presença do direito material do Autor, a ação seria vista como “simples aspecto do direito material da parte”¹⁷¹ e não haveria relação de autonomia entre ambos os direitos, o que significaria, simplesmente, que o próprio direito material estaria reagindo contra a lesão causada contra si, ou seja, sem

¹⁶⁹ Veja redação do citado artigo 5º, XXXV, CF, in verbis “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 151/168.

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 151.

direito material, a parte também não teria direito de ação legítimo a buscar a solução nos Tribunais¹⁷². Essa teoria não comportaria, por si só, a ação julgada improcedente e a ação declaratória negativa, por ambas usurparem do que seria entendido como direito de ação naquela época, uma vez que, na primeira, a ação fora exercida sem, no entanto, concretização do suposto direito material do Autor e, na segunda, a concretização desse direito era compreendida como a própria declaração de não-direito substancial da parte.

Enxergando-se a necessidade de abarcar e explicar as citadas ações, imprescindível foi a evolução partida dessa teoria para o definido pela *teoria concretista do direito de ação*, qual seja, o reconhecimento da autonomia do direito de ação em relação ao direito substancial a ser solucionado; dessa forma o direito de ação passou a ser reconhecido como um direito autônomo e concreto da parte em relação ao que ela gostaria de modificar ou desconstituir no plano material, não podendo ser confundidas ambas as espécies¹⁷³. Para os defensores dessa segunda corrente (Wach, Bulow, Hellwig e Chiovenda), o direito de ação “seria, então, o direito à sentença favorável” da parte¹⁷⁴, ou seja, só haveria reconhecimento do exercício do direito de ação a partir do reconhecimento concreto do direito material da parte; a ação seria o direito a um pronunciamento favorável¹⁷⁵. Essa teoria conseguiu explicar a ação declaratória negativa, muito embora não tenha mudado a perspectiva em relação a ação julgada improcedente.

Explícito era a necessidade de reformulação do que se entendia como direito de ação, fato este que sobreveio com o surgimento da *teoria abstratista*, segundo a qual a ação seria apenas o direito judicial sobre um determinado conflito de interesses; em outras palavras, “o direito de ação seria o direito à composição do litígio pelo Estado, que, por isso, não depende da efetiva existência do direito material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário”¹⁷⁶. Com efeito, essa teoria foi capaz de desvencilhar, de vez, ambos os institutos, estabelecendo um direito autônomo e abstrato, trabalhando unicamente com um hipotético direito material do indivíduo que veria exercido seu direito de ação, independente da

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 151.

¹⁷³ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 152.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo civil. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 191-195.

¹⁷⁵ MARINONI, V.1, op. Cit. p. 191-195.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 152.

concretização de seu direito substancial.¹⁷⁷ Com o advento desse entendimento, mesmo julgada improcedente a ação manejada, haveria que se afirmar que o Estado permitiu o exercício do direito de ação de quem a instaurou, já que “mesmo quando a sentença nega procedência do pedido do autor, não deixa de ter havido ação e composição da lide”¹⁷⁸.

Essa é a disposição da teoria *pura* do direito abstrato, qual seja, tendo havido somente a satisfação dos pressupostos processuais e, conseqüentemente, a correta e válida formação e desenvolvimento do processo, o autor já teria direito ao provimento de mérito, impondo-se uma obrigação ao Estado de fazer-se a composição do litígio¹⁷⁹. No entanto, a cientificidade da matéria não parou por aí, conforme nos ensina Humberto Theodoro Júnior¹⁸⁰

Há, contudo, uma *teoria, dita eclética*, que foi admitida e desenvolvida, entre outros, por Liebman, e que foi acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro, a qual subordina o provimento de mérito a outros requisitos, além dos pressupostos de validade da relação jurídica processual, requisitos estes apelidados de condições da ação.

Segundo essa teoria, a ação é abstrata, porém condicionada, ou seja, todos têm direito de pedir a atuação jurisdicional, mas nem todos têm o direito de receber uma sentença de mérito, ainda que desfavorável, o que dependerá do preenchimento das condições da ação. Em outras palavras, além de distinguir o direito de ação do direito material, o entendimento também divide aquele direito (condicionado) do direito de demandar (incondicionado). Daí que se originou a distinção entre coisa julgada formal (sem preenchimentos das condições da ação) e coisa julgada material (com citado preenchimento)¹⁸¹. A todos que preenchem os pressupostos processuais é de direito propor a demanda perante a jurisdição do estado, no entanto, somente àqueles que se enquadrarem nas condições impostas pela ação é que poderá ver-se o Estado atribuir definitividade ao seu imbróglio, ainda que desfavorável a ele.

¹⁷⁷ MARINONI, V.1, op. Cit. p. 196-197.

¹⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 152.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 167.

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 167.

¹⁸¹ MARINONI V.1, loc. cit. p. 199-204.

Pois bem, na atual doutrina, após diversas modificações conceituais sobre a ação como um direito da parte, estabeleceu-se que a definição que mais lhe comportaria seria a de que se traduz num “direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação de prestação jurisdicional”¹⁸², num viés puramente instrumental, autônomo, abstrato e, por fim, condicionado aos requisitos próprios da ação. É esse o mais atual dos conceitos desse instituto, por tudo já arraigado na doutrina processual moderna, sem muitas críticas nos dias atuais¹⁸³.

Diz-se público porque exercido exatamente contra o Estado, ou seja, o sujeito passivo legitimado para se opor o direito de ação é o próprio Estado, este que estará obrigado, preenchidas as condições, a dar solução ao caso. Diz-se instrumental, pois ainda que em posição autônoma e abstrata ao direito material, sua função é exclusivamente a consecução dos objetivos daquele e, por fim, se diz subjetivo, porque implícito ao sujeito detentor hipotético das razões discutidas¹⁸⁴.

Em suma, analisar as condições da ação é dizer se o direito requerido pode ser admitido em abstrato ou em tese; enquanto analisar o mérito da ação, é dizer se o direito requerido pode ser admitido em concreto, com profundidade, num aspecto vertical¹⁸⁵.

Essas questões diferenciadoras ainda exigem a compreensão de duas outras nomenclaturas no direito processual civil, quais sejam, a distinção entre *prestação jurisdicional* e *tutela jurisdicional*. Nesse sentido, explica Humberto Theodoro Júnior que, uma vez entendido que o sujeito ativo da ação nem sempre será detentor do direito subjetivo discutido, há de se afirmar que nem sempre a prestação do Estado se resumirá a uma tutela jurisdicional, pelo menos quando se enxerga somente a figura do Autor; por outro lado, deve se afirmar que em todos os casos haverá prestação jurisdicional, porque, uma vez exercido de modo correto o direito de ação, não será lícito ao estado recursar o julgamento¹⁸⁶. “Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito”¹⁸⁷.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 152.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 152.

¹⁸⁴ BEDAQUE, loc. Cit. p. 235.

¹⁸⁵ BEDAQUE, loc. Cit. p. 235.

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 153.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 153.

Avançando na cientificidade da matéria, é importante se valer agora da própria conceituação de condições da ação, bem como de suas espécies hoje compreendidas. Nesse jaez, essa categoria jurídica seria entendida como sendo requisitos ou questões processuais, preliminares e prejudiciais, de caráter constitutivo da própria ação, cuja análise deve ser precedida em relação ao mérito a ser discutido, a fim de trazer aptidão para fixação de definitividade na matéria e, sem cuja observância levaria à carência da ação¹⁸⁸, ou ainda, como ensina Arruda Alvim¹⁸⁹, “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final”.

Nesse diapasão e com a finalidade de esmiuçar a definição empregada, explica-se que a doutrina moderna¹⁹⁰ trata os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito como institutos diversos e autônomos, estabelecendo uma ordem de análise judicante, qual seja, a de que as condições da ação estariam em posição intermediária se comparadas aos outros dois, devendo a análise do mérito ser sempre o resultado positivo da presença dos requisitos anteriores. Com efeito, os pressupostos processuais são os requisitos formadores do processo, de viabilidade estritamente processual, donde surge sua existência, enquanto as condições da ação são questões ou matérias atinentes exclusivamente ao próprio direito de agir num ambiente processual já estabelecido; ambas representando a viabilidade abstrata da pretensão de direito material, cuja falta de qualquer uma delas faz operar a extinção sem julgamento de mérito da demanda¹⁹¹.

Transcorrido, até aqui, sobre toda construção científica do que se entende como condições da ação nos dias atuais, na conformidade da teoria eclética do direito adotada em nosso Código de Processo Civil vigente, é de bom momento que se frise que toda discussão sobre a conceituação, natureza jurídica e efeitos de eventual admissão ou inadmissão do preenchimento desse instituto perante o processo e a lide das partes, fora completamente estabilizada, perdendo relevância perante o que se tem de mais urgente nos anseios sociais e jurisdicionais atuais. Com efeito a processualística mais moderna se preocupa com muito mais ênfase na

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit., p. 156-159.

¹⁸⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1975, v. 1. **Apud** JÚNIOR, loc. Cit. p. 156.

¹⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** 17. ed. Jus Podivm, 2015.

¹⁹¹ DIDIER JUNIOR, loc. Cit. p. 156-157.

questão da efetividade do processo e maleabilidade das formas procedimentais do que somente na afirmação do que se resumiria tais condições da ação.

Dessa forma, restaria para o estudo que aqui quer se impor, o relacionamento das próprias condições da ação com a busca pelas soluções de como poder-se-ia operar-se a concretização de tal efetividade processual na consecução dos objetivos substanciais da parte e, em última análise, do próprio Estado. Importante ressaltar que tais condições também têm enquadramento jurídico no grupo entendido como regras procedimentais ou formais cuja maleabilidade quer se atingir, assim, o questionamento em que, talvez, mais se aproxima dos objetivos desse subtópico se faz em torno da averiguação de que a ausência de alguma dessas condições seria ou não capaz de impedir os escopos do processo.

Observe que o estudo não se debruçará nos questionamentos sobre ser ou não, as condições da ação, parte do mérito da causa como institutos que se confundem; tal ocupação científica já fora definida nesse trabalho como sendo institutos diversos, devendo ter tratamento distinto, portanto, os pressupostos, as condições e o mérito. Repita-se, debruçaremos sim e tão somente na constatação ou não de que a ausência dessas condições seria ou não apta a interferir no alcance dos escopos processuais.

Citado questionamento é compatível com a preocupação de maior efetividade da demanda, em clara alusão ao princípio da primazia do mérito, porque poderia ter como conduta autorizada a do magistrado que mitiga a importância das condições da ação para o julgamento com definitividade da causa, atingindo, assim, o resultado esperado pelas partes.

Sabendo que hoje são reconhecidas pela legislação somente as condições “interesse de agir” e “legitimidade de parte” resta-nos tecer considerações sobre as tais, juntamente com a discussão que gira em torno dessa categoria jurídica. Não nos debruçaremos, assim, sobre a possibilidade jurídica do pedido, que fora realocada como mérito da ação, cuja inobservância causa diretamente a improcedência da mesma.

O interesse de agir é sustentado pelo trinômio necessidade, adequação e utilidade da tutela jurisdicional, sendo amplamente difundido a tempos que a parte só terá interesse em agir perante o Judiciário e contra o requerido na hipótese de não haver outro meio para usufruir de seu direito, porque já se esgotou as tentativas para isso e, que a forma com que se busca tal tutela jurisdicional é a maneira mais

adequada dentre as previstas em lei, de modo que haverá plena utilidade no exercício de seu direito de agir¹⁹².

Destarte, partes legítimas são os sujeitos que compõem a lide, isto é, “os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”¹⁹³. Isso, pelo menos no que diz respeito à chamada legitimação ordinária, porquanto em relação à legitimação extraordinária, não se faz necessária a correspondência subjetiva entre o titular do direito de ação e o titular do direito material – trata-se de sujeito agindo em nome próprio e defendendo direito alheio. Averka-se que a primeira espécie de legitimação é a regra em nosso ordenamento, sendo a segunda aplicada somente quando expressamente autorizado por lei, em situações escassas¹⁹⁴.

Definidas as condições, pergunta-se: poderiam ser relativizadas para o alcance do julgamento de mérito?¹⁹⁵ Em relação à *legitimidade ad causam* a resposta afirmativa se impõe somente quando o próprio caso em concreto apresenta impedimento lógico de averiguação dessa legitimidade como matéria preliminar e prejudicial ao mérito, porque de outra forma não haveria como se averiguar senão em cognição exauriente, quando madura a lide para receber definitividade de uma sentença. Nesse sentido, a análise da legitimidade, seja ativa ou passiva, seria mitigada enquanto categorizada no grupo das condições da ação, para que, por impossibilidade fática apresentada no caso, ser analisada somente quando do proferimento da sentença de mérito¹⁹⁶.

Dessa forma, restaria a investigação da natureza dessa decisão – se terminativa ou definitiva -, bem como a constatação de qual dessas naturezas de decisões, nesse caso, seriam mais favoráveis ao princípio da primazia de mérito. Essas investigações serão alcançadas com o aprofundamento do estudo nos limites temporais de análise das condições da ação.

Antes disso, fazendo o mesmo questionamento alhures, mas agora em relação ao *interesse de agir*, afirma Bedaque¹⁹⁷ que só teria relevância a averiguação prévia do citado interesse enquanto espécie de condição da ação nas

¹⁹² CINTRA, loc. Cit. p. 288-290.

¹⁹³ DIDIER JÚNIOR, loc. Cit. p. 162.

¹⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, loc. Cit. p. 163.

¹⁹⁵ BEDAQUE, loc. Cit. p. 263.

¹⁹⁶ BEDAQUE, loc. Cit. p. 300.

¹⁹⁷ BEDAQUE, loc. Cit. p. 317.

demandas declaratórias, pois nessa forma de pretensão o interesse de agir “é representado pela incerteza objetiva sobre a existência, ou não, de determinada relação jurídica, que não se confunde com o plano do próprio direito material em questão”¹⁹⁸, enquanto que nas tutelas condenatórias e constitutivas não haveria como constatar tal relevância, o que autorizaria a mitigação do instituto e, conseqüentemente, sua análise somente enquanto categoria de mérito da ação.

Em outras palavras, haveria possibilidade de mitigar a necessidade de análise do interesse de agir enquanto espécies da categoria intitulada “condições da ação” e promover sua conseqüente análise como uma parcela do mérito da demanda somente no que diz respeito aos processos condenatórios e constitutivos, porque, como afirma Bedaque¹⁹⁹

Neste o interesse de agir consiste na própria afirmação do direito potestativo a uma modificação jurídica. Naquela seria representado pelo inadimplemento da obrigação – afirmando que, negada pelo réu, implica necessidade de investigação sobre a possível extinção da obrigação, configurando exame do mérito.

É nesse jaez que estariam as hipóteses de relativização das condições da ação para o alcance de uma sentença definitiva, porquanto importantes para concretização da primazia do mérito da ação.

Observemos que impossibilitada a análise da *legitimidade ad causam* como matéria preliminar e prejudicial ao mérito, importa sabermos se a sua constatação posterior seria hipótese de carência ou improcedência da ação. De antemão vale reproduzir ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, qual seja²⁰⁰

Numa quadra como essa, não há diferença substancial entre declarar a parte ilegítima para ação ou afirmar a improcedência do seu pedido. O que, concreta e objetivamente se está fazendo é, na realidade, o acerto negativo sobre a pretensão que por ele foi deduzida em juízo. A ilegitimidade, assim afirmada, não é outra coisa senão o reconhecimento definitivo de não ter a parte o direito material para cuja tutela exerceu o direito de ação frente ao réu.

¹⁹⁸ BEDAQUE, loc. Cit. p. 317.

¹⁹⁹ BEDAQUE, loc. Cit. p. 317.

²⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 166.

Entra em voga, portanto, a teoria da asserção – em que as condições de desenvolvimento válido da lide devem sempre estar preenchidas quando do momento da análise da inicial, devendo qualquer decisão posterior ser entendida como apta a trazer a procedência ou improcedência da ação -; bem como a teoria do exame concreto dessas condições, em que por todo processo as condições estariam em fiscalização, tudo isso para o fim de constatação ou não de seus respectivos preenchimentos, o que, em caso negativo, causaria a declaração de carência da ação, seja lá em qual fase do processo estivesse²⁰¹.

Enfim, parece-nos que a regra que melhor privilegia o princípio da primazia do mérito é o referente à teoria da asserção, pois aumentaria as hipóteses de se ter sentença de mérito dentro do ambiente processual, muito embora já se tenha amplamente admitido que as condições da ação são matérias de ordem pública, não sujeitas a preclusão, podendo ser apreciadas inclusive de ofício e em qualquer grau de jurisdição (art. 485, §3º, NCPC)²⁰².

Essas considerações já nos bastam para entender melhor qual caminho e em quais hipóteses deve o magistrado se valer para concretização dos escopos do processo, sobretudo aqueles escritos nas exposições de motivos referentes à efetividade e utilidade do processo.

4.7 Invalidades Processuais

Algumas considerações não de merecer o presente item, que embora tenha sido tratado, indiretamente é verdade, nos tópicos anteriores, não deixa de ter sua importância para um estudo mais pormenorizado e metódico nesse tópico. O Código de Processo Civil se vale de um sistema próprio de invalidades processuais, assunto este que está intrinsecamente ligado à necessidade de observância das formas e ao sempre caráter instrumental do processo e que ditam que o intérprete do direito, delimitador dos acontecimentos dentro ambiente processual – o juiz –

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 166-167.

²⁰² THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 165.

deve se preocupar em equilibrar ambas as exigências para a busca do melhor resultado esperado pela sociedade como um todo.

Trata-se de tema complexo, que exige o entendimento das noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos e que, não por simples opção, leva nomenclatura genérica em nosso trabalho, qual seja, “invalidades processuais”. Com efeito, buscou-se a forma genérica para que se visse englobadas tanto as nulidades como as anulabilidades desse ambiente de resoluções de conflitos.

Nesse sentido e de acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr. “o plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o plano da eficácia, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica)²⁰³”, enquanto que o plano da validade, segundo o mesmo Autor, é exclusivo dos “atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito), fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade”²⁰⁴.

Entendido isso, há que se dizer que sendo os atos processuais espécie da categoria atos jurídicos, é comum e necessário exigir dos mesmos todos os requisitos de validade condicionantes desse gênero, quais sejam, o agente capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não proibida em lei²⁰⁵. Compreendido essa cientificidade, “no que toca à violação de forma legal, é onde mais se mostra importante a teoria das nulidades processuais”²⁰⁶, tendo em vista, como já dito, a proximidade com a instrumentalidade e a indispensabilidade do procedimento formal.

Também, pela forma não prescrita em lei ou por ela proibida os atos estão suscetíveis de serem caracterizados como absolutamente nulos ou relativamente nulos (anuláveis). Portanto, exclui-se do âmbito das invalidades os atos inexistentes, pois nesses casos não há nem mesmo reunião dos mínimos requisitos para ser visto como um ato viciado. Quando enquadrados como inexistentes, portanto, não poderemos falar de convalidação nem invalidação²⁰⁷.

Pois bem, explica Humberto Theodoro Júnior que²⁰⁸

²⁰³ DIDIER JR, loc. Cit. p. 398.

²⁰⁴ DIDIER JR, loc. Cit. p. 398.

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 571.

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 571.

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 572.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit. p. 572.

Embora se reconheça a importância das formas para garantia das partes e fiel desempenho da função jurisdicional, não vai o Código, na esteira das mais modernas legislações processuais, ao ponto de privar sempre o ato jurídico processual de efeito apenas por inobservância de rito, quando nenhum prejuízo tenham sofrido as partes.

O Código fora construído sobre a égide da ideia de que só há de se considerar um ato nulo e sem eficácia quando, além de desobedecer a forma prevista ou não defesa em lei, este ato também não atingir sua finalidade e, é nesse aspecto que o novo diploma legal estabeleceu diversos mecanismos de utilização e concretização do princípio da primazia do mérito; veremos durante o transcorrer desse tópico.

Dispõe o artigo 277 do NCPC²⁰⁹ que alcançando a finalidade, o juiz sempre poderá considerar válido o ato, ainda que sua forma não tenha sido a prevista, ou seja, é o alcance da finalidade o fator que realmente interessa, pois, a forma é somente veículo de transporte do ato para o alcance de seus objetivos.

Em outro trecho, o Códex dispõe que mesmo quando houver disposição expressa em que comine a nulidade do ato que não observou a forma, o magistrado não estará autorizado a decretar a nulidade nem a mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta: se não houver prejuízo para a parte (art. 282, §1º), ou quando a situação autorizar decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (artigo 282, §2º)²¹⁰. Com isso, criou-se sistema peculiar de relativização das regras atinentes a tornar um ato nulo ou anulável, o que vem de frente com as perspectivas erigidas nas exposições de motivos do próprio Código de 2015. A rigor, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior²¹¹

Ato nulo de pleno direito é só aquele que contamina o processo de nulidade e o inutiliza inteiramente, como se dá na omissão do autor no cumprimento das diligências que lhe determina o juiz nas hipóteses dos arts. 76 §1º, I; 104; 303, §3º, e 321, ou quando um juiz de grau inferior pratica atos privativos de Tribunal Superior, como processar e julgar ação rescisória de sentença, em violação às regras de competência hierárquica (exemplos).

²⁰⁹ Veja redação do citado artigo 277 do NCPC “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit., p. 576.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, loc. Cit., p. 576-577.

Verdade seja dita, o sistema de invalidades processuais fora estruturado para que não haja, durante o procedimento, qualquer tipo de nulidade. Tal acontecimento é visto por todo o sistema como algo ruinoso e, por isso, a invalidação de algum ato deve ser vista sempre em última situação, ou seja, a ser tomada somente quando nenhum outro meio de aproveitamento ou correção for capaz de salvar e manter o andamento normal do processo²¹².

Explica Fredie Didier que há um roteiro a seguir, qual seja, “o juiz deve avaliar se o defeito é irrelevante, se não é possível aproveitar o ato como se fosse outro ou se não é possível corrigir o defeito; caso nada disso possa ser feito, então, e somente então, o ato deve ser invalidado”²¹³.

Citado roteiro segue fielmente a ideia de que não há invalidade sem prejuízo, ou seja, a invalidade processual é solução que apenas deve ser aplicada quando houver a junção do defeito com o prejuízo e isso só se constata quando a anomalia impedir o atingimento da finalidade do ato, o que deverá ser demonstrado caso a caso. Há diversas disposições no novo Código de Processo Civil que militam nesse sentido, dentre as quais e, sem prejuízo das já citadas, discorramos daquela redigida no artigo 283, qual seja, a formulação equivocada de um ato dentro do ambiente processual é suscetível de acarretar anulação unicamente nos espaços em que não podem ser aproveitados, devendo serem praticados todos aqueles atos que tiverem ainda utilidade necessária para trazer segurança jurídica ao processo²¹⁴.

Essa ideia, a propósito, faz frente ao que se entende por aproveitamento dos atos processuais defeituosos e, em última análise, ao princípio da fungibilidade já tratado nesse trabalho, pois “somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas”²¹⁵.

O tema também tem exata correspondência com o sistema de sanabilidade dos defeitos processuais, já que a esmagadora maioria desses

²¹² DIDIER JR, loc. Cit., p. 401.

²¹³ DIDIER JR, loc. Cit., p. 401.

²¹⁴ DIDIER JR, loc. Cit. p. 404.

²¹⁵ DIDIER JR, loc. Cit. p. 405-406.

equívocos processuais têm aptidão para serem sanados²¹⁶. Analisando o §1º do artigo 938 do NCPC, vemos que o código faz expressa menção ao tema quando o concretiza também em âmbito recursal. Segundo DIDIER JR., há somente duas exceções à regra da sanabilidade dos atos, quais sejam, quando ela se relaciona com a falta de interesse de agir (condição da ação) ou com a falta de tempestividade do ato processual (preclusão); fora isso e segundo o citado Autor, poderíamos afirmar que todo ato é sanável²¹⁷.

Enfim, tanto o sistema de invalidades processuais como também o de sanabilidade dos vícios existentes estão amparados por diversos dispositivos que concretizam a ideia da tão buscada primazia do mérito dentro do Código de Processo Civil e dentro do processo, alguns deles já existentes no Código anterior, outros surgidos só agora como novidade na fomentação dos objetivos do Estado.

²¹⁶ DIDIER JR, loc. Cit. p. 406.

²¹⁷ DIDIER JR, loc. Cit. p. 406.

5 CONCLUSÃO

Evidenciou-se, por meio do amplo levantamento de questões controvertidas, relacionamento de temas, de institutos, bem como de debate das problematizações ofertadas, que:

1 - Primeiramente, a busca pela de decisão de mérito compreende, dentre outros aspectos, a releitura do conceito de acesso à justiça para que se insira nele também, o campo de concretização das normas e não apenas, portanto, a disponibilidade abstrata e estática de condições genéricas de acesso ao judiciário. Nesse sentido, a presente pesquisa erigiu a importância do papel de um Estado Social na consecução de seus escopos sociais, políticos e jurídicos, afirmando-se, nesse diapasão, que o acesso à justiça é direito fundamental do cidadão, previsto na Carta de Direitos da Constituição Federal e, que seu conceito engloba, além da possibilidade de o indivíduo ser ouvido em juízo e receber uma resposta qualquer do Judiciário, também, o direito a uma tutela satisfativa de suas pretensões e compreensiva com os anseios da sociedade, condicionadas, sobretudo, ao preenchimento das condições da ação.

2 – Em segundo plano, a natureza jurídica que mais se aproxima à essência da primazia do julgamento com análise do mérito é a de princípio jurídico. Isso porque, os dispositivos que carregam os fins desta normatividade, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do novo Código de Processo Civil, militam no sentido de aparelhamento do magistrado, para conferir a ele subsídios suficientes de contextualização e fundamentação na busca de resultado efetivo ao direito material da parte que tem razão. Para que o leitor perceba a importância dessa definição, afirmou-se que não fora a correta utilização da nomenclatura a finalidade que se quis alcançar, mas sim, o correto entendimento da estrutura das normas, possibilitando-se, a partir daí, acertada interpretação na solução do caso em concreto, já que grande relevância prática e direta terá no exercício dos aplicadores da lei.

3 – A primazia do mérito e a instrumentalidade das formas são normas distintas, mas, embora sejam assim, apontam para uma mesma crítica, qual seja, a de que as regras formais e processuais não podem ser tratadas com maior importância em relação ao próprio direito material das partes. Firmou-se

compreensão que a distinção está no fato de que o conceito do princípio da instrumentalidade das formas se relaciona com a definição de meios e fins para solução de litígio e, o conceito da primazia do mérito, já mais aprofundado no processo em termos práticos, relaciona a extinção sem mérito com o julgamento com mérito do processo. Fixou-se, desse modo que o aparelhamento efetuado pelo novo Código resultou num avanço à instrumentalidade, muito embora esta tenha aplicação em todos os processos judiciais e aquela, por outro lado, tenha aplicação somente no processo civil.

4 – O dogma da precedência quando banalizado pela Jurisprudência Defensiva repercute negativamente nos objetivos do processo, desobedecendo assim, os princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição e, dentro das limitações impostas pelas regras de organização judiciária, também do duplo grau de jurisdição. Asseverou-se que o fundamento utilizado pelos Tribunais é, sobretudo, o da grande quantidade de recursos que chegam àquelas instâncias, fazendo-se desse argumento a justificativa para se enrijecer demasiadamente os requisitos de admissibilidade como também criar requisitos outros não previstos na legislação, fazendo-se desses entraves mecanismo legítimo e hábil a impedir o crescimento de demandas pendentes de julgamento. Estabeleceu-se, por fim, que essa conduta também afetaria o princípio da primazia do julgamento com análise de mérito.

5 – O excesso de formalidades processuais gera ilegalidade e o excessivo desfazimento delas gera insegurança jurídica. Por isso, salientou-se a necessidade do emprego adequado das formas, já que, somente assim é que se atingiria os objetivos do processo. Portanto, demonstrou-se o equívoco em pregar-se a desnecessidade em se seguir as formas, já que, muito pelo contrário, originam delas, talvez, uma das maiores interpretações de Estado Democrático de Direito, ou seja, elas são sim necessárias. O empecilho está em seus excessos, já que na grande maioria das vezes as garantias constitucionais ainda se encontram intactas ante eventual diminuição de formalismo processual. Fixou-se, pois, que a diminuição de formalidades ao processo e ao próprio método de legitimação do direito material discutido, não é sinônimo de diminuição das garantias sempre necessárias às partes.

6 – Tendo o juiz interesse público na solução da lide, é imprescindível dotá-lo de poderes e técnicas mais flexíveis no direcionamento e condução do

processo, dando a ele condições de adotar soluções mais acertadas aos melindres da causa durante o percurso e desenrolar da relação jurídica processual. Firmou-se, que quanto aos poderes do juiz e flexibilização da técnica, a atividade judicial não se destina somente a assegurar o cumprimento das regras formais do procedimento, mas também dar efetividade ao direito material merecedor de tutela. Mostrou-se notório que a nova legislação autoriza a chamada flexibilização da técnica processual pelo juiz, para que este, adequando o procedimento, consiga otimizar as energias na busca, sem obstáculos, de uma decisão de mérito justa e efetiva.

7 - A aplicação do princípio da fungibilidade não deve ser limitada somente à seara dos recursos, uma vez que há, principalmente na nova legislação, inúmeros autorizativos da regra a serem aplicados durante todo o procedimento de busca de uma decisão de mérito justa e efetiva. Para isso, buscou-se externar que citados mecanismos fazem parte da vontade da lei no sentido de concretização da primazia do julgamento com análise do mérito, tendo, assim, ambos os institutos correlação plena na ora análise.

8 – Fora o jurista e professor universitário alemão Rimmelspacher que analisou e teceu as primeiras críticas da história ao então chamado dogma da prioridade. Que embora seja verdade esse fato, fora Oskar von Bulow um dos responsáveis pelo marco evolutivo da ciência processual em seu contexto histórico e um dos pioneiros no estudo dos pressupostos processuais e do próprio processo como ciência autônoma. Diante do exposto e, após análise das teses de ambos os juristas, conclui-se, que dependerá sempre do momento em que se verifica a ausência dos pressupostos processuais para assim decidir-se, o juiz, qual a conduta mais acertada a tomar, podendo, em alguns casos, a ausência de citados requisitos revelar-se indiferente diante do julgamento da lide. Estabeleceu que se verificando a ausência de qualquer pressuposto somente ao final da ação (quando já maduro o julgamento), deverá o magistrado examinar a quem aproveitaria tal vício, para assim decidir a causa a seu favor. Salientou-se, por fim, diante dessa conclusão, que os requisitos devem, em princípio, serem verificados com antecedência ao mérito; esse controle, todavia, deve ser realizado o quanto antes para evitar dispêndios desnecessários dentro do ambiente processual e, somente caso não seja tomado tais cuidados (verificação em momento adequado) é que estará em evidência a necessidade de análise do não-prejuízo para decidir-se a conclusão do feito.

9 - Em relação às condições da ação, limitou-se o presente trabalho a averiguar se a ausência de alguma dessas condições seria ou não capaz de impedir os escopos do processo. Em relação à *legitimidade ad causam* a resposta afirmativa se impôs somente quando o próprio caso em concreto apresenta impedimento lógico de averiguação dessa legitimidade como matéria preliminar e prejudicial ao mérito, porque de outra forma não haveria como se averiguar senão em cognição exauriente, quando madura a lide para receber definitividade de uma sentença. Em relação ao interesse de agir, concluiu-se que só teria relevância a averiguação prévia do citado interesse enquanto espécie de condição da ação nas demandas declaratórias, pois nessa forma de pretensão o interesse de agir é representado pela incerteza objetiva sobre a existência, ou não, de determinada relação jurídica, que não se confunde com o plano do próprio direito material em questão, enquanto que nas tutelas condenatórias e constitutivas não haveria como constatar tal relevância, o que autorizaria a mitigação do instituto e, conseqüentemente, sua análise somente enquanto categoria de mérito da ação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (5^o ed. Editora Suhrkamp Verlag. 2006). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^o ed. 4^o tiragem. Editora Malheiros. 2015.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n^o. 4, julho de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. 3. Tiragem. Editora Malheiros: 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. – 3^o ed. Malheiros Editores. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. - São Paulo: EDIPRO, 2.ed. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil** : inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre : Fabris Editor, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores. 29^o ed. 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 49 – **Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito**. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. rev. atual. Editora Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 1, Editora Malheiros, São Paulo: 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FUX, Luiz. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Novo Código de Processo Civil : comparado – Lei 13.105/2015/** coordenação Luiz Fux; organização Daniel Amorim Assumpção Neves. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GONÇALVES MAGALHÃES, Rodrigo. **Primazia do Julgamento com Análise do Mérito: Postulado Normativo, Princípio ou Regra?** *Hermenêutica Constitucional /* Fernando de Brito Alves, Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito).

GONÇALVES TEIXEIRA, José Arthur. TEBAR CORBALAN, Wilton Boigues. REIS PRADO, Lidiane do. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso** -- Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. **Acesso à Justiça I** [Recurso eletrônico on-line] organização COMPENDEI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara – coordenadores: Juvêncio Borges Silva ... [et al]. – Florianópolis: COMPENDEI, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4^o ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Processo Civil**. Teoria geral do processo civil. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de Processo Civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** *Revista Consultor Jurídico*. 29 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. **A atuação do juiz na direção do processo**. In: Luiz Fux. (Org.). *O Novo Processo Civil Brasileiro - Direito em expectativa*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Dogma da precedência e o projeto do novo código de processo civil brasileiro**. JusBrasil. 2013. Disponível em:

<https://danielcolnago.jusbrasil.com.br/artigos/121943596/dogma-da-precedencia-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro>.

_____. **Processo Civil nas Tradições Brasileira e Iberoamericana**/Coordenadores: Alexandre Freire; Lúcio Delfino; Pedro Miranda de Oliveira; Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro – Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

_____. **O princípio da primazia da tutela de mérito: uma apresentação**. In: Néstor H. Gutiérrez Miranda et. al..(Org.). Horizontes contemporáneos del derecho procesal. 1ed.Lima - Peru: Adrus editores, 2014.

SANTOS, Ozéias de Jesus dos. **Dicionário de Terminologia Jurídica**. São Paulo : Vale do Mogi Editora. 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais**. Revista de Processo, n. 63. São Paulo: RT, jul./set. 1991.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora JusPodivm. 10º ed. rev. ampl. atual. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 56. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VILLAR, Alice Saldanha. **STF rechaça a tese da extemporaneidade do recurso prematuro**. JusBrasil. 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236107968/stf-rechaca-a-tese-da-extemporaneidade-do-recurso-prematuro>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev., atual. e ampl., 2. t., do livro Nulidades da sentença – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman ; v. 16).