

REVISITAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA¹

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES²

RESUMO: O presente trabalho examina a funcionalidade dos pressupostos processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Na primeira parte, contextualiza-se o tema com o fenômeno da constitucionalização do processo, evidenciando os principais aspectos daí decorrentes. Em seguida, traça-se os contornos fundamentais da tutela jurisdicional efetiva, de modo a demonstrar a incompatibilidade do formalismo excessivo com o moderno Estado constitucional de direitos. Por fim, investiga-se a insuficiência funcional dos pressupostos processuais diante da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que se retrata necessidade de revisão axiológica desta categoria processual.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional efetiva; Processo constitucional; Direitos fundamentais; Formalismo; Pressupostos processuais.

Construir um sistema de Justiça é como construir uma estrada; quanto melhor for a estrada, maior será o tráfego; e quanto maior o tráfego, mais depressa a estrada acusará o inevitável desgaste.

José Carlos Barbosa Moreira (2007, p. 376).

1 INTRODUÇÃO

Houve tempos em que se primou mais pela *certeza* do que pela *efetividade* da prestação jurisdicional. Tanto que se tornou uma máxima constante o brocardo de que *a justiça tarda, mas não falha*. Hoje, entretanto, aspiram-se novos ares; constroem-se novos paradigmas; buscam-se novos direitos. É de rigor, então, que se passe a afirmar: *justiça que tarda, é falha*.

¹ Trabalho realizado sob a orientação do prof. Dr. Gelson Amaro de Souza.

² Discente do 10º termo “C” do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Estagiário do Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo, Integrante do Grupo de Estudos “Processo de Conhecimento”, sob a orientação do prof. Dr. Gelson Amaro de Souza. E-mail: daniwell_NF@hotmail.com.

Focalizado, na era liberal, como um sistema de garantias contra o arbítrio estatal, o processo judicial brasileiro tinha na *segurança jurídica* o valor supremo de uma sociedade notadamente individualista. A *certeza* afigurava-se como condição máxima de legitimidade da função jurisdicional, eis que impunha limites – meramente formais, inclusive – à atuação do Estado-Juiz.

A elevada valorização do direito constitucional, em especial no que se refere aos direitos fundamentais, irradiou seus efeitos para os mais diversos ramos da estrutura jurídica brasileira. No que tange ao processo, de modo especial, consagrou-se uma verdadeira ruptura de paradigmas, na medida em que se constatou a necessidade de uma conformação constitucional do processo.

É notório que o apego irrestrito a formalidade excessivas prejudica a efetividade do processo. Do modo como vem sendo utilizadas, as regras infraconstitucionais relacionadas aos pressupostos do processo encontram-se defasadas. É preciso reconhecer no juiz a capacidade para adequar as tradicionais categorias jurídicas aos novos anseios constitucionais, de modo a realizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Em *relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*, a Organização dos Estados Americanos (1997, p. 166) deixou evidente a situação caótica do país em termos de Justiça. Conforme se constatou, no Brasil, “o sistema judicial, salvaguarda primeira das garantias que deve oferecer o Estado, sofre de *lentidão, formalismos excessivos e desnecessários* e ainda de debilidades institucionais”.

O descrédito da sociedade em relação ao Poder Judiciário prejudica o próprio valor da *cidadania*. Constata-se, cada vez mais, a construção de uma imagem negativa da Justiça brasileira, qualificada de lenta, insuficiente e discriminatória. Tudo isso contribui para que se busque, constantemente, meios de agilização dos procedimentos judiciais.

Põe-se em evidência, assim, o estudo da adequação dos institutos processuais aos novos contornos do constitucionalismo moderno. Particularmente, neste trabalho, importa desvendar a funcionalidade dos pressupostos processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Diante da incapacidade da teoria da relação jurídica processual em legitimar o processo jurisdicional no Estado

contemporâneo, propugna-se por uma revisitação dos pressupostos processuais à luz do novo modelo constitucional de processo. Eis a problematização do trabalho.

2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

2.1 Neoprocessualismo e o Modelo Constitucional de Processo

Não é de hoje que se mostra notória e perspicaz a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre o sistema jurídico, em especial no que diz respeito às normas de caráter processual. A (re)leitura do processo com os olhos voltados para a Constituição constitui um dos mais importantes fundamentos do que se convencionou chamar de *neoprocessualismo*.

O emprego do termo *neo* justifica-se justamente pela necessidade de mudanças paradigmáticas. Vislumbra-se hoje no direito, de um modo geral, e no processo, de um modo especial, um enorme abismo entre o ser e o dever-ser. A *consolidação* dessa nova edificação jurídica brasileira – construída com a Carta Política de 1988 -, não dispensa métodos hermenêuticos modernos aptos a reaproximar a realidade social das promessas normativas.

Deste modo, embasado na falência do positivismo jurídico e na expansão da jurisdição constitucional, o neoprocessualismo aparece como método interpretativo louvável na busca pela sintonia social-normativa. E faz isto, de modo supremo, ao propor o (re)estudo do processo à luz das novas aspirações constitucionais, como a afirmação da força normativa da Constituição e a valorização dos direitos fundamentais nela inseridos.

Afigura-se como necessária, desse modo, uma leitura do processo sob a perspectiva dos *direitos fundamentais*, verdadeiro suporte axiológico do moderno direito constitucional. São os direitos fundamentais que, de modo supremo, orientam

e condicionam a aplicação das normas processuais, legitimando a jurisdição do Estado contemporâneo.

A conexão entre Processo e Constituição pode se verificar em duas direções. Primeiramente, no sentido Processo → Constituição, tem-se a necessidade de se valer dos instrumentos processuais para tutela dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição. Entram em cena aqui os mecanismos de controle jurisdicional dos atos estatais, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades públicas, compreendida pelos remédios constitucionais, a exemplo da ação popular (art. 5º, XXIII), do mandado de segurança (art. 5º, LXIII) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI). É a *tutela processual da Constituição*. De outro lado, o sentido Constituição → Processo compreende a análise (revisitação) dos institutos processuais à luz da Constituição. É o que se tem chamado de *constitucionalização do processo*, tendo em vista a necessidade do sistema processual se legitimar e potencializar sua eficácia diante a Carta Magna. Refere-se, por assim dizer, à *tutela constitucional do processo*.

É que o direito processual, assim como todo e qualquer instrumento de controle e pacificação social, só se legitima quando aplicado em cotejo com a realidade social. E, juridicamente, a realidade social pode ser aferida, de forma suprema, por intermédio das normas *constitucionais*, supostamente oriundas de valores e princípios materializados pela própria sociedade.

Não se pense, entretanto, que basta uma ligação *passiva* entre Processo e Constituição. Fosse assim, não haveria porque se implementar mudanças na legislação e no modo de pensar dos sujeitos processuais. Contentar-se-ia com belas, porém inúteis, construções teórico-dogmáticas. Na verdade, o que se quer é uma posição *ativa* dos envolvidos, de modo a fazer concretizar os ideais do neoprocessualismo. Por isso, os aplicadores do direito devem fazer com que as normas processuais retratem o conteúdo *material*, e não meramente *formal*, da Constituição.

Confira-se, nesse sentido, a advertência feita por Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 158):

Estudar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo*, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido *ativo* de *aplicar* as diretrizes constitucionais na *construção* do direito processual civil, realizando *pelo e no* processo, isto é, *pelo e no* exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para os seus cidadãos.

Sem nenhum exagero, o *modelo constitucional de processo* não só permite, como *impõe* o (re)estudo dos institutos processuais a partir da Constituição³. Não se pode construir hoje uma teoria do processo que não tenha como ponto de partida e de chegada a Constituição. O primeiro e o último *contato axiológico* das normas processuais deve ser a Constituição.

A Constituição representa, numa linguagem metafórica, “o tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem a sua seiva vital (ZANETTI JR., 2004, p. 106). É por isso que o processo passa a ter sua análise condicionada a dois planos distintos: o técnico e o humano. Aquele para nortear um desenvolvimento racional e seguro do processo; este para desvendar, descobrir, aprimorar e interpretar as normas de acordo com os fins políticos, jurídicos e sociais do processo, integralizando o *Estado constitucional democrático de direito*.”

2.2 Sobre o Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva

Diversamente do que fez, por exemplo, a Constituição espanhola⁴, que consagrou de forma expressa o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a

³ Até mesmo a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu de maneira semelhante. No *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, em sentença de 4 de julho de 2006, consignou-se que “se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, para melhor compreensão da matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe”.

⁴ Consagrando o direito fundamental dos cidadãos à tutela jurisdicional efetiva, assim proclama o artigo 24 da Constituição espanhola: “Todas la personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Constituição brasileira assim não o fez. Nada obstante, considerando-se inclusive os novos paradigmas do direito constitucional, não há como negar a sua existência no ordenamento jurídico pátrio.

Como bem assinala Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 179), tal direito fundamental encontra guarida no já conhecido artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. Com efeito, na medida em que se assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, por certo que se está garantindo a todos o direito a uma prestação jurisdicional *efetiva*, atributo ínsito à inafastabilidade da apreciação judicial.

Deveras, é no mínimo *prudente* que a inafastabilidade jurisdicional não se exaura na garantia de acesso ao Judiciário. Esta representa, por assim dizer, apenas o conteúdo *formal* do postulado, de sorte que, substancialmente, a norma do art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988 abarca a própria ideia de *efetividade processual*. Demais disso, não basta o Estado, a pretexto de *forjar* a observância do preceito constitucional, garantir ao jurisdicionado a mera *apreciação judicial* de um conflito. O que se deve ter em mente é que a inafastabilidade jurisdicional traz implícita em seu próprio conteúdo os atributos da tempestividade e da adequação, valores indissociáveis da tutela jurisdicional efetiva⁵.

Atente-se 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 normativa⁶.

Convém recordar, nesse propósito, que a tutela jurisdicional efetiva passa pela observância de uma técnica processual adequada à tutela do direito material em litígio. Deve-se prever, abstratamente, as *especificidades* do direito

⁵ Trecho extraído do nosso “Tutela de urgência na perspectiva dos direitos fundamentais”, *in* Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 57, jan./fev. 2009, p. 114.

⁶ Confira-se, neste sentido, a esclarecedora lição de Calmon de Passos (1999a, p. 33): “Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome de quê se institucionaliza numa ordem política democrática”. Segundo o jurista baiano, “em uma organização democrática, o poder só é legítimo quando exercitado em termos de serviço e nos precisos limites em que foi outorgado”.

material, a fim de que, concretamente, valha-se de regras processuais adequadas a sua tutela⁷.

Igualmente, por definição, a efetividade do processo não pode se desviar do atributo da *tempestividade* (celeridade). Tutela jurisdicional *tardia* não é mais do que uma injustiça qualificada. Lembre-se, ainda, que a dimensão temporal do processo ganha contornos mais preocupantes quando se está diante de direitos não patrimoniais, como o direito ao meio ambiente e os direitos de personalidade.

Sem embargo, certamente não se pode adjetivar um processo de *efetivo* se ele acaba por transformar *direitos* em meras *expectativas*. No atual estágio do processualismo, não se pode contentar com a ideia de que *o direito em tese é certo, mas o direito discutido no processo é sempre incerto*. Foge dos intentos constitucionais taxar um direito de *problemático* – para utilizar a expressão de Viehweg (1986, p. 65) – só porque ele passou a ser discutido em um processo.

De mais a mais, vislumbra-se que influenciam na questão da efetividade, portanto, fatores *endógenos* e *exógenos* ao processo. Não se põe em dúvida a importância e significância que os fatores fora do processo, como a organização do Poder Judiciário e as custas processuais, contribuem para a problemática. O que se pretende, por ora, entretanto, é analisar um ponto endógeno ligado à efetividade do sistema processual, que é a formalidade excessiva.

Tutela jurisdicional que não se mostrar adjetivada de *efetiva* não é tutela, sob pena de deslegitimar o próprio controle judicial pensando em um Estado Democrático de Direito. Será qualificada de *efetiva*, por assim dizer, aquela tutela que se evidencie, no caso concreto, *apta* (adequada) a, cumulativamente, proteger *integralmente* o direito material em litígio, bem como preservar as garantias *mínimas* da parte adversa⁸.

Tudo isso ganha força quando se constata tratar-se de um direito *fundamental* da pessoa humana. De modo que seu conteúdo contempla decisão

⁷ Assim é que o processo, como instrumento da jurisdição, deve “dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio ch’egli há diritto di conseguire” (PROTO, 2006, p. 51-53).

⁸ Assim é que a Corte Européia de Direitos Humanos, em célebre decisão, no caso *Airey vs. Irlanda* (sentença 07.10.1979), deixou bem consignada a exigência de “proteger não mais de forma teórica ou ilusória, mas de forma concreta e efetiva”, os direitos fundamentais da pessoa humana.

sobre a própria estrutura do Estado, o direito à tutela jurisdicional efetiva deve ser estudado dentro do quadro dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade⁹ do direito à tutela jurisdicional efetiva decorre da própria existência de direitos¹⁰. Isto porque a realização plena dos direitos – inclusive de outros direitos *fundamentais* – passa pela possibilidade de se tutelá-los de modo eficaz quando colocados em situação de ameaça ou lesão. Não é por outra razão, portanto, que frequentemente se coloca o direito a uma prestação jurisdicional efetiva como o mais importante dos direitos. Constitui-se, nas palavras de Marinoni (2004, p. 185), “o direito a fazer valer os próprios direitos”.

Enquanto direito *fundamental*, o direito à tutela jurisdicional efetiva possui uma dimensão *objetiva*, que atrela toda a estrutura estatal em busca de sua concretização (realização material). Além disso, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impõe o que a doutrina alemã intitulou de *eficácia irradiante*, no sentido de que os direitos fundamentais, pela sua eficácia dirigente, “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”, conforme bem observado por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 148).

Nesse ponto, com base na dimensão objetiva que qualifica os direitos fundamentais, não há como deixar de associar a *fundamentalidade* do direito à tutela jurisdicional efetiva com a possibilidade de o juiz, valendo-se da hermenêutica neoconstitucional, *revisitar* e *redimensionar* os tradicionais institutos processuais.

Antes de prosseguir, uma advertência.

A busca pela efetividade do processo não pode se desviar das demais garantias constitucionais do processo. Devido processo constitucional não se restringe à luta pela celeridade processual e realização material do direito do autor a

⁹ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 11), a importância dos direitos fundamentais não se limita ao fato de serem *tautologicamente* fundamentais. Além disso, a evolução da humanidade passou a perseguir uma nova concepção da efetividade desses direitos. Assim, do sentido abstrato e programático da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, chegando até a Declaração Universal dos Direitos dos Direitos do Homem de 1948, constatou-se uma nova característica de universalidade dos direitos fundamentais, colocando-os em grau mais elevado de juridicidade, positividade, concretude e eficácia.

¹⁰ Girolamo Monteleone (2000, p. 170) chega a afirmar, inclusive, que o direito fundamental de acesso à jurisdição é condição indispensável para a própria existência do ordenamento jurídico, de tal modo que o ar que respiramos é para nossas vidas. Em suas palavras: “La astratta facoltà di adire i tribunali, spettante ad ognuno uti civis, à una condizione fondamentale per l’esistenza stessa dello ordinamento giuridico, l’una sta all’altro come l’ária, che respiriamo, sta alla vita”.

qualquer custo. Uma adequada tutela jurisdicional reclama por garantias mínimas (suficientes) contra o arbítrio e subjetivismo daqueles que decidem. Incluem-se aqui, por excelência, as garantias do contraditório e da segurança jurídica.

Adverte Calmon de Passos (1999b, pp. 69-70), a respeito, que “dispensar ou restringir [indevidamente] qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais”. Configura-se, por assim dizer, ofensa ao próprio Estado Democrático de Direito.

2.3 Formalismo Valorativo x Formalismo Excessivo: Os Limítrofes da Segurança Jurídica

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.

O formalismo processual mostra-se como verdadeiro *corolário* de um Estado de Direito. Sua função, por mais incongruente que possa parecer, não se afasta da busca pela efetividade do processo. Obviamente, na medida em que o formalismo delimita os poderes, faculdades e deveres dos envolvidos num processo, organizando e ordenando a atividade processual, por certo que contribui para a confecção de um *processo justo*.

O que acontece, entretanto, é que constantemente se confunde o *valor* formalismo com o excesso de formalismo. O formalismo, enquanto valor, também denominado *forma em sentido amplo*, “mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo”. Incumbe-lhe, assim, “indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a

ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento” (OLIVEIRA, 2003, p. 6-7).

Realça-se aqui a ideia de *organizar a desordem*. Se o processo não contempla requisitos mínimos a serem seguidos, previamente estipulados, fácil verificar que o litígio desembocaria numa disputa sem limites e sem solução. É nesta linha de pensamento que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p. 7) evidencia o liame existente entre o formalismo processual e a garantia de liberdade contra arbítrios estatais.

Pode-se verificar, assim, a existência de duas acepções de formalismo: de um lado o *formalismo-valorativo*, relacionado à organização de um processo igualitário; de outro lado, o *formalismo excessivo*, verdadeiro inibidor de eficácia de direitos fundamentais. É justamente sobre essas duas acepções de formalismo processual que transita a segurança jurídica.

De início, cabe lembrar dos novos contornos assumidos pelo postulado da segurança jurídica. Tal princípio, influenciado pela ruptura do normativismo legalista, passou a ser visto numa concepção principiológica, mais flexível e menos rígida. É o que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 21-22) intitula de *segurança jurídica em perspectiva dinâmica*.

Acrescente-se que o núcleo normativo *intangível* do direito fundamental à segurança jurídica caracteriza-se pela *previsibilidade de movimento*. Significa dizer que a segurança jurídica não é a tranqüilidade de que uma relação ou decisão permanecerá imutável; pelo contrário, o respeito à segurança jurídica contempla a possibilidade de se antever as mudanças necessárias em uma relação processual. Logo, na medida em que se vivencia a constante onda neoconstitucionalista, não se pode considerar ofensa a tal postulado a *releitura* dos institutos e regras processuais.

Vê-se, assim, que apenas o formalismo-valorativo se justifica como mantedor da segurança jurídica. É esta acepção formalista que integra o mínimo irreduzível da segurança jurídica. Ao revés, por constituir ofensa à tutela jurisdicional efetiva, o formalismo taxado de excessivo pode, e deve, ser temperado a partir das necessidades casuais em conflito.

Nesse viés, soam imperativas as palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 14):

O rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve ser levado a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

Deveras, a inesgotável riqueza e dinamicidade da vida condicionam o limite entre o *formalismo valorativo* e o *formalismo excessivo*. É com base nisso que se determinará se houve ou não *violação* à segurança jurídica. Trata-se, por assim dizer, de um juízo concreto de *equidade*¹¹, pois se busca a correção de uma regra legal na medida em que sua abstração e generalidade a deixa incompleta.

Para tanto, convém que se siga o seguinte caminho: primeiro se determina a espécie de formalismo, se *excessivo* ou se *valorativo*; após, sabendo-se se é possível ou não a relativização da segurança jurídica, realiza-se o juízo de equidade *in concreto*, de modo a privilegiar o direito fundamental que, *prima facie*, contém maior *peso*.

Acontece que, por vezes, desvendar a *natureza* do formalismo não é tarefa fácil. O critério, então, será aferido casuisticamente, de modo que o bom senso do julgador terá considerável valia. Isto não importa, porém, em descontrolado subjetivismo, uma vez que a opção escolhida deverá ser devidamente *argumentada*. Quanto mais engenhosa se mostrar a preterição de uma regra processual – por entender tratar-se de formalismo excessivo – tanto maior será a carga argumentativa necessária para afastá-la legitimamente.

Auxiliará na perquirição da natureza do formalismo a comezinhá regra de que a forma não é um fim em si mesmo, mas meio para se chegar ao fim

¹¹ Advirta-se, entretanto, que não se trata de substituir a lei *pela* equidade, mas sim de aplicar a lei *com* equidade (OLIVEIRA, 2004, p. 15).

almejado. Assim, à medida que se verifica que a forma não está cumprindo sua finalidade, a tendência é taxá-la de *excessiva*¹².

3 POR UMA RELEITURA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS À LUZ DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

3.1 Insuficiência Funcional da Teoria da Relação Jurídica Processual e a Necessidade de Mudanças Paradigmáticas: Contextualização do Problema

Ao contrário do que se possa pensar, a implementação de uma tutela jurisdicional efetiva não se limita a pontuais reformas legislativas. Longe disso, a busca pela *efetiva* tutela jurisdicional reclama, na verdade, por uma mudança de mentalidade daqueles que participam do processo. Não se nega que o legislador tem a obrigação constitucional de aprimorar as normas processuais. Na maioria das vezes, entretanto, a exemplo do que sustenta Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 76), “basta aplicar o processo existente sob o influxo exegético dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo”.

A releitura dos institutos jurídicos¹³ vai ao encontro com a necessidade de se enaltecer o conteúdo teleológico do processo. O processo não constitui fim em si mesmo. É meio para se chegar a um resultado – em última análise, a paz social. É

¹² Como já acentuou o Tribunal Constitucional da Espanha, na Sentença 57, de 08.05.1984, “as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em forma de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo”.

¹³ Por força da *constitucionalização do processo*, lembra João Batista Lopes (2004, p. 36), “assistimos à revisitação dos institutos fundamentais do processo civil. A ação, antes estudada como direito subjetivo, passa a ser qualificada como garantia constitucional. A jurisdição ganha novo perfil, não se circunscrevendo à mera composição de conflitos de interesses. O processo deixa de ter caráter exclusivamente técnico para assumir relevante função social”.

neste contexto que, segundo Bedaque (2003, p. 16), “a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com as novas perspectivas metodológicas da ciência”.

Fala-se, então, em uma *crise de eficiência* da legislação processual. Concebido no início da década de setenta, o Código de Processo Civil de 1973 afigurou-se como verdadeiro *catalisador* das figuras processuais clássicas. Basta lembrar o difícil período de convivência democrática em que se originou. Assim, levando-se em consideração que a legislação espelha, sob o ponto de vista sociológico, os frutos de seu tempo, natural que o CPC brasileiro, aqui ou ali, se mostre *dissonante* da nova ordem constitucional inaugurada após 1988.

O reexame ora proposto pretende mostrar a insuficiência funcional dos pressupostos processuais perante o Estado constitucional de direito. É que, nos moldes como foram tradicionalmente desenvolvidos, os pressupostos processuais não se adequam à tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental amplamente perseguido pela sociedade moderna.

Deve-se a Oscar Bülow (1898) a primeira manifestação contundente a respeito dos pressupostos processuais. Na tentativa de evidenciar a existência de uma relação jurídica no âmbito processual, em sua famosa obra *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, o jurista alemão construiu os contornos básicos de sistematização dos pressupostos processuais, que seriam, mais tarde, recepcionados pela legislação processual brasileira.

Diz o artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, que o processo deve ser extinto, sem julgamento de mérito, “quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”. Com base nisso, tornou-se corrente entre os doutrinadores a suposição de duas espécies de pressupostos processuais; os primeiros destinados à própria existência do processo, e os segundos voltados à sua validade¹⁴.

¹⁴ Não cabe discutir aqui a exatidão ou inexactidão das diversas classificações apontadas pela doutrina. De maneira geral, costuma-se indicar como pressupostos de existência: a) a demanda; b) a investidura na jurisdição da pessoa a quem o pedido é formulado; c) o autor. No que tange ao desenvolvimento válido e regular do processo, supôs-se que deveriam estar presentes os seguintes requisitos: a) uma petição inicial regular; b) a competência do juízo, aliada à imparcialidade do juiz; c)

Em que pese a ampla aceitação dos pressupostos processuais pelo direito processual brasileiro, percebe-se sua *fragilidade* enquanto categoria jurídica autônoma. É que se coloca tantas diferentes figuras, com tantos diversos efeitos, dentro do mesmo instituto, que não se vê utilidade prática na reunião de várias espécies processuais sob o mesmo rótulo. Consoante lembra Barbosa Moreira (1989, p. 93), quando se diz que um requisito é um pressuposto processual, “a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito – e só”.

Sem embargo dessa advertência, sabe-se que o ponto central da teoria da relação jurídica processual foi evidenciar a *separação* entre direito processual e direito material. Para tanto, Bülow condicionou a apreciação do objeto litigioso – que está no plano do direito material – à verificação dos pressupostos processuais, elementos constitutivos da relação jurídica processual.

A teoria de Bülow, entretanto, não escapou de ferrenhas e autorizadas críticas em razão de seu cientificismo neutro. Conforme lembra Marinoni (2008, p. 396), a teoria da relação jurídica processual “encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos”.

Por essa razão, em especial, não se põe mais como novidade a assertiva de que *a teoria do processo como relação jurídica processual é incapaz de atender as novas concepções e ideais de justiça do Estado contemporâneo*. Isto se evidencia, de forma contundente, nos chamados pressupostos processuais, ponto nuclear da tradicional teoria.

Nesse ponto, a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 480) merece integral destaque:

A leitura dos chamados “pressupostos processuais” à luz dos interesses das partes, assim como dos seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a idéia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar

a capacidade de estar em juízo, aliada à capacidade postulatória; d) ausência de perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem.

os “pressupostos processuais” apenas como requisitos de um “processo justo” ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional.

Como está claro, a necessidade de releitura dos pressupostos processuais justifica-se pela insuficiência *valorativa* da teoria formulada por Büllow. É que para ele só existe processo se seus pressupostos estiverem presentes. Ou seja, não se poderia imaginar uma decisão de mérito na ausência de um pressuposto processual. Neste caso, o processo sequer haveria se constituído.

3.2 Tutela Jurisdicional Efetiva e Revisitação Axiológica dos Pressupostos Processuais

Em um moderno e adequado redimensionamento funcional dos pressupostos processuais, importa saber que tais requisitos não constituem fins em si mesmos. Não devem ser vistos, como tradicionalmente o foram, como meras condições de existência da relação jurídica processual. Tal visão justificava-se apenas para fundamentar a autonomia e independência da relação jurídica processual perante a relação de direito material subjacente. Atualmente, entretanto, diante dos problemas de cunho *axiológico* por que passa o direito processual, impõe-se considerar os pressupostos processuais única e exclusivamente como requisitos para um processo justo. Visam, por assim dizer, proteger as partes dos efeitos desvantajosos que podem ocasionar uma eventual litigância temerária ou uma postulação falha¹⁵. Contribuem, pois, para a própria *efetividade* do processo, de modo que impedem o desenvolvimento de um processo tendenciosamente deficiente.

¹⁵ Consoante José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 89), “o controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem”.

Nessa altura, passou-se a verificar que a verdadeira função dos pressupostos processuais é a de tutelar, conforme o caso, o interesse público, o autor e o réu (MARINONI, 2008, p. 474). Por isso, diz-se que os pressupostos processuais não são requisitos para o julgamento de mérito, mas sim condições para a concessão da tutela jurisdicional do direito. Tanto que a ausência de um pressuposto não impede que o juiz aprecie o mérito. Apenas se o pressuposto omitido visava tutelar o interesse público¹⁶ ou a parte desfavorecida no mérito é que o julgador pode extinguir o processo de forma anômala.

Não é por outra razão que José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 194) sustenta a necessidade de *revisitação* da opinião doutrinária, defendida em caráter absoluto e unânime, segundo a qual é inadmissível o exame de mérito sem o preenchimento de algum dos pressupostos processuais. Para o autor, “é perfeitamente possível que, não obstante a falta do pressuposto, não haja prejuízo para o destinatário da proteção. Nesse caso inexistente razão para incidência da sanção prevista para a ocorrência do vício”.

Assim, ocorrendo o não preenchimento de um pressuposto processual, e sendo possível identificar o mérito da causa, o juiz pode prosseguir das seguintes formas: a) se o mérito favorece o autor e o pressuposto omitido foi posto em seu benefício, o juiz pode julgar o mérito, concedendo de plano a tutela jurisdicional do direito; b) se o mérito favorece o réu e o pressuposto processual negado foi instituído em seu benefício, o julgador está apto a proferir, de logo, uma sentença de improcedência.

Ou seja, nem sempre a constatação de *ausência* de um pressuposto processual deve ocasionar a extinção do processo sem julgamento de mérito. O julgador não deve se limitar à declaração de eventual inadmissibilidade da demanda, se for o caso. Na verdade, ainda que averiguada a inexistência de um pressuposto

¹⁶ Para os fins do trabalho, pode-se considerar como pressupostos processuais protetores do interesse público: a *competência absoluta do juízo* e a *ausência de impedimento do juiz*. Ainda assim, não se descarta a fragilidade dos pressupostos processuais como categoria jurídica autônoma. Atente-se, por exemplo, à ponderação feita por Barbosa Moreira (1989, p. 87): “A incompetência, ainda quando absoluta, pela disposição expressa do art. 113, § 2º só acarreta a nulidade dos atos decisórios: todos os outros valem como se proferidos por órgão competente”. Não se olvide, ainda, do alerta feito por Gelson Amaro de Souza (2004, p. 35). Segundo o autor, nem todos os atos decisórios são nulos. Quando a lei diz “apenas”, ela não quer dizer “todos”. Assim, o simples ato do juiz se declarar incompetente é um ato decisório logicamente válido. Perceba-se, pois, que o processo pode existir e ser válido ainda que faltante algum pressuposto processual.

processual, o juiz deve analisar se os elementos do processo lhe permitem seja proferida uma decisão de mérito favorável àquela parte cujos interesses o pressuposto faltante visava proteger.

Frise-se, ademais, que com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (e aqui se inclui a duração razoável do processo), torna-se evidente que a ausência de um pressuposto processual só guarda relevância quando constatada em momento processual no qual o julgador encontra-se impossibilitado de definir o mérito. Conforme lembra Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 480), “é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo”.

E racionalidade, aqui, deve ser tida como sinônimo de legitimidade. A extinção do processo pela ausência de um pressuposto processual só se legitima, mostrando-se pertinente e justificável, quando se leva em conta o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como não é difícil perceber, a aniquilação de um processo judicial, cujo mérito o juiz já está apto a decidir, com fundamento no não-preenchimento de um determinado pressuposto processual, afigura-se como um *formalismo excessivo*, incisivamente distante dos valores perseguidos pelo novo Estado constitucional.

Sucedo, assim, que, se o autor ajuíza uma demanda judicial sem observância da capacidade postulatória, e ainda assim visualiza-se uma posição que lhe favoreça em relação ao mérito, não deve o juiz extinguir o processo com base no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil¹⁷. Isso se dá porque, *in casu*, o pressuposto da capacidade postulatória foi posto justamente para proteção dos interesses do autor. Ora, se mesmo sem uma suposta proteção adequada, o autor sagrou-se merecedor da tutela jurisdicional do seu direito, não pode a inobservância do dito pressuposto *obstar* o julgamento do mérito, sob pena de ofensa à tutela jurisdicional efetiva.

A esse respeito, confira-se o interessante exemplo oferecido por Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 477):

¹⁷ Em sentido contrário, pela indeclinabilidade desse pressuposto processual: STF, AR-AgR 1354, DJ 06.06.1997, p. 24873, Rel. Min. Celso de Mello.

São freqüentes os casos em que o menor, absolutamente incapaz, vai a juízo sem formalizar adequadamente a sua representação. Nessa hipótese, a legitimidade para a causa, isto é, para pedir a tutela jurisdicional do direito material – por exemplo, alimentos -, é inquestionável, mas a legitimidade processual – por exemplo, da sua mãe – não resta caracterizada. Ou seja, ninguém dúvida que o menor é o titular do direito aos alimentos, embora não possa pedi-los em juízo, uma vez que não tem capacidade para exercer os seus direitos e para estar em juízo; o problema diz respeito à legitimidade daquele que se apresente como representante do menor. Porém, ainda assim, não há juiz que negue a tutela jurisdicional do direito ao menor quando o direito aos alimentos fica positivado, preferindo extinguir o processo sem resolução de mérito. Nesse caso, o juiz apenas pode se preocupar com a relação entre o menor e o legitimado processual, exigindo o aperfeiçoamento da representação somente para proteger o menor diante daquele que se apresentou como legitimado processual, mas jamais obstaculizar a tutela do direito material do menor em face do réu.

Como se vê, a parte cujo mérito mostra-se favorável não pode ser prejudicada pela extinção anômala do processo se o pressuposto omitido visava justamente protegê-la. É por isso que a ausência de *capacidade judiciária* de uma parte não deve ensejar uma sentença terminativa caso já seja possível antever, com segurança, que esta parte tem razão¹⁸.

Conscientemente ou não, o certo é que a legislação processual já começa a mostrar simpatia a tal tese. Basta lembrar da recente alteração legislativa que acrescentou o artigo 285-A ao CPC, prevendo o chamado *juízo antecipadíssimo da lide*. Por tal dispositivo, o juiz pode dispensar a citação e já proferir sentença de improcedência – com análise do mérito, portanto – desde que preenchidos alguns requisitos.

Caso semelhante se dá com a extinção do processo pela ocorrência de prescrição ou decadência. Isso porque a combinação dos artigos 269, IV e 295, IV, ambos do Código de Processo Civil, autoriza o juiz a julgar o mérito sem que se necessite citar o réu. Neste caso, conforme Gelson Amaro de Souza (2003), “o processo pode existir e ter validade, e até mesmo produzir coisa julgada material sem a citação do réu”.

A justificativa converge com o intuito de remodelação dos pressupostos processuais. Ora, se a citação afigura-se como um pressuposto instituído à proteção

¹⁸ Na mesma linha, embora em seara jurídica portuguesa, Miguel Teixeira de Sousa (1991, p. 77) já afirmava que “o Tribunal pode proferir uma sentença de procedência se estiverem preenchidos todos os pressupostos orientados para a defesa dos interesses do Estado e do réu, mesmo que falem aqueles que visam acautelar a posição processual do autor”.

do *réu*, a sua ausência não deve impedir uma sentença de improcedência. No caso de prescrição ou decadência, obviamente, não há que se cogitar em prejuízo ao réu. Daí o sentido da antiga, porém renascente, regra processual.

3.3 Segurança Jurídica Dinamizada, Atividade Criativa e Processo Justo: Em Busca da Legitimidade Constitucional dos Pressupostos Processuais

Sempre que se cogita alguma mudança em prol da efetividade do processo, vozes soam em sentido contrário, de modo a evidenciar manifesto apego à segurança jurídica. É que a aceleração do processo, enquanto faceta inexorável da efetividade processual, implica sempre risco à qualidade do resultado que se quer alcançar. É que “incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança” (OLIVEIRA, 2008, p. 23). Trata-se de uma dialeticidade constante no processo contemporâneo, sendo que o ideal é a não interferência *prejudicial* de um sobre o outro. Fala-se, pois, em *adequação*.

A *adequação*, nas lições de Humberto Ávila (2007, p. 165), é a relação empírica entre o meio utilizado e o fim que se deseja obter. Para que se possa aferir qual o meio mais adequado para a consecução daquele fim, deve-se analisar as diversas espécies de relação existentes entre os meios disponíveis e o fim que se almeja alcançar, e verificar qual delas é a melhor, em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos.

Sabe-se, ademais, que, no caso do *processo*, como adverte Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 23), “o fim é a justiça do caso concreto; o processo justo [relacionado à segurança jurídica] e a tutela jurisdicional efetiva são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim”.

Sem embargo, cumpre lembrar que, via de regra, o conflito entre os direitos fundamentais à efetividade e à segurança jurídica encontra-se previamente

resolvido pelo texto legal, em presumível compatibilidade com o sistema constitucional (OLIVEIRA, 2008, p. 24). Demais disso, somente se admite o desrespeito à norma dispositiva quando, diante das peculiaridades do caso, sua aplicação não se mostrar *adequada* ao fim que se almeja.

Há que se considerar, nesse diapasão, a atividade *criativa* do julgador em busca da tutela jurisdicional efetiva. Dentro da comezinha *fronteira de bom senso* – para utilizar a linguagem cappellettiana –, havendo inadequação ou insuficiência de uma regra processual em face da Constituição Federal, o juiz está autorizado a ordenar manobras constitucionalmente *possíveis e previsíveis* – respeitando as demais garantias constitucionais –, a fim de que se possibilite uma efetiva proteção dos direitos fundamentais em jogo.

Inserese, nesse contexto, a nova compreensão dos pressupostos processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Trata-se, por assim dizer, de uma *legítima* atividade criativa do magistrado, de modo que contribui – sem ofender outras garantias constitucionais – com a valorização da *efetividade processual*.

Nessa conjectura, a despeito da regra legal contida no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, a não extinção do processo pela ausência de um pressuposto processual - quando tal pressuposto foi posto em favor da parte que o juiz verificou, de antemão, ter razão - constitui inegável exemplo da possibilidade de se desrespeitar um texto legal em prol da prevalência de um direito fundamental *casualmente* potencializado; *in casu*, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Nessa esteira de raciocínio, já se decidiu que: “no que tange à alegação de nulidade por ausência de pressuposto processual, cumpre assinalar que eventual vício existente na correta demonstração da capacidade postulatória deve ser articulado e provado no devido tempo, isto é, nas instâncias ordinárias na primeira oportunidade que a parte teve acesso aos autos (art. 245 do Código de Processo Civil). Não tendo adotado esta providência, não é adequado fazê-lo depois de conferida à causa um resultado desfavorável à parte” (AgRg nos Edcl no RESp 1061270, DJE 16.02.2009, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Veja-se que, a rigor, os pressupostos processuais constituem matéria de ordem pública, de sorte que sua ausência poderia ser constatada e declarada em qualquer fase do processo e grau de jurisdição, não se sujeitando, pois, à preclusão. Entretanto, verifica-se que o magistrado absteve-se de extinguir o processo sem resolução do mérito sob a justificativa de que teria ocorrido preclusão temporal de uma matéria de ordem pública (pressupostos processuais).

Nada obstante, a despeito da utilização de um argumento tecnicamente falho, não é difícil perceber a pertinência e razoabilidade da decisão proferida¹⁹. E isso se justifica justamente com base no postulado da tutela jurisdicional efetiva. Ora, se o pressuposto eventualmente omitido (capacidade postulatória) destinava-se à proteção dos interesses da parte cujo resultado (mérito) lhe favoreceria, não pode o juiz eximir-se do dever de prestar a tutela jurisdicional do direito material.

Mesmo porque, como bem consignou Fonseca Gajardoni (2006, p. 155), “para que a justiça seja injusta, não é necessário que atue equivocadamente. *Basta que não julgue quando deva*”.

Vislumbra-se, portanto, íntima ligação entre a revisitação dos pressupostos processuais e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Deveras, enquanto direito *fundamental*, a tutela jurisdicional efetiva deve ser interpretada no sentido de evitar que obstáculos puramente formais impeçam, de modo injustificado, a decisão de *mérito*.

A tradicional sistemática reguladora dos pressupostos processuais, nos moldes desenhados pelo legislador infraconstitucional, representa, portanto, nítida defasagem normativo-social. Trata-se de um bom exemplo em que a aplicação de determinadas regras processuais, previstas em lei, revela-se insatisfatória em termos de justiça, conduzindo a uma situação indesejada pelo sistema constitucional e pelos valores materializados na sociedade. Afigura-se como repudiado *formalismo excessivo* a extinção do processo por ausência de um pressuposto processual se este pressuposto negado destinava-se a proteger os interesses da parte cujo mérito lhe favoreceria.

¹⁹ Em apoio, Leonardo Greco (2004, p. 35) sustenta que o magistrado pode, em prol da efetividade, “fazer tudo aquilo que a tutela do direito material impõe, e nem sempre o direito material tem como fonte a lei”. Segundo o autor, o juiz deve conduzir o processo a um resultado eficaz, de modo a conformá-lo às necessidades da efetividade.

Não pode o julgador prescindir do elemento *axiológico* na aplicação do direito. O *valor*, por definição, é inseparável do *giusto processo*. Nessa linha de raciocínio estão incluídos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, tal como o REsp 234.385/SP (*RSTJ* 140/443), de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual consignou ser a “mitigação do rigor formal em prol da finalidade o critério que deve nortear a conduta do hermeneuta”.

Não se consegue delimitar, com parâmetros básicos, o que seja um *processo justo*. Por outro lado, consegue-se facilmente identificar, no caso concreto, o que *não* seja um *processo justo*.

Uma advertência, porém.

Não se diga que a proposta aqui apresentada é a solução para todos os problemas de *inefetividade processual* enfrentados pelo Judiciário brasileiro. Muito longe disso, a revisitação dos pressupostos processuais, nos moldes consignados, consubstancia-se apenas em mais um mecanismo endoprocessual de repressão às formalidades excessivas do processo. Deve-se conjuga-lo, pois, aos demais instrumentos – inclusive extraprocessuais – de combate à ineficiência jurisdicional. Se é ou não um mecanismo apto para a consecução do fim que se almeja, não se sabe; o que importa é que possamos todos, cada um do seu modo, convergir em busca da proteção *integral* dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A íntima conexão entre Processo e Constituição não se limita mais à mera adequação *formal* do processo às normas constitucionais. Impõe-se, hoje, uma valorização constitucional de índole *material* ao sistema processual, de sorte que a Constituição possa refletir no próprio exercício da função jurisdicional.

Com base no novo modelo constitucional de processo, autoriza-se o juiz a *realizar* o conteúdo material da Constituição inclusive na condução do processo, de modo a potencializar, no caso concreto, o direito fundamental que se

encontra mais vulnerável diante das circunstâncias fáticas e jurídicas evidenciadas nos autos.

Tendo em vista o caráter principiológico dos direitos fundamentais, a tutela jurisdicional efetiva deve, constantemente, servir de feixe luminoso às regras processuais, inclusive as já existentes, admitindo sua adequada aplicação por meio de um processo hermenêutico no qual se possa equacionar os valores constitucionais em conflito.

Por tal razão, além de necessária, mostra-se perfeitamente viável e consectânea aos fins legitimadores do Estado constitucional uma *revisitação* dos institutos processuais, mormente aqueles que hoje se encontram defasados diante dos novos valores e princípios constitucionais. Os direitos fundamentais devem servir de parâmetro de adaptação e, até mesmo, de criação de justiça no caso concreto.

A ausência de um pressuposto processual só guarda relevância quando vislumbrada em momento processual no qual o magistrado encontra-se impossibilitado de apreciar o mérito. Afigura-se como formalidade excessiva, distante dos novos valores constitucionais, a extinção do processo por ausência de pressuposto processual se o juiz já está em condições de julgar o mérito em favor da parte cujo pressuposto foi omitido. É que, para que haja violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não é necessário que se atue erroneamente. Basta que o juiz não julgue quando deva.

A releitura dos pressupostos processuais – sob a perspectiva dos direitos fundamentais - insere-se no papel de *adequação* do conflito entre celeridade e segurança jurídica. Com base na dinamicidade da segurança jurídica, na tutela jurisdicional efetiva, e em sua atividade criativa, o julgador está autorizado a se abster de extinguir o processo pelo não preenchimento de um pressuposto processual caso verifique que o requisito negado visava proteger a parte merecedora da tutela jurisdicional.

Não parece justificável, a nosso ver, esse constante receio de que as propostas de melhorias, em qualquer setor que seja, em nada contribui, pondo-se muitos a duvidar, de plano, de qualquer modificação sugerida. De nada adiantaria vislumbrar o *ideal* se o *real* nada pudesse fazer. A par de tudo isso, não se imagina

que, no atual estágio de desenvolvimento do direito - que preza pela noção de proporcionalidade e promoção *material* dos direitos fundamentais – possa tal releitura dos pressupostos processuais ferir de morte garantias constitucionais tão arduamente concretizadas. O modelo constitucional de processo oferece subsídios suficientes para a construção de necessárias rupturas dogmáticas, de modo a enaltecer o peculiar direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea**. Trad. Esp. J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. Malheiros: 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Sobre pressupostos processuais. **Temas de direito processual**, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”. In: JAYME, Fernando G.; FARIA, Juliana C.; LAUAR, Maria T. (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BÜLOW, Oskar. **Die lehre von den prozesseinreden und die prozessvoraussetzungen**. Giessen: Roth, 1868.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, set./out. 1999a.

_____. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999b.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, n. 141. São Paulo: RT, nov. 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Juris Poiesis**. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, n. 7, 2004.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, n. 116. São Paulo: RT, jul./ago. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MONTELEONE, Girolamo. **Diritto processuale civile**. 2. ed. Pádova: Cedam, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, n. 113. São Paulo: RT, jan./fev. 2004.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, n. 137. São Paulo: RT, jul. 2006.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**, n. 155. São Paulo: RT, jan. 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. Secretaria Geral Organização dos Estados Americanos: Washington D.C., 1997.

PROTO, Pisani. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6. ed. Napoli: Jovene, 2006.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela de urgência na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, n. 57, jan./fev. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SOUZA, Gelson Amaro de. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. **Revista de Processo**, n. 111. São Paulo: RT, jul./set. 2003.

_____. Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os atos decisórios. **Revista Jurídica**, v. 320. Porto Alegre: Notadez, 2004.

THEODORO JR., Humberto. Direito processual constitucional. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, n. 55, set./out. 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1986, p. 65.

ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. **Revista da Ajuris**, n. 94, Porto Alegre, jun. 2004.