

UNIVERSIDADE PARANAENSE

UNIPAR

RAFAEL VINICIUS MASSIGNANI

**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS COMO UMA FORMA
DE NEGAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA**

Umuarama
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE PARANAENSE

UNIPAR

RAFAEL VINICIUS MASSIGNANI

**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS COMO UMA FORMA DE
NEGAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação a ser apresentada como requisito parcial de aprovação no Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania da Universidade Paranaense de Umuarama.

Orientador: Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina

Umuarama
2007

RAFAEL VINICIUS MASSIGNANI

**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS COMO UMA FORMA DE NEGAÇÃO AO
LIVRE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação, em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

**Professor Doutor José Miguel Garcia
Medina**

**Professor Doutor Fábio Caldas de
Araújo**

**Professor Doutor Vicente de Paulo
Marques Filho**

Umuarama, 13 de Dezembro de 2.007.

A Deus,

Por ter conduzido, diariamente, sua luz.

AGRADECIMENTOS

A todos os amigos que prestaram seu auxílio direta ou indiretamente.

O Carinho e apoio de toda a minha família, em especial à minha esposa.

Agradeço também ao ilustre professor José Orlando Rocha de Carvalho, que gentilmente me presenteou com uma de suas obras a qual me autorizou a aprofundar o meu trabalho.

Finalmente, agradeço a Deus e ao Professor Doutor José Migual Medina, por ter sido o responsável por despertar em mim o gosto pelo Direito Processual Civil, já na especialização, e agora, especialmente, que de forma compreensiva e paciente, foi mais do que um mestre e orientador, mas um grande amigo e líder.

RESUMO

Trata-se de um trabalho de conclusão de curso de mestrado em direito, no qual se explorará o tema relacionado ao pressupostos processuais. A idéia principal é refletir sobre a importância atribuída ao formalismo procedimental o qual em alguns casos se sobrepõe ao direito. No entanto, os pressupostos processuais não podem ser confundidos com requisitos processuais para apreciação do mérito da causa, pois com isso faria-se esquecer a função do Poder Judiciário, a qual é dar (e este dar entenda-se tanto em admitir quanto não admitir a pretensão do autor) a tutela jurisdicional necessária para a solução do conflito, devendo este, ser o único interesse do judiciário. As sentenças que se omitem ao julgamento, em decorrência da ausência de pressupostos, agem para o direito como uma fonte sem água, ou seja, uma fonte seca que em nada contribuirá para a continuidade de sua existência. O que se está presenciando nos dias atuais é um “cerceamento” ao direito em buscar no judiciário a tutela jurisdicional pretendida haja vista, que ao se preferir a forma, se estará esquecendo de oferecer e aplicar o direito. A prova disso está nas atuais reformas que visam a todo custo a efetividade da tutela jurisdicional porém, limitando o acesso ao judiciário. É o caso por exemplo do projeto de criar-se a sumula impeditiva de recurso. Ainda, o que se está vendo é a existência de uma fase processual para se admitir o recebimento do processo, ou de um procedimento reservado à apuração dos pressupostos processuais, para a partir daí, constituir-se o processo. Dessa forma o entendimento de que os pressupostos processuais devem ser analisados no curso do processo, estar-se-ia diante da afirmação de que o processo, para ter ou não validade, dependeria da afirmação definitiva dos pressupostos processuais. Porém, no presente trabalho pretende-se demonstrar que não deve ser esta a finalidade do processo e da sentença, mas ao contrário, pretende-se demonstrar que inobstante a necessidade do respeito à forma, o direito deve se sobrepor a isso e a interpretação do direito deve, agora, partir de uma interpretação da norma constitucional. Palavras-chave: Pressupostos. Processuais. Formalismo. Julgamento. Mérito. Requisitos. Interpretação. Aplicação. Norma. Constitucional.

ABSTRACT

One is about a work of conclusion of mestrado course of in right, in which will explore the subject related to the right of action ones. The main idea is to reflect on the importance attributed to the procedural formalism which in some cases if overlaps to the right. However, the right of action ones cannot be confused with procedural requirements for appreciation of the grounds of action, therefore with this it would become to forget the function it To be able Judiciary, which is to give (and this to give is understood in such a way in admitting how much not to admit the pretension of the author) the necessary jurisdictional guardianship for the solution of the conflict, having this, to be the only interest of the judiciary one. The sentences that if omit to the judgment, in result of the absence of estimated, act for the right as a source without water, or either, a dry source that in nothing will contribute for the continuity of its existence. What if it is witnessing in the current days is a "method of clipping" to the right in searching in the judiciary a intended jurisdictional guardianship has seen, that to if preferring the form, will be being been forgetting to offer and to apply the right. The test of this is in the current reforms that aim at the cost all the effectiveness of the jurisdictional guardianship however, limiting the access to the judiciary one. Sumula of resource is the case for example of the project to create impeditive it. Still, what if it is seeing is the existence of a procedural phase to admit the act of receiving of the process, or of a private procedure to the verification of the right of action ones, it stops from there, to consist the process. Of this form the agreement of that the right of action ones must be analyzed in the course of the process, would be ahead of the affirmation on that the process, to have or not validity, would depend on the definitive affirmation of the right of action ones. However, in the present work it is intended to demonstrate that it does not have to be this the purpose of the process and the sentence, but in contrast, one intends to demonstrate that inobstante to the necessity of the respect to the form, the right must be overlapped to this and the interpretation of the right must, now, leave of an interpretation of the constitutional rules. Word-key: Estimated. Procedural. Formalism. Judgment. Merit. Requirements. Interpretation. Application. Norm. Constitutional

SUMÁRIO

Introdução	11
Capítulo 1 Princípios de Direito Aplicáveis ao Processo Civil.....	13
1 Princípio do Devido Processo Legal.....	13
2 Princípio do Contraditório	15
3 Princípio da Inércia da Jurisdição.....	20
4 Princípio da Imparcialidade	21
5 Princípio da Aderência do Território	24
6 Princípio da Investidura	25
Capítulo 2 Pressupostos Processuais e a Real Inserção nos Diversos Planos da Fenomenologia Jurídica - Início da Discussão Sobre a Negação ao Acesso à Justiça	27
1 Busca histórica	27
2 Terminologia.....	28
3 Elementos fundamentais do Direito Processual	30
3.1 Jurisdição	31
3.2 Da Ação.....	32
3.3 Processo	33
Capítulo 3 Novo Acesso á Justiça e à Preocupação Atual com a Efetividade do Processo	35
1 Pressupostos processuais vistos no direito brasileiro	37
2 Pressupostos processuais de existência.....	40
3 Pressupostos processuais de validade	44
4 Pressupostos processuais positivos subjetivos.....	46
4.1 Relativos ao Juiz	48

4.1.1 Competência	48
4.1.2 Imparcialidade	50
4.2 Relativo às Partes	52
4.2.1 Capacidade de ser parte como pressuposto processual de existência .	52
4.2.2 Capacidade Processual.....	54
4.2.3 Capacidade postulatória.....	57
5 Pressupostos Processuais Objetivos	57
5.1 Pressupostos processuais objetivos intrínsecos	58
5.1.1 Petição inicial apta	59
5.1.2 Citação válida.....	60
5.2 Pressupostos processuais extrínsecos ou negativos	62
5.2.1 Litispendência	63
5.2.2 Coisa julgada.....	64
5.2.3 Perempção	66
5.2.4 Convenção de arbitragem	67
Capítulo 4 Pressupostos Processuais como Requisitos para Julgamento do Mérito – Negação ao Acesso à Justiça	69
1 Teoria de Liebman	69
2 Da Fenomenologia Jurídica.....	73
3 Do Procedimento como Ato Jurídico	76
4 Do Juízo de Admissibilidade	79
Capítulo 5 Da Aparência do Direito de Ação no Processo Contemporâneo Moderno – Crítica aos Pressupostos Processuais – Superação do Procedimento Ordinário	84
1 Crítica à teoria eclética da ação	88

2 Superação do Procedimento Ordinário	89
CAPITULO 6 Os Pressupostos Processuais de Validade no Direito Brasileiro – Uma Forma de Negação ao Acesso à Justiça	91
1 A carga ideológica oculta dos pressupostos de validade	91
2 Formas de encerramento da relação processual	95
2.1 Visualizando os elementos da autopoiese no processo judicial	95
2.2 A alopoiese decorrente da extinção do processo por falta de pressupostos de validade	100
2.3 A extinção sem julgamento do mérito – ausência de pressupostos processuais – uma forma de negação do acesso à justiça	102
2.4 Relativizar as nulidades – a finalidade do processo	112
3 Em busca de uma conclusão – uma forma disfarçada de pronunciar o <i>non liquet</i>	116
Conclusão	121
Referências Bibliográficas	125

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão do curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania tem por objetivo discutir as questões ligadas aos pressupostos processuais e pretende estabelecer um critério de crítica no que diz respeito ao rigor das formas.

O foco do texto está ligado a uma busca pela necessidade de admitir o acesso à justiça de forma irrestrita e ilimitada, para analisar as formas procedimentais de filtragem das demandas ligadas a requisitos formais, os quais deverão ser superados, para se obter uma melhor aplicação do direito.

Estará buscando que deixem de ser considerados os pressupostos processuais como requisitos necessários para a existência e desenvolvimento do processo, conforme a teoria eclética delimitada, a qual fora adotada pelo Código de Processo Civil de 1973.

Far-se-á uma apresentação da doutrina que defende esta idéia, como por exemplo o professor Marinoni em sua obra Teoria Geral do Processo, que, em tópico próprio, ao tratar sobre os pressupostos processuais, deixa claro sua discordância sobre importância dada a este instituto.

Também se utilizará o recente livro publicado pela Professora Tereza Arruda Alvim Wambier, que trata das Nulidades do Processo e da Sentença,

quando fala dos estudos e pesquisas realizadas na jurisprudência no que diz respeito às decisões proferidas em casos que encontram-se nulidades.

Ver-se-á, ainda, no presente trabalho, um estudo quanto aos questionamentos que envolvem alguns institutos ligados aos pressupostos processuais, fazendo-se menção, muitas vezes, às condições da ação.

Na introdução, pretende-se resgatar alguns dos princípios norteadores do processo civil, como o da imparcialidade e do devido processo legal, com o intuito de que no decorrer do trabalho se possa desvincular da norma material e constar dos preceitos constitucionais que o direito e a tutela jurisdicional não devem estar atrelados a requisitos e pressupostos, mas ao contrário, estar intimamente ligada à justiça e ao direito.

Por fim, o que se pretende não é extinguir os pressupostos processuais, até mesmo porque a existência destes está ligada aos direitos fundamentais dos cidadãos, porém se buscará tentar demonstrar a necessidade de se julgar o processo a fim de que se produza a prestação jurisdicional, independentemente de o resultado da lide ser ou não procedente.

O trabalho foi realizado através das indicações do orientador, fichamento de obras, pesquisa à Internet e coleta de dados junto a artigos científicos e materiais jurisprudenciais.

CAPÍTULO 1. Princípios de Direito Aplicáveis ao Processo Civil

1. Princípio do devido Processo Legal

Todo processo deve seguir normas previamente estabelecidas e estipuladas em lei.

Assim, surge a necessidade de se garantir ao cidadão o respeito aos seus direitos, da forma como preceitua a Constituição Federal. Tal direito assegura ao cidadão não apenas a possibilidade de buscar o Poder Judiciário para alcançar uma tutela pretendida, mas visa também a assegurar um procedimento através de um desenvolvimento equilibrado e igualitário.

Por isso, diz-se que a Constituição Federal garante, através do devido processo legal, a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá, necessariamente, a meios e formas jurídicas de acesso e desenvolvimento do processo. Diante disso, poder-se-ia dizer que o Princípio do Devido Processo Legal poderia ser também chamado do Princípio do Desenvolvimento Processual.

O surgimento deste princípio, segundo a história, teve início com a Carta Magna Inglesa do Rei João, que visava a proteger a vida, a liberdade e a propriedade, tornando-se compreensível pelo fato de ser o Rei João denominado como “Sem Terra”, porém sem possuir semelhança com aqueles que nós vemos nos dias atuais.

A expressão utilizada á época para devido processo legal vinha do latim, mesmo sendo ela de origem inglesa, que dizia *per legem terrae*, aparecendo do artigo 39, e hoje considerado de Devido Processo Legal.

Segundo Rui Portanova

“A idéia, com a expressão em língua inglesa, que se tornou consagrada *due process of law*, apareceu pela primeira vez numa emenda à Constituição Americana. Na primavera de 1789, Madison introduziu no Primeiro Congresso uma emenda, que depois se converteu na Quinta Emenda: *no person shall be ... deprived of life, liberty or property, without due processo of law* (nenhuma pesso será privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal).”¹

Após esses acontecimentos, tornou-se o princípio do devido processo legal um instituto universal, porém não estático; ou seja, sofrerá, assim como sofreu, modificações e evoluções, sendo que hoje poderíamos dizer que a efetividade da prestação jurisdicional também deva ser encontrada no seu conceito, uma vez que não basta mais o processo respeitar e fazer cumprir seus requisitos e procedimentos; falta-lhe agora preencher esta lacuna que é a inoperância diante da falta de resultado produzida pela sentença.

Sendo assim, o princípio do devido processo legal está exposto na Constituição Federal através do artigo 5º, inciso LIV, dizendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”² sendo complementado através dos incisos XXXIV, XXXV, XXXVII e LV, que tratam do direito à petição, acesso à justiça, juiz natural e o contraditório e a ampla defesa.

¹ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado – 5ª edição. Porto Alegre, pág. 145-146. 2003.

² Constituição Federal Brasileira.

Dessa forma, pode-se entender o tamanho do significado deste princípio que, nas palavras de Portanova, “confundem-se com o próprio Estado de Direito”³.

Contudo, é possível observar que o princípio do devido processo legal surgiu com a preocupação de garantir um processo ordenado mas efetivo, ou seja, realmente premiar aquele que buscou uma prestação e a conquistou com o direito a receber o seu direito.

Embora muito se discuta que a função deste instituto é a de conduzir um contraditório ordenado, hoje, apenas o respeito e o cumprimento dos procedimentos legais não são garantias de que um direito será respeitado ou reparado.

Portanto o princípio do devido processo legal deve alcançar um escopo social, político, ético e econômico, segundo as palavras de Portanova.

2. Princípio do Contraditório

O Princípio do Contraditório surgiu com a idéia de se trazer ao processo um equilíbrio no ponto de vista de dar as partes o direito de se opor, e até mesmo, admitir o que se expõe contra e a favor.

³ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado – 5ª edição. Porto Alegre, pág. 146. 2003.

Assim, o referido princípio torna-se elemento essencial do processo, mas não somente do ponto de dar oportunidade de oposição, mas também de um processo democrático que confere igualdade de condições.

No Brasil, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a conceituação da expressão contraditório “constitui-se da ciência dos atos e termos do processo, com possibilidade de contrariá-los”⁴.

Porém, a doutrina e a jurisprudência concordam que o princípio do contraditório é vasto e de suma importância, sendo que qualquer conceito ou definição não conseguirá atingir toda a sua extensão. Por isso se diz que os fundamentos do contraditório são lógicos e políticos, ou seja, a bilateralidade de pretensões, a contradição e a questão de que ninguém poderá ser julgado sem o direito de ser ouvido.

Assim, a necessidade de se possibilitar às partes o direito de alegar toda a matéria de sua defesa, o direito de requerer por todas as provas possíveis em direito devem ser respeitados, não podendo concluir o contraditório apenas pelo ato de citação ou a intimação dos atos processuais.

Theodoro Junior considera que:

“Mais do que ouvir a parte, o contraditório deve ser pleno e efetivo e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento. Mais do prestar informações às partes, o contraditório é formado pelo princípio do respeito da dignidade da pessoa.”⁵

⁴ **ALMEIDA**, Joaquim Canuto Mendes. A contrariedade na instrução criminal. Saraiva. São Paulo. 1937, pág. 109

⁵ **THEODORO JR.** Humberto. Curso de Processo Civil - v. 1 - 2ª edição. Forense. Rio de Janeiro, pág. 14. 1990.

Por muitos já é comum encontrar o entendimento de que o processo civil cada vez mais acompanha o processo penal quando demonstra a preocupação na qualidade da defesa, até mesmo porque a abrangência dos fatos extrapola um simples ato de intimação.

A previsão de tal princípio no direito brasileiro é encontrada apenas após a Constituição Federal de 1988; porém, não foi por esses motivos que lhe faltaram fundamentos para ser aplicado antes mesmo de uma previsão legal. Com a Declaração dos Direitos do Homem e o princípio da igualdade, serviam-se daí, fundamentos mais que suficientes para embasar a aplicabilidade do princípio do contraditório.

Dessa forma, contempla a Constituição Federal de 1988, através do artigo 5º, inciso LV, o seguinte texto “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁶.

Por isso, então, de se dizer que o direito ao contraditório não se limita apenas à intimação dos atos processuais, mas numa oportunidade de se mostrar ao juiz uma nova visão quanto aos fatos que lhe são trazidos.

Note-se que o contraditório permite ao julgador que alcance um convencimento diferente daquele que pretende o autor com a inicial.

⁶ Constituição Federal Brasileira.

Além das previsões legais, o Código de Processo Civil prevê outros diversos dispositivos que afastam todas as possibilidades de se instaurar um processo não-democrático.

Assim, mesmo diante de uma liminar, o contraditório não é afastado, uma vez que, após a comunicação da decisão, abre-se a oportunidade de oposição, e com a possibilidade de até mesmo revogação da decisão liminar. Tais situações são perfeitamente visualizadas quando se depara com decisões em liminares de ações possessórias, sendo que, antes mesmo de se instaurar o contraditório, torna-se a parte privada de seu direito (com a perda ou impedimento do exercício) com o fito de se respeitar uma determinação judicial.

Neste diapasão, surgem os ensinamentos de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que entende ser ainda mais ampla a aplicação do contraditório, dizendo que:

“Por princípio, as partes não podem ser surpreendidas por decisão que se apóie numa visão jurídica que não tinha percebido ou tinha considerado sem maior significado. Nesse sentido, mesmo o conhecimento de ofício, pelo juiz, deve ser precedido de prévio conhecimento da parte. Além disso, a parte deve tomar conhecimento de eventual novo rumo que o juízo irá tomar. Aqui, dá-se a necessidade do contraditório para a liberdade de escolha do direito pelo juiz consubstanciada no *iura novit cúria*.”⁷

Por este entendimento, pode-se tomar a conclusão de que mesmo em caso de revelia (citado, não há comparecimento da parte), torna-se necessário ser concedido o contraditório, tanto que a própria lei considera necessária a nomeação de curador especial para réu revel de citação por edital.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. São Paulo. Revista de Processo, v. 73. pág. 14. 1994.

Como é visto, o contraditório segue além de simples atos, e atinge as matérias relacionadas a pronunciamentos, participação, depoimentos e a produção de provas.

Para esta questão, o contraditório se apresenta de forma especial, e considera que, para o seu exercício, a ampla defesa deve ser resguardada e, para isso, o amplo debate e a maior proximidade entre juiz e a parte se tornam indispensáveis.

Por isso se diz que a simples citação não preenche quanto mais supre o contraditório.

Assim, portanto, pode-se concluir que o princípio do contraditório começa antes mesmo da citação e não acaba depois da sentença.

Contudo, não se pode ver o contraditório por uma concepção tradicional de apenas conferir igualdades entre as partes; é necessário também considerar a necessidade de aproximação do juiz às partes.

Neste aspecto, diz Ada Pellegrini Grinover que:

“A plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessário para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças.”⁸

⁸ **GRINOVER**. Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual civil. Malheiros – 3ª edição. São Paulo, pág. 11. 1990.

Encerra a professora ao citar Calamandrei, que:

“os princípios da igualdade e do contraditório podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente a mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos.”⁹

Além disso, também se encontra na participação do advogado a efetividade do contraditório.

3. Princípio da Inércia da Jurisdição

Para a análise e discussão do princípio da inércia da jurisdição é necessário se iniciar na contramão, ou seja, dizer que o Poder Judiciário somente pode se pronunciar se acionado.

Dizer isso significa dizer que os princípios da inércia, assim como todos os demais, não são absolutos, autônomos e nem rígidos. Ao se dizer isso, está buscando-se formar um entendimento de que um princípio envolve o outro, como por exemplo, o princípio do contraditório e a ampla defesa.

Assim, o princípio da inércia da jurisdição está ligado diretamente ao princípio da demanda, uma vez que, para existir o alcance da jurisdição, antes se faz necessário existir uma pretensão.

E é neste sentido que se considera o princípio da inércia o lado passivo do princípio da demanda.

⁹ Idem.

Neste aspecto, portanto, pode-se dizer que a jurisdição aguardará passivamente a iniciativa da parte pela demanda e, conseqüentemente, a tutela pretendida.

Para Ovídio Batista da Silva, o princípio da demanda se apresenta de duas formas: “movimentador da jurisdição e, por conseqüência, limitador da ação do juiz nos limites daquilo pelo qual foi movimentado o Poder Judiciário.”¹⁰

Assim, pode-se concluir que a jurisdição necessita da ação para dar início a sua movimentação, mas, após, movimenta-se por impulso oficial.

4. Princípio da Imparcialidade

Ao iniciar o tema do princípio da imparcialidade, deve-se aventar primeiramente aquilo que é previsto no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial*, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.”¹¹

Diante desta citação, tem-se que a imparcialidade do juiz é condição de equilíbrio e de atuação.

¹⁰ **SILVA**, Odídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2003. pág. 64.

¹¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A inércia condiciona a necessidade de o juiz não se tornar parte nem favorecer qualquer litigante. Porém, não se pode considerar um entendimento proferido pelo juiz como uma forma de optar por uma tese ou optar por um dos litigantes, mas, neste aspecto, deve-se respeitar seu livre convencimento, até mesmo porque, a ele cabe o dever de resolver o litígio em favor de um contra o outro.

Assim, a exigência de imparcialidade é uma regra encontrada no Código de Processo Civil quando cria óbices, os quais são encontrados dos artigos 134 e 135.

Desta forma, o juiz é imparcial até o momento em que não tiver interesse no julgamento.

Para Pontes de Miranda (78) “Interesse no julgamento é todo interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva a suas expensas.”¹²

É tradição apresentar a imparcialidade através de uma mulher vendada, de posse de uma balança e de uma espada. Porém, não é este o conceito que se deve ter de imparcialidade, pois, antes de ser juiz, é pessoa, e fatalmente, como qualquer um, sofre influência externa e social.

Neste caso, é facilmente encontrado, principalmente nos casos que envolvam o Processo Criminal, a comoção pública, na qual o juiz é engajado e participa da moção popular. E nesse sentido é que o Estado Juiz deve utilizar-se de sua imparcialidade.

¹² **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. *Forense*. Rio de Janeiro. 1973, pág. 407.

Como cientista, não se torna revestido da película que lhe exclui e lhe tira do convívio social, pois como dito anteriormente, seu engajamento pessoal a um valor é normal, tendo em vista o fator humano, porém, sua posição pessoal não poderá se sobrepor ao direito de defesa. Por exemplo, julgar condenado o réu, ou devedor de reparação, antes mesmos de ouvi-lo pelo simples fato de que a divulgação do ilícito ou do dano cause repúdia à coletividade, ou ainda, julgar sem embasamento técnico e jurídico, apenas pela emoção.

Assim, quando se trata de parcialidade, como é o caso do parágrafo anterior, o juiz deve se omitir, pois a imparcialidade procura descomprometer o juiz com a parte, ou seja, torná-lo omissos a este ponto.

Com isso, pode-se resumir esta discussão nas palavras de Cândido Dinamarco ao dizer:

“o processualista moderno sabe também que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova, não infringe o dever de imparcialidade.”¹³

No Brasil, a Constituição Federal também preocupou-se com a imparcialidade, limitando o juiz na atividade profissional à sua função judicial e a um cargo de magistério, não receber custas ou participações em processos, nem dedicar-se à atividade política e partidária.

¹³ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Malheiros – 2ª edição. São Paulo, pág. 25. 2002.

Por outro lado, o juiz deve defender os interesses sociais através da sentença, abrindo com o Judiciário as portas para a aplicação do direito.

5. Princípio da Aderência do Território

O princípio da aderência ao território diz respeito ao fato de que o juiz estará vinculado ao território de sua jurisdição e aqueles cujo alcance se torna indispensável. Assim, a jurisdição é limitada pelo espaço.

Tal requisito é previsto pela lei processual e visa permitir que o juiz tenha competência para dar executoriedade à sentença que proferiu, ou seja, ter ao seu alcance os objetos da demanda e seus sujeitos e, ainda, vincular o juiz a sua jurisdição para que não possa livrar-se dela.

Tenta-se com isso buscar uma proximidade do julgador com o local onde ocorreram os fatos, para contribuir numa solução justa, porém, sempre observando sua imparcialidade.

No entanto, devem-se encontrar formas para que os atos praticados pelo juiz possam ser realizados fora de seu território. Daí o surgimento das cartas de ordens (precatória e rogatória) que permitem a viabilização dos atos do juiz fora de sua jurisdição.

Mas a lei processual abre nova exceção quando se trata da possibilidade de atos de um juiz serem praticados em comarca não vinculada a

sua jurisdição. São os casos das comarcas contíguas, situadas na mesma região metropolitana, nas quais a precatória é dispensada e substituída por oficial de justiça. O fundamento encontra-se no disposto no artigo 230 do Código de Processo Civil.

Assim, além de tantos requisitos exigidos pela lei, tem-se que só aquele que preencher terá a condição de dizer o direito.

6. Princípio da Investidura

O princípio da investidura busca regulamentar o cargo do juiz, ou seja, visa assegurar de validade o cargo do juiz. Como é função do Estado julgar, deve ele providenciar a personificação de sua atividade numa pessoa que o represente, e neste caso um agente público. Assim, portanto, a figura da pessoa do juiz como elemento indispensável à jurisdição.

Para Helly Lopes Meireles:

“a investidura do juiz é administrativa, originária e vitalícia. É investidura administrativa porque não se realiza por eleição como a política, mas atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelece. Além disso, é investidura originária porque não há necessidade de o agente público (no caso o juiz) ter anterior nomeação para o cargo público. Por fim, trata-se de investidura vitalícia, pois a hipótese de destituição exige processo judicial.”¹⁴

Porém aqui, como em toda regra, existem suas exceções, sendo que, pela própria Constituição, é prevista a possibilidade de existirem juízes leigos,

¹⁴ MEIRELLES. Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Malheiros – 9ª edição. São Paulo, pág. 54. 1983.

os quais agem como conciliadores. É o que se pode encontrar nos Juizados Especiais criados pela lei 9.099/1995.

Mas, no Brasil, a investidura regular do juiz no cargo torna-se condição indispensável para quem se submete a um juízo.

CAPÍTULO 2. Pressupostos Processuais e a Real Inserção nos Diversos Planos da Fenomenologia Jurídica – Início da Discussão Sobre a Negação ao Acesso à Justiça

1. Busca histórica

Até meados do século XIX, o direito processual ainda não era reconhecido como ciência autônoma.

Na chamada fase imanentista, o processo era tratado como mero apêndice do direito material. Os civilistas ou imanentistas consideravam essencial o direito material, por isso o denominaram direito substantivo, ao passo que o processo, tido como simples conjunto de formalidades para atuação prática daquele, era chamado de direito adjetivo.

A formulação das teorias da relação processual e da nova conceituação do direito de ação pelos alemães, sob influência do direito italiano, foi decisiva para o desmembramento do direito processual frente ao direito material.

O marco inicial da autonomia científica do direito processual, em 1868, foi a notável obra do jurista alemão Oskar von Büllow denominada *Die Lehre von den Prozesseinreden und di prozessvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais), com a qual se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica. O trabalho de Büllow traçou os princípios básicos de forma a dar contornos de ciência ao Direito Processual Civil.

2. Terminologia

Convém aduzir que o termo “pressupostos processuais” não é aceito com unanimidade pelos processualistas, pois nem todos os pressupostos podem ser enumerados rigorosamente, já que alguns se aplicam a um tipo de processo. Ademais, não são realmente indispensáveis para a existência do processo, visto que ainda na ausência de um deles a relação processual existe, tanto que o juiz profere sentença, embora seja para extinguir o processo.

Bülow, criador da expressão, dizia que:

“Os pressupostos processuais são os requisitos para a admissibilidade, as condições prévias para a formação definitiva de toda relação processual, a condição de existência da relação processual, os requisitos para a válida formação definitiva da relação processual.”¹⁵

No mesmo sentido se pronuncia Kohler, “que afirmava não nascer qualquer processo e não se formar qualquer relação processual se faltasse um pressuposto processual.”¹⁶

Da análise das posições desses dois juristas, infere-se que os pressupostos processuais designam tão somente os requisitos mínimos para a existência do processo, não abarcando os impropriamente denominados “pressupostos para validade do processo.”

¹⁵ PRATA, Edson. Comentários ao Código de Processo Civil – v. 1. *Forense*. Rio de Janeiro. 1987, pág. 74.

¹⁶ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – v. 6. *Saraiva*. 1967, pág. 67.

Celso Neves leciona que o termo pressupostos processuais refere-se aos requisitos sem os quais não pode ter existência a relação jurídica processual dispositiva, reservando para os requisitos de validade do processo o vocábulo “supostos processuais”¹⁷.

As indagações e vacilações referentes ao instituto podem ser resultado, conforme afirma Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, da impropriedade da expressão “pressupostos processuais”. Aduz, ainda, que a expressão utilizada originariamente por Oscar von Bülow foi *prozessuale voraussetzungen*. *Voraussetzungen*, que significa “suposição”, “pressuposição”, “hipótese”. Nenhum desses significados se adequou ao sentido em que se emprega aquela expressão.

Vidigal apresenta sua ilação da seguinte forma:

“Sejam os pressupostos os requisitos necessários para a constituição da relação processual, sejam os necessários para uma sentença, qualquer, ou, finalmente, os necessários para uma sentença de mérito, a denominação sempre permanece inadequada.”¹⁸

Contudo, em que pese as posições dos renomados processualistas, o vocábulo “pressupostos processuais” é considerado terminologia tradicional no direito processual brasileiro, sendo aceita pela maior parte da doutrina e consagrada na legislação processual.

¹⁷ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – v. 6. *Saraiva*. 1967, pág. 69.

¹⁸ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos processuais e condições da ação. Saraiva, v. 6. São Paulo, pág 6. 1967, pág. 67.

3. Elementos fundamentais do Direito Processual

Para que se possa ter uma exata compreensão do direito processual, é preciso se dedicar ao estudo de três institutos basilares: Jurisdição, Ação e Processo.

A Jurisdição, expressão da potestade do Estado, fica impedida de atuar sem a observância de princípios e garantias determinadas pela lei. Ora, se o Estado retirou da esfera dos particulares a solução das contendas, justamente em razão das arbitrariedades e desmandos ocorrentes, seria um contra-senso se a atividade jurisdicional não fosse pautada conforme a lei.

Destarte, ciente de que as decisões não seriam justas se a sua tarefa exclusiva de julgar não fosse restringida, o próprio Estado limitou sua atuação, enunciando princípio e estabelecendo regras de cumprimento obrigatório.

Visando a garantir a imparcialidade do órgão jurisdicional, o artigo 2º do Código de Processo Civil dispõe que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.¹⁹

Nesse dispositivo está inserto o princípio da inércia, segundo o qual o juiz não pode dar início ao processo sem ser provocado. Dessa forma, é necessário que o titular da pretensão insatisfeita leve ao conhecimento do juiz

¹⁹ Código de Processo Civil Brasileiro.

a questão para que ele possa apreciá-la. É a ação o instrumento pelo qual se deduz uma pretensão em juízo, provocando a atuação do Estado-Juiz.

Ademais, exercício da função jurisdicional é limitado pela garantia constitucional do devido processo legal. Este princípio determina, conforme ensina Humberto Theodoro Junior, que a tutela jurisdicional seja prestada num processo “traçado preventivamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução, contraditório, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, dentre outros.”²⁰

A máquina judiciária funciona através da conjunção da Jurisdição, da Ação e do Processo. A Jurisdição, uma vez provocada por meio da Ação, atua através do Processo.

3.1. Jurisdição

Como uma das funções do Estado, a jurisdição é chamada a atuar diante de conflitos desencadeados por um entrelaçamento de interesses, os quais têm por consequência a insatisfação de uma pretensão.

Vista por esse ângulo, a jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada o que é seu, segundo o direito objetivo.

²⁰ **THEODORO JR.**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Forense*. v. I. Rio de Janeiro. 2002, pág. 95.

Entretanto, há situações em que, embora não exista lide, a jurisdição interfere nas relações dos particulares. A importância social de determinados interesses, principalmente aqueles que envolvam direitos indisponíveis, fez com que o Estado os amparasse de forma efetiva, tornando a intervenção jurisdicional obrigatória.

Segundo Chiovenda, jurisdição é:

“a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já ao afirmar a existência da vontade da lei, já ao torná-la, praticamente efetiva.”²¹

Assim, a característica essencial da jurisdição é substitutividade, pois o juiz, através de sua atuação, substitui a atividade das partes envolvidas num conflito, já que não podem fazer valer suas pretensões pessoalmente, pois a lei proíbe fazer justiça por meios próprios. Essa característica também se aplica à jurisdição voluntária, pois os atos dos interessados não são suficientes para dar validade ao ato ou negócio jurídico, sendo necessária a intervenção jurisdicional.

3.2. Da Ação

Como regra, a jurisdição é inerte. Os juizes e tribunais encarregados de exercê-la não saem a procura de litígios. Assim o Estado-juiz aguarda a provocação do titular da pretensão insatisfeita para poder atuar.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Bookseller – v. 2. São Paulo, pág. 3. 1999.

É a ação, o poder ou direito de invocar a atuação do Estado-juiz para obter um provimento jurisdicional.

A ação representa um papel importante para a atuação da jurisdição, funcionando como garantia de imparcialidade, pois, se o juiz prestasse a tutela jurisdicional sem que fosse convocado para tanto, sua atuação não seria neutra, ou seja, destituída de interesse no desfecho da causa, características que a jurisdição deve prezar.

Considerado um dos temas mais inquietantes de toda a teoria geral do processo, a Ação vem desafiando a argúcia dos processualistas ao longo das décadas. Até hoje não há unanimidade quanto à sua natureza jurídica, ou seja, sua posição no ordenamento jurídico. Os vários sentidos em que a terminologia é empregada e a complexidade do tema contribui para este estado de incerteza sobre a Ação.

3.3. Processo

Como é vedado ao titular fazer justiça com as próprias mãos, ao invocar a atuação do Estado-juiz, este é obrigado a agir.

A atividade jurisdicional, contudo, não é exercida de forma livre, devendo ser conduzida com respeito a determinadas garantias. Assim, a jurisdição atua através de um método, que é o processo.

Por Cândido Rangel Dinamarco é ensinado: “processo é uma série de atos interligados e coordenados ao objeto de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus.”²²

Da análise desse conceito se depreende que o processo é formado por dois elementos associados: procedimento, o qual representa o conjunto de atos coordenados cronologicamente; e a relação jurídica processual, que é o vínculo que une autor, réu e juiz, com produção de efeitos jurídicos.

Etimologicamente não há diferença entre processo e procedimento. Ambos advêm do latim *procedere*, que significa seguir adiante. Por isso a confusão de conceitos.

Para Luiz Rodrigues Wambier, o que distingue o processo do procedimento é o cunho finalístico daquele. Veja-se:

“O processo deixou de ser visto sob o prisma da organização dos atos processuais em seqüência, passando a ser observado sob seu aspecto teleológico, ou seja, dos fins que lhe são próprios, especialmente quanto a função de resolver aquela parcela do conflito de interesses submetida ao poder estatal. Já o procedimento, embora esteja ligado ao processo, é meramente o mecanismo pelo qual se operam os processos diante da jurisdição.”²³

Assim processo se consubstancia numa relação jurídica de direito público, através de um método, do qual as partes se servem para buscar a solução do conflito de interesses e vencer.

²² **DINAMARCO**. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Malheiros - 2ª edição – v. 2. São Paulo, pág. 11. 1990.

²³ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues (coord); ALMEIRA, Flavio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Revista dos Tribunais – 3ª edição – v. 1. São Paulo. Pág. 137. 2000.

CAPITULO 3. Novo Acesso à Justiça e a Preocupação Atual com a Efetividade do Processo

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra o princípio do acesso à justiça, possibilitando a todos aqueles que sofrerem uma lesão ou estiverem com seus direitos ameaçados recorrerem ao Poder Judiciário.

Assim trata o referido texto legal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”²⁴

Contudo, a garantia do acesso à justiça não pode ser meramente formal, ou seja, regulada por dispositivo de lei, mas sem qualquer produção de efeitos práticos.

O tempo é, indubitavelmente, o grande inimigo daquele que busca a reparação ou a proteção de seu direito. O titular da pretensão insatisfeita se depara, ao pleitear o amparo do Estado-juiz, com um sistema demasiadamente burocrático, detentor de institutos arcaicos que não se adequam à realidade atual. Como se não bastasse, tem-se que enfrentar, ainda, a litigância de má-fé das partes, cuja atuação se resume ao emprego de meios meramente protelatórios. Tudo isso contribui para a dilação excessiva do processo, a qual, por corolário, afeta a credibilidade da justiça.

²⁴ Constituição Federal Brasileira.

Nesse sentido, José Olivar de Azevedo aduz que:

“É dever do Estado conduzir o processo em tempo razoável, sem entraves de caráter meramente protelatório, devendo a tutela, para ser efetiva, reclamar uma decisão num lapso de tempo necessário à realização dos atos processuais, sem, atropelar o rito, porém, numa proporção adequada à complexidade da causa.”²⁵

Pode-se atribuir essa demora do processo também à fase científica. Nessa época, os processualistas, com o objetivo de caracterizar o direito processual, criaram institutos solenes, de forma a ratificar sua autonomia em face do direito material.

Ao se referir às “três ondas renovatórias do acesso à justiça”, Mauro Cappelletti aponta as soluções práticas para os problemas da efetividade do processo:

“Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas via muito além deles, representado, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.”²⁶

Uma das preocupações do movimento de acesso à justiça é propiciar às classes menos favorecidas assistência judiciária gratuita. O acesso ao Poder Judiciário, ou melhor, a possibilidade de se obter a tutela jurisdicional, não pode ser prerrogativa tão-somente dos indivíduos mais abastados. Medidas como o barateamento das custas judiciais e a instituição de Defensorias Públicas em todos os Estados contribuíram para uma justiça mais acessível aos pobres.

²⁵ AZEVEDO, José Olivar de. Fatores determinantes da efetividade do processo: celeridade e imparcialidade. Revista Jurídica Consulex. São Paulo, pág. 21-23. 2002.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Nuthfleet. Fabris. Porto Alegre, pág. 31. 1998.

Avanço digno de menção é a instituição de regras de proteção dos interesses metaindividuais. A Constituição Federal de 1988 concedeu maior iniciativa ao Ministério Público para a defesa dos interesses difusos, principalmente nas questões que envolvem o meio ambiente e as relações de consumo.

O intitulado “novo enfoque do acesso à justiça” é representado pela necessidade de reforma do Poder Judiciário, a informalidade dos procedimentos e a valorização dos meios paraestatais de solução de conflitos.

Kazuo Watanabe observa que é necessário um melhor estudo dos institutos – prestigiando, ou adaptando, ou reformulando os institutos tradicionais, ou concedendo institutos novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

1. Pressupostos processuais vistos no direito brasileiro

Considera-se que o processo é uma espécie de caminho a ser percorrido pelas pessoas envolvidas (partes e juiz), sendo que, ao final, poderá se chegar a um fim desejado, o que gerará uma prestação jurisdicional, do que se discorda, pois como se verá, a relação jurídica para existir e/ou ter validade não depende do preenchimento de pressupostos.

Segundo o Professor José Carlos Barbosa Moreira, “Os pressupostos processuais são responsáveis pela existência e validade do processo, ou seja, são requisitos necessários para um bom desenvolvimento da relação processual, de modo que esta possa se desenvolver validamente.”²⁷

Entende-se: para que o juiz possa dar uma resposta, é preciso que exista um processo, um instrumento e, assim, sua resposta poderá ou não referir-se ao mérito. Quanto ao mérito, considera-se o fato jurídico buscado pelo titular da pretensão o qual necessita de uma tutela.

Assim, havendo uma resposta de mérito, a qual “dará” a solução do fato crente de uma prestação jurisdicional, exige-se o preenchimento de condições, sendo sua omissão motivo para justificar uma impossibilidade da ação.

Desta forma, sempre, antes de verificar o mérito, ao juiz incumbe o dever de apurar e verificar se os pressupostos processuais foram cumpridos e preenchidos de forma regular. Logo após, verificar-se-á uma possibilidade de resposta de mérito, para só então responder àquilo que lhe foi pedido.

Neste aspecto, surgem os primeiros percalços, uma vez que, sendo verificada a inexistência ou falta destes pressupostos da ação, poderá haver o oferecimento de impossibilidade do pedido a uma resposta jurisdicional, ou seja, poderá o juiz encerrar o processo sem conhecer o mérito dos pedidos.

²⁷ MOREITA, José Carlos Barbosa. Sobre Pressupostos Processuais. Revista Forense, 288/01

A observância aos pressupostos processuais inicia-se como ônus da parte pretendente e se estende ao juiz, o qual tem o compromisso de examinar tais pressupostos, sob pena de contribuir a uma nulidade que possa interferir na validade do processo.

Tenha-se como exemplo, o caso do incapaz que postula em um processo como autor de uma pretensão, mas que não é representado por um curador ou não há a participação do Ministério Público. A princípio todos os atos serão nulos, ou seja, não produzirão efeitos, sendo que, ao não serem sanados a tempo, podem interferir na validade do processo. É correto isso?

Segundo estudos feitos pela professora Tereza Arruda Alvim Wambier, os tribunais já estão se pronunciando de forma diferente, e com isso a professora expõe o seguinte entendimento:

“Não é porque se têm considerado validos os processos em que há interesse de menor e de que não participou o Ministério Público, caso o menor tenha sido beneficiado pelo resultado da demanda, que se poderá dizer, em face da letra da lei (arts. 84 e 246 do CPC), que se trata de uma anulabilidade. Se esta circunstância tivesse o condão de alterar a natureza do vício, em outros processos, o regime jurídico da intervenção do Ministério Público deveria passar a ser o de que a sua ausência não pudesse dar origem à decretação da nulidade do processo de ofício, isto é, deveria passar a ser o regime das anulabilidades, o que não ocorre.”²⁸

Mas, além disso, a participação dos pressupostos processuais também tem referência à possibilidade de o autor da pretensão ter direito a receber uma resposta de mérito, impondo, com isso, que a resposta somente poderá acontecer caso se encontre no processo, perfeitamente estabelecido, o quadro dos pressupostos processuais de validade.

²⁸ **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. pág. 227.

Com isso, alguns requisitos possuem tamanha importância que a sua não observância pode implicar na inexistência do processo. Porém, existem outros que não chegam a prejudicar a existência, mas a validade.

Desta forma, verifica-se a necessidade de se discutir, quanto a estes dois aspectos, o que se fará a seguir, demonstrando a necessidade de distinguir pressupostos processuais de existência dos de validade.

2. Pressupostos processuais de existência

Como pressupostos processuais de existência podem-se denominar a existência de jurisdição, a existência de demanda, a capacidade postulatória e a citação, todos darão ao juiz a possibilidade de julgar, o que se acredita não ser o mais adequado, haja vista, que cabe ao juiz julgar e não se omitir deste dever.

Pela existência de jurisdição, considera-se os atos processuais praticados não inexistentes, como por exemplo, os atos praticados por juiz afastado de suas funções, sendo que para este caso não estará o juiz apto para a função jurisdicional. Tal circunstância somente teria lugar num contexto exemplificativo, uma vez que no Brasil é impossível um juiz que não seja juiz julgar, ou o particular passar a prestar o serviço jurisdicional.

Assim, como a prestação jurisdicional é praticada pelo juiz, sua capacidade e condição também devem estar presentes para a existência dos efeitos da jurisdição.

Quando se fala em existência de demanda, deve-se ter em mente a inércia da jurisdição, ou seja, a jurisdição é passiva, o que, nas palavras de Rui Portanova, significa a “jurisdição aguarda passivamente a iniciativa da parte pela demanda.”²⁹

Em relação à capacidade postulatória, cuja previsão está expressa através do artigo 37, parágrafo único do Código de Processo Civil, dispõe da necessidade de a parte pretendente da prestação jurisdicional estar habilitada para participar do processo. E, por último, a citação confere ao processo sua existência em relação ao réu, uma vez que se trata de um conjunto de atos, os quais tornam necessária a existência e a participação de três partes fundamentais, ou seja, autor, juiz e réu.

Como dizia Chiovenda,

“não só devem existir os três sujeitos, um órgão revestido de jurisdição ordinária (de acordo com as normas reguladoras da jurisdição e do ordenamento judiciário) e duas partes reconhecidas pela lei como sujeitos de direito (capacidade de ser parte); mas também devem possuir certos requisitos de capacidade (competência dos órgãos jurisdicionais, capacidade processual das partes, capacidade de representar outrem e, em alguns casos, o poder de pedir em nome próprio a atuação de uma vontade de lei que garante um bem a outros, o que se diz substituição processual).”³⁰

Porém, faz-se uma observação, no sentido de alertar que a citação não é requisito para formação do processo, pois ele já existe mesmo antes dela. Contudo, é evidente que esse processo não produzirá efeitos em face do réu, pois ele ainda não foi chamado a participar da relação processual.

²⁹ **PORTANOVA**, Rui. *Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado* – quinta edição. Porto Alegre. 2003. pág. 27.

³⁰ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Curso de processo civil v. 1. Revista dos Tribunais*. 2007, pág. 472.

Entretanto alerta a professora Tereza Alvim, quando diz em seu estudo que “Em nome do princípio da instrumentalidade das formas, não se acolheu a argüição de nulidade de citação ainda que o réu tenha sido representado por advogado que tenha procuração com poderes para foro em geral, ‘desde que tal ato não resulte em nenhum prejuízo à parte ré.”³¹

Ou seja, a proteção que os tribunais estão procurando dar é ao aspecto do prejuízo: havendo prejuízo com a falta de um requisito ou um pressuposto, nulo ou se anula o ato, caso contrário é de difícil aplicação a decretação de nulidade.

Ainda pela professora é dito que:

“o princípio segundo o qual não se decreta nulidade sem que haja prejuízo é o mais invocado e aplica-se, conjugado com o princípio do aproveitamento e da instrumentalidade das formas, tanto às nulidades quanto às anulabilidades, para não se acolherem as argüições.”³²

E a professora arremata dizendo:

“O princípio segundo o qual o processo é forma incide no momento anterior à elaboração da lei, e para a elaboração dela, quando o legislador cria formas rigidamente tratadas, para determinados atos. Este rigor se deve a que, por meio destas formas, se pretende assegurar a eficácia do ato.”³³

³¹ ³¹ **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. pág. 241.

³² ³² **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. pág. 243.

³³ ³³ **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. pág. 242.

Diante disso, e segundo José Milton da Silva, “os pressupostos de existência do processo, são aqueles que deverão preexistir à relação processual”. São considerados os requisitos necessários para a instauração do processo e conhecimento da demanda, do que se discorda.

Neste aspecto, encontra-se a crítica do professor Marinoni, ao dizer que “A obrigação do juiz de exercer o poder jurisdicional obviamente não decorre de uma relação jurídica. Como evidenciou Goldschmidt – e nesse ponto nenhuma crítica a sua teoria conseguiu demonstrar o contrário -, não há dúvida de que o juiz tem a obrigação de conhecer a demanda.”³⁴

Para que se possam determinar os requisitos mínimos para a formação de um processo, convém, primeiramente, definir o momento em que ele tem início. É preciso fixar o instante em que nasce a relação processual e, para isso, é possível de se dizer que a relação processual é anterior a constatação dos pressupostos processuais, pois eles são dependentes de sua existência.

São, portanto, esses alguns dos pressupostos de existência, os quais podem ser considerados de maior importância. Diante disso, percebe-se que a existência do processo está condicionada, especificamente, a apenas dois pressupostos processuais: a propositura de uma demanda e a investidura jurisdicional do órgão a quem ela é endereçada.

³⁴ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de processo civil v. 1. Revista dos Tribunais. 2007, pág. 473

3. Pressupostos processuais de validade

São os pressupostos de validade aqueles que possuem um cunho estrutural, sendo que sua inobservância acarretará em nulidade do processo e está de forma absoluta, impedindo com isso que o juiz aprecie o mérito do litígio.

Nas palavras do professor José Carlos Barbosa Moreira, “os pressupostos processuais de validade dizem respeito ao regular desenvolvimento do processo e na sua ausência faltará um requisito para o desenvolvimento válido deste”³⁵.

Tem-se como principais, a petição inicial, que para o aforamento da demanda formula o pedido, surgindo de forma apta para que seja proferida uma resposta, ou seja, uma sentença.

Também indica-se a competência e a imparcialidade, devendo para a validade do processo existir um juiz, apto a proferir uma sentença e desvinculado dos fatos e das partes, garantindo-se assim a imparcialidade da decisão.

Outra figura necessária para dar validade ao processo é a capacidade de ser parte e capacidade processual. Para a primeira, atribui-se a todas as pessoas naturais ou jurídicas e a alguns entes não personalizados, mas pessoas com condições para adquirir direitos e obrigações na ordem civil.

³⁵ ³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre Pressupostos Processuais. Revista Forense, 288/01.

Sobre a questão dos pressupostos de validade aproveita-se o que o professor Marinoni critica ao comentar que

“deseja-se apenas demonstrar, apontando-se para a doutrina chivendiana – que foi, sem dúvida, a que mais influenciou o direito processual brasileiro –, um evidente artificialismo ou uma nítida manipulação lógica na manutenção da teoria dos pressupostos processuais. Após a visualização de que a constituição do processo não dependia dos pressupostos processuais, esses deveriam ter sido abandonados. Ou melhor, a doutrina deveria ter abandonado a categoria dos pressupostos processuais, voltando-se para o valor que os requisitos processuais – antes concebidos como pressupostos – têm diante dos fins do estado e dos direitos das partes.”³⁶

Já em relação à capacidade processual, configura-se pela capacidade de estar em juízo, capacidade de ser parte no processo sem necessitar de representação ou ser assistido.

Por último, pode-se trazer a legitimidade processual, confirmada através do artigo 3º do Código de Processo Civil, a qual, nas palavras de Candido Rangel Dinamarco, assim se apresenta:

“capacidade de estar em juízo é a capacidade de atuação processual. Ela vem denominada pela doutrina, também, como capacidade processual ou legitimatio ad processum. Tal é a capacitação a atuar nos processos em geral e não se confunde com a qualidade para gerir uma determinada causa, que é a legitimidade ad causam.”³⁷

Dessa forma, instaurada a relação processual, é necessário que ela esteja revestida destes requisitos a fim de atingir seu objetivo, o qual se pode considerar como um provimento de mérito.

³⁶ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de processo civil v. 1. Revista dos Tribunais. 2007, pág. 474.

³⁷ **DINAMARCO**. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Malheiros – 2ª edição – v. 2. São Paulo, pág. 11. 1990.

Outra crítica é formulada a este aspecto pelo professor Marinoni, ao dizer que “ao se perceber a razão de ser dos ditos pressupostos processuais, torna-se claro que eles não são requisitos para o julgamento do mérito ou para uma decisão sobre o mérito, mas condições para a concessão da tutela jurisdicional do direito.”³⁸

Assim é também dizer que os pressupostos processuais responsáveis pela validade da relação processual podem ser classificados por outros dois aspectos: primeiro os pressupostos positivos, que devem estar presentes no processo, e segundo, os pressupostos negativos, cuja ausência é necessária para a validade da relação processual.

4. Pressupostos Processuais Positivos Subjetivos

Antes de adentrar ao tema, cumpre algumas ressalvas quanto ao assunto. A palavra “foro” é equivocada, tendo em vista sua utilização em mais de um significado.

Em sentido amplo, indica a base territorial sobre a qual cada órgão judiciário exerce sua jurisdição. Para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, assim como os demais tribunais superiores, é todo o território nacional. Já para os tribunais de segundo grau de jurisdição, é a soma dos âmbitos dos foros de todas as comarcas e varas a eles submetidas. Assim, o foro dos Tribunais de Justiça estaduais é o território do respectivo Estado;

³⁸ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de processo civil v. 1. Revista dos Tribunais. 2007, pág. 475-476.

dos Tribunais Regionais Federais é a soma de todas as varas que pertencem à região que lhe é afeta, havendo no Brasil atualmente cinco regiões dentre as quais se distribui a competência da Justiça Federal.

Desta forma, é preciso que se tenha o cuidado de averiguar em qual sentido a palavra foro estará sendo empregada, se no da lei processual ou o da lei de organização judiciária, para se evitarem equívocos.

Assim como foro, não se confundem os juízos, sendo que cada órgão jurisdicional é um juízo. Na justiça comum estadual, o conceito de juízo coincide com o das varas: unidade judiciária integrada por um juiz e respectivos auxiliares.

Por isso, sendo foro comarca, é comum que em um mesmo foro exista vários juízos.

Para a professora Tereza Alvim, são tratados os pressupostos processuais positivos como decorrentes de infrações às regras de admissibilidade da apreciação e julgamento do mérito, considerando-os quando ausentes de Nulidades de Fundo.³⁹

São, desta forma, fenômenos resultantes de elementos essenciais para o desenvolvimento do processo até o seu desaparecimento com a extinção.

³⁹ **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. pág. 188 - 189

Sendo assim, o estudo sobre os pressupostos processuais positivos subjetivos percorrerá a ordem a seguir.

4.1. Relativos ao Juiz

4.1.1. Competência

Para a caracterização dos pressupostos processuais tidos como positivos, tem-se que comentar a respeito de outros aspectos, tais como aqueles relacionados ao juiz, sua competência, sua imparcialidade. Da mesma forma, discorrer a respeito dos aspectos relativos às partes.

Assim sendo, a competência justifica-se pela aptidão do juiz para o recebimento e o exercício da jurisdição. Outrossim, à existência de um processo, independentemente do ato de levar ao conhecimento do órgão jurisdicional uma pretensão, deve-se observar se aquele juiz possui aptidão para dar um provimento jurisdicional, o qual emanará da lei.

Contudo, as regras de competência podem ser imperativas e cogentes ou apenas dispositivas. No primeiro caso, devem ser conhecidas pelo juiz, de ofício, e não podem ser objeto de derrogação pelas partes em nenhuma circunstância. Já em relação às de cunho dispositivo, estão sujeitas à iniciativa das partes.

Diferem-se competência relativa e absoluta nas causas de modificação de competência, nas quais somente se aplica a relativa, e não a absoluta. Também, a incompetência absoluta constitui objeção, matéria de ordem pública

que deve ser reconhecida e declarada pelo juiz a qualquer tempo. Mesmo não tendo o réu veiculado em contestação, a matéria pode ser alegada posteriormente. Já em relação à incompetência relativa, não se constitui em matéria de ordem pública, não podendo ser considerada de ofício pelo juiz, conforme Sumula 33 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a distinção entre competência absoluta e relativa só diz respeito à competência de foro, sendo a competência de juízo sempre absoluta.

Com isso, adotam-se como regra para a apuração da competência três critérios criados pela divisão tripartida de critérios para classificação de competência, que são: objetivo, territorial e funcional. E é neste aspecto que surgem as críticas.

Para Dinamarco:

“a adoção da divisão tripartida de competência, não se ajusta plenamente à nossa realidade jurídica, tornando insolúveis determinadas questões de competência, mormente quando há necessidade de utilização de fatores conjugados para a sua apuração.”⁴⁰

Diante disso, surgem as regras gerais para a apuração da competência. Cumpre àquele que pretende uma demanda observar a competência originária; se é matéria da justiça especializada, como por exemplo a lei 9.099/95; a competência de foro; e competência do juízo.

⁴⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Malheiros – 2ª edição – v. 2. São Paulo, pág. 11. 1990.

E é nestes dois últimos que surge a discussão. Como se verifica inicialmente do que se aborda a respeito de Foro e Juízo, para este último, a competência sempre será absoluta.

Quando a incompetência em razão da matéria conclui-se em razão de uma incompetência absoluta já em relação ao território, pode-se dizer em uma incompetência relativa.

Como não se torna novidade, a prestação jurisdicional deve ser efetiva, porque, além de atender a pretensão pleiteada, também deve buscar os instrumentos para o exercício da tutela alcançada.

Desta forma, busca-se transmitir, que em casos de incompetência relativa, em razão do território, o juiz estava competente, em razão da matéria, para proferir um pronunciamento para o caso.

Assim, conclui-se que mesmo diante de um fato o qual serve de improvimento, o judiciário antes de buscar uma alternativa para impossibilitar o pedido, deve providenciar a aplicação dos direitos constitucionais ante o direito de provocar o Poder Judiciário para a análise da pretensão.

4.1.2. Imparcialidade

O órgão jurisdicional não pode ter interesse no desfecho da demanda. Para que suas decisões gozem de credibilidade, o juiz precisa manter uma posição neutra em relação às partes.

Para que a atuação dos magistrados ficasse imune às influências externas, comprometendo, dessa forma, a retidão de suas decisões, a Constituição Federal estabeleceu as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. Ademais, o texto constitucional diz, no parágrafo único do artigo 95, que é vedado ao juiz exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e dedicar-se à atividade política-partidária.

O pressuposto processual da imparcialidade refere-se à ausência de impedimento (artigo 134, CPC).

Segundo Fredie Didier Jr.

“a imparcialidade é requisito processual de validade: o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois graus de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto.”⁴¹

Desta forma, as hipóteses de impedimento dão ensejo à nulidade absoluta do ato, pois há uma presunção absoluta de que o magistrado não tem condições subjetivas de atuar com imparcialidade.

Do mesmo autor é encontrado:

“Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função. (...) Quanto aos impedimentos, o legislador – a técnica legislativa – enuncia o que já é suficiente para se pôr trave nos pés de algum.”⁴²

⁴¹ **DIDIER JR.**, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005, pág. 161.

⁴² **DIDIER JR.**, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005, pág. 162.

Muito se discute quanto ao fato de a suspeição ser pressuposto processual, haja vista, que, se o magistrado não se reconhecer suspeito, a parte terá prazo preclusivo para argüir a suspeição e pedir a nulificação do ato. Por esse motivo, entende o professor José Olivar de Azevedo que, sendo a suspeição menos grave que o impedimento, deve ser alegada dentro do prazo de quinze dias, sob pena de preclusão, ao passo que o impedimento, por ser pressuposto processual positivo de validade do processo, não preclui, podendo ser motivo ensejador de ação rescisória.

Nesse ínterim, o professor José Orlando Rocha de Carvalho entende que a inexistência de suspeição não é requisito de validade, haja vista que sua não argüição tempestiva gera a preclusão⁴³.

Mas o que se deve ressaltar é que a imparcialidade, como requisito relativo ao juiz, não é motivo de se levar o processo à extinção nos termos do artigo 267, IV.

4.2. Relativo às Partes

4.2.1. Capacidade de ser parte como pressuposto processual de existência

No direito material, todo aquele que tiver capacidade para contrair direitos e obrigações na ordem jurídica é dotado de capacidade de direito. Decorrente da personalidade, essa aptidão reflete-se no Direito Processual Civil naquilo que se denomina capacidade de ser parte.

⁴³ **CARVALHO**, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro. 2005. 140

Conforme dispõe a primeira parte do artigo 4º do Código Civil, “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”. Do teor desse dispositivo, conclui-se que um menor de 12 anos de idade, por exemplo, poderá figurar como parte num processo, pois tem personalidade e, por corolário, detém capacidade de direito.

A personalidade é atributo da pessoa natural e também da pessoa jurídica. Porém, existem determinados entes desprovidos de personalidade jurídica como a massa falida, o condomínio, as sociedades de fato, aos quais a lei confere capacidade de ser parte.

Se pode dizer que todos que possuem capacidade de direito (personalidade jurídica) possuem capacidade de ser parte, o mesmo não podemos dizer ao contrário, ou seja, nem todos que possuem capacidade de ser parte possuem capacidade de direito.

O mais correto, todavia, é considerar como pressuposto subjetivo de existência do processo a existência de um sujeito que pratique atos jurídicos, pois assim, se a demanda é feita por quem não é sujeito de direito, processo não existirá.

Desta forma, a incapacidade de ser parte do demandante adquire importância para que se reconheça a inexistência do processo.

Para isso, o professor Fredier Didier Jr. identifica duas características:

“a) a demanda que vier em nome de pessoa que não mais existe e que no caso demandava com *jus postulandi* (hipótese que se imagina como resultado de alguma fraude); b) a demanda que vier em nome de pessoa falecida e assinada por advogado que já estava falecido no momento da formação da relação jurídica processual: nem autor nem advogado existiam, portanto não se pode atribuir a ninguém a prática do ato jurídico demandado, razão por que a petição inicial eventualmente já escrita e assinada, embora não protocolizada antes da morte do procurador, será considerada um mero documento, sem aptidão para instaurar a relação jurídica processual.”⁴⁴

4.2.2. Capacidade processual

Capacidade processual é a capacidade de estar em juízo, isto é, a aptidão para atuar pessoalmente na defesa de direitos e obrigações, ou como diz Fredie Didier Jr, praticar atos processuais independentemente de assistência e representação.

Pontes de Miranda diz que “A capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado”⁴⁵.

Enquanto a capacidade de ser parte relaciona-se com a capacidade de gozo ou de direito (aptidão para contrair direitos e obrigações na órbita civil), a capacidade processual guarda relação com a capacidade de exercício ou de fato (aptidão para exercer por si os atos da vida civil).

⁴⁴ **DIDIER JR.**, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005, pág. 165.

⁴⁵ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1997. t. 1, pág. 238.

A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. O artigo 7º do Código de Processo Civil determina que toda pessoa que se acha no seu exercício de direitos tem capacidade para postular em juízo. É a capacidade processual plena ou total, podendo o seu titular exercer livremente os seus direitos.

Outra distinção se faz necessária em relação capacidade processual e legitimidade processual. A capacidade é a aptidão genérica para a prática dos atos da vida civil. A legitimidade é a capacidade específica para a prática de determinado ato, é a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos.

Entretanto, e novamente ao que tange a capacidade processual, existem pessoas cuja capacidade processual é restrita ou limitada, hipótese em que deverão ser representadas (absolutamente incapazes) ou assistidas (relativamente incapazes), conforme o grau de incapacidade. É o que disciplina o artigo 8º do Código de Processo Civil: “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”⁴⁶.

É sabido que o que aqui se debate não é o bastante para a compreensão da capacidade processual.

As pessoas jurídicas precisam estar regularmente “representadas” em juízo (artigo 12 do CPC); não se trata de representação, razão pela qual é

⁴⁶ Código de Processo Civil Brasileiro.

“grave equívoco a afirmação de que as pessoas jurídicas seriam processualmente incapazes”. Explica a distinção Pontes de Miranda:

“Observe-se que, na competência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de representação. O órgão representa a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não representante. (...) De modo que há a representação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão representa, materialmente; e, processualmente, também representa.

As pessoas jurídicas... precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo – fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo. A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar... Os direitos das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual, representam a pessoa jurídica. Estão a representá-las a fazê-las presentes.”⁴⁷

Assim, a capacidade processual, é, também, reconhecida como *legitimatio ad processum* (legitimação para o processo) não se confunde com a *legitimatio ad causam* (legitimidade para a causa).

A legitimação para o processo relaciona-se com a capacidade para estar em juízo, enquanto condição da ação.

Desta forma, a capacidade processual é aptidão *in genere* para cada pessoa, independentemente de sua relação particular com determinado processo; ao contrário é a legitimidade para a causa, que se fixa em razão de um processo concreto, tendo-se em vista a posição da pessoa na lide.

⁴⁷ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1997. t. 1, pág. 220.

4.2.3. Capacidade postulatória

Por fim, o último pressuposto processual relacionado às partes: a capacidade postulatória.

Capacidade postulatória é a capacidade de requerer e postular em juízo.

No sistema processual brasileiro, têm capacidade postulatória o advogado, desde que esteja regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministério Público; e, em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas, como por exemplo nos casos dos Juizados Especiais Cíveis e no *habeas corpus*.

A falta de capacidade postulatória do autor implica na extinção do processo, se não for sanada e não houver litisconsórcio ativo.

Em relação aos pressupostos processuais, Fredier Didier Jr. diz que “a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. Já a capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatorios que praticar”⁴⁸.

5. Pressupostos processuais objetivos

Os pressupostos processuais objetivos, segundo Vicente Greco Filho, referem-se à regularidade dos atos processuais, dividindo-se em intrínsecos e extrínsecos

⁴⁸ **DIDIER JR.**, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005, pág. 142.

5.1. Pressupostos processuais objetivos intrínsecos

Os pressupostos processuais intrínsecos se encontram dentro da relação processual, quais sejam: petição inicial apta e citação válida.

Os pressupostos processuais objetivos intrínsecos consideram-se formalismo processual, que compreende não só a forma, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

Ou seja, é um conjunto de regras que disciplinam a atividade processual.

Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, podem ser citadas algumas funções do formalismo processual:

“a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes; f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, ainda, h) determinar como, quando e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada.”⁴⁹

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Do formalismo no processo civil*. Saraiva. São Paulo. 1997, pág. 07.

Desta forma, pode-se dizer que o formalismo determina como funciona (o processo) e quais são as regras do jogo. Trata-se do regulamento da disputa.

5.1.1. Petição inicial apta

Como já mencionado anteriormente, a existência do processo está subordinada à propositura de uma demanda a um órgão investido de jurisdição. A demanda é formulada através de uma petição inicial, ainda que de forma irregular.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier petição inicial é:

“ato processual escrito (e que pode inclusive, eventualmente, ser veiculada por meio eletrônico), pelo qual se exerce o direito de ação, dando início à atividade jurisdicional. É a petição inicial o ato inicial do processo e, embora a relação jurídica processual só se complete com a citação válida, a distribuição da petição inicial vincula autor/juiz em uma relação linear, mas que já produz alguns efeitos, como o de interromper precariamente a prescrição.”⁵⁰

Entretanto, para que a relação processual possa se desenvolver de forma regular e válida, é necessário que o pedido endereçado ao órgão jurisdicional seja apto, isto é, preencha determinados requisitos previstos pela lei processual.

Os artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil exigem que a petição inicial seja encaminhada ao juízo competente para o recebimento do feito, contendo os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o pedido que delimita a

⁵⁰ **WAMBIER**, Luis Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1, 9ª ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2007, pág. 215.

atuação do órgão jurisdicional, as provas que pretende produzir, o valor da causa e o requerimento de citação do réu.

Em incorrendo o autor na falta de atenção de algum requisito da petição, poderá o juiz determinar, em sendo sanável a irregularidade, a emenda à inicial, a qual possui dupla função, pois, ao mesmo tempo em que destina esclarecimento sobre os elementos da causa, também se presta a dar ao réu amplitude em sua defesa.

5.1.2. Citação válida

A citação é ato pelo qual o demandado toma conhecimento de que contra ele está sendo ajuizada uma demanda. A citação não é necessária para a formação do processo, uma vez que ele já existe antes dela.

A citação não é pressuposto de existência do processo. Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem.

Com a propositura da ação, forma-se a relação processual, a qual ainda é imperfeita ou anômala, porque constituída apenas de dois sujeitos: autor e juiz.

O preenchimento do pólo passivo da relação processual com o ingresso do réu no processo torna-se completo, isto é, com a citação, a relação jurídica linear torna-se trilateral.

Assim, o réu não-citado pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória, e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de embargos à execução, ação autônoma e imprescindível de nulidade da sentença.

Cândido Dinamarco ensina que, “a citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação da lide”.⁵¹

Não basta, porém, como determina grande parte da doutrina, que exista a citação, isto é, o conhecimento do réu de que em face dele move-se uma ação, mas é preciso que esta citação seja realizada conforme as regras exigidas pelo Código de Processo Civil.

Assim, por exemplo, preceitua o artigo 225, II do CPC, que o mandado deve conter o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a advertência de que, caso o réu não ofereça contestação, haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, se a causa versar sobre direitos disponíveis.

⁵¹ **DINAMARCO**. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Malheiros. São Paulo. 2001, v. 2, pág. 504.

Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não pode ser considerada ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo. Alias, o indeferimento da petição inicial é uma sentença “liminar” com ou sem julgamento de mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

Por fim, conclui-se que a falta de citação nem sempre compromete o desenrolar dos atos processuais, pois é possível que o demandado, de outra forma, tome conhecimento da demanda e compareça para contestar.

5.2 – Pressupostos processuais extrínsecos ou negativos

Os pressupostos processuais extrínsecos são fatores externos que influem na formação da relação jurídica processual. Podem ser conhecidos também como pressupostos processuais negativos, pois sua presença impede o julgamento do mérito.

Segundo Fredier Dider Jr., “são fatos estranhos à relação jurídica processual, que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo.”⁵²

Não se trata de requisitos do ato jurídico processual, pois é requisito de validade do próprio processo, enquanto procedimento e, por este motivo, a

⁵² **DIDIER JR.**, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005, pág. 172-173.

princípio são considerados vícios insanáveis, pois, se a causa da extinção do processo desaparecer, desaparece o óbice para a repositura da demanda.

São alguns exemplos de pressupostos processuais objetivos extrínsecos ou negativos, e que serão tratados neste trabalho: a litispendência, a coisa julgada, a preempção e a convenção de arbitragem.

5.2.1. Litispendência

A palavra litispendência vem do latim e quer dizer lide pendente ou, *litis*, de *lis*, que significa lide, e *pendentia*, de *pendere*, que significa pender.

O vocábulo litispendência tem duplo sentido: pode se referir à existência de lide pendente, processo em andamento, como também significar o fenômeno de pressuposto processual negativo.

Conforme o disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil, a citação válida induz litispendência. Nessa hipótese, que representa o sentido originário do vocábulo, a litispendência foi utilizada no sentido de lide pendente, ou seja, para designar a existência de uma ação já em curso em juízo.

Portanto, litispendência, no sentido literal da palavra, é um estado de lide ainda não decida achando-se pendente de decisão judicial.

Sobre outro aspecto, a expressão litispendência é empregada como pressuposto processual negativo do processo. É o que se deduz do teor do artigo 267, V, do Código de Processo Civil, o qual determina que o juiz profira sentença terminativa, quando presente a figura da litispendência.

Nesse caso, existem dois ou mais processos idênticos em curso, pois os elementos constitutivos das ações que os instauraram são os mesmos: partes, pedido e causa de pedir (tríplice identidade).

Empregada como pressuposto processual negativo, a litispendência assim é demonstrada por Luiz Rodrigues Wambier:

“significa a existência de dois ou mais processos concomitantemente, com as mesmas partes, o mesmo pedido e idêntica causa de pedir. A existência de um processo pendente entre “A” e “B”, baseado numa determinada causa de pedir que resulta o pedido X, desempenha o papel de pressuposto processual negativo para um outro processo entre A e B, que tenha a mesma causa de pedir e em que se formule o mesmo pedido. O fundamento desse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e no perigo de julgamentos conflitantes.”⁵³

Assim o fundamento da litispendência como pressuposto processual negativo está na economia processual e no perigo de decisões conflitantes.

5.2.2. Coisa julgada

Não obstante o princípio do duplo grau de jurisdição permitir o reexame das decisões dos órgãos jurisdicionais, existe um momento em que os efeitos da sentença que decide a questão levada a juízo tornam-se imutáveis, não sendo mais permitida a discussão da causa sentenciada no âmbito de outro processo.

⁵³ **WAMBIER**, Luis Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1, 9ª ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2007, pág. 217.

Para isto, utiliza-se o direito da denominação de Coisa Julgada.

Coisa julgada consiste num fenômeno de natureza processual pelo qual se torna firme a parte decisória da sentença, que deve guardar relação de simetria com o pedido que se tenha formulado na petição inicial.

Segundo José Frederico Marques, a coisa julgada consiste na “imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente”⁵⁴.

A coisa julgada difere da litispendência, pois esta impede a propositura de uma ação em razão de já existir outra, de elementos idênticos, em curso, aquela impede que se mova uma ação já decidida.

Nas palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier, no livro *Nulidades do Processo e da Sentença*, é consignado que: “A sentença proferida, satisfazendo pedido sobre que já pesa autoridade de coisa julgada, porque se trata de pressuposto processual negativo ...”⁵⁵

Trata-se, portanto, sem dúvida de pressuposto processual negativo que impede a repropositura de nova ação a respeito da mesma causa de pedir, com o mesmo pedido entre as mesmas partes.

⁵⁴ **MARQUES**, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Millenium, Campinas, v. 2. pág. 25, 2001.

⁵⁵ **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2007. pág. 377.

Mas é necessário ressaltar que há duas espécies de coisa julgada, a formal e a material.

Conforme Elpídio Donizetti Nunes,

“diz-se que há coisa julgada formal quando a sentença terminativa transita em julgado. Nesse caso, em razão da extinção da relação processual, nada mais pode ser discutido naquele processo. Entretanto, como não houve qualquer alteração qualitativa nem repercussão nenhuma na relação (intrínseca) de direito material, nada impede que o autor ajuíze outra ação, instaurando-se novo processo, a fim de que o juiz regule o caso concreto”. Pelo mesmo autor é prosseguido, “também a coisa julgada material ocorre com o trânsito em julgado da sentença (...). O que a diferencia da coisa julgada formal é que agora a sentença transitada em julgado não só encerra a relação processual, mas, além de pôr fim ao processo, compõe o litígio, havendo, portanto, uma modificação qualitativa na relação de direito material subjacente ao processo (...). A coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, mas a recíproca não é verdadeira. A ocorrência da coisa julgada material veda não só a re-abertura da relação processual, como qualquer discussão do direito material. A coisa julgada formal veda apenas a discussão do direito material no processo extinto pela sentença.”⁵⁶

Conclui-se, então, que presentes os pressupostos processuais negativos, existe impedimento para a repositura da ação, apesar de seu acolhimento gerar uma sentença meramente processual ou terminativa, conforme determina o artigo 268 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 267, inciso V.

5.2.3. Perempção

Conceitua-se perempção como a perda do direito de demandar em razão do processo ter sido extinto três vezes por abandono da causa, pelo autor, por mais de trinta dias.

⁵⁶ NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 2ª ed. Del Rey, Belo Horizonte. 2001. pág. 257.

Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da preempção. Perde o autor, desta forma, o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via da reconvenção.

O fundamento da reconvenção é encontrado no artigo 267, III e 268, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

A curiosidade que se encontra neste instituto é que a doutrina majoritária, e cita-se Luiz Rodrigues Wambier, não relaciona a preempção dentre os pressupostos processuais negativos, por considerá-la fenômeno que atinge apenas o autor, não se constituindo, portanto em pressuposto negativo para o réu, que poderá ser autor em idêntica ação.

A doutrina majoritária trata a preempção como um fato impeditivo para a formação da relação processual válida por iniciativa do autor.

5.2.4. Convenção de arbitragem

Com o escopo de diminuir o número excessivo de demandas judiciais e possibilitar uma solução mais rápida dos litígios, foi instituída a lei n.º 9.307/1996, que trata do juízo arbitral.

Referida lei dispõe, no artigo 3º, que a convenção de arbitragem é negócio jurídico complexo que envolve tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Segundo Luiz Rodrigues Wambier, cláusula

compromissória é negócio jurídico acessório através do qual, em relação a um determinado contrato, os contratantes se comprometem a instituir a arbitragem como mecanismo para a solução de eventuais futuros conflitos dele decorrentes.⁵⁷

Ainda o mesmo autor consigna que o compromisso arbitral é o pacto específico de instituição de juízo arbitral, diante, objetivamente, de uma pretensão que seja ou não resultante de contrato em que se tenha firmado a cláusula compromissória.

Entretanto, a doutrina diverge quanto à convenção de arbitragem ser ou não pressuposto processual.

A Lei de Arbitragem alterou a redação do inciso VII do artigo 267 do Código de Processo Civil, substituindo o vocábulo compromisso arbitral pela expressão mais genérica, convenção de arbitragem.

Porém, o parágrafo quarto do artigo 3º do Código de Processo Civil dispõe que o juiz conhecerá de ofício todas as matérias que a parte alegar como preliminares na contestação, exceção feita ao compromisso arbitral. Dentre essas matérias, estão os pressupostos processuais negativos, litispendência e coisa julgada.

Luiz Rodrigues Wambier posiciona-se dizendo:

“A solução que permite compatibilizar a existência desses dois textos legais (art. 301, IX, e artigo 301, parágrafo 4º) é a seguinte: a lei de

⁵⁷ **WAMBIER**, Luis Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1, 9ª ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2007, pág. 218-219.

arbitragem, ao alterar o inciso IX, incluindo a convenção de arbitragem como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, teria revogado tacitamente o parágrafo 4º, que é norma anterior à lei 9.307/1996”⁵⁸

Por sua vez, pode-se chegar à conclusão de que o legislador teria esquecido de substituir a expressão compromisso arbitral por convenção de arbitragem, o que impõe à parte o dever de alegar a matéria, sob pena de preclusão.

Assim sendo, tem-se que a intenção do legislador foi de valorizar a arbitragem como meio alternativo de solução de litígios, sendo a melhor interpretação a de considerar tanto a cláusula arbitral como o compromisso arbitral como pressupostos processuais negativos.

CAPÍTULO 4. Pressupostos Processuais de Validade como Requisitos para Julgamento do Mérito – Negação ao Acesso à Justiça.

1. Teoria de Liebman

Realizando uma análise das concepções desenvolvidas ao longo dos tempos, Liebman observa que, dentre as diversas posições doutrinárias a respeito da ação, merecem destaque a teoria do direito concreto, que define a ação como o direito a uma sentença favorável, e a teoria do direito abstrato, a qual considera a ação como direito de provocar a atuação do Estado-juiz.

Segundo Liebman, a adoção individual das teorias acima indicadas seria suficiente para explicar o direito de ação. Isso porque a concepção concretista

⁵⁸ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues (coord); **ALEMIDA**, Flavio Renato Correia de e **TALAMINI**, Eduardo. Curso de avançado de processo civil – terceira edição – v.1. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2000, pág. 212.

estuda a ação apenas do ponto de vista do autor e equivoca-se ao concedê-lo ao vitorioso com a sentença favorável.

De outro lado, a teoria abstrata visualiza a ação sob o prisma do juiz e não a identifica ainda, mas apenas seu fundamento, sua existência como garantia constitucional, sem qualquer pressuposto fático.

Desta forma, Liebman afasta o caráter concreto da ação, “pois a única coisa certa é que o juiz sentenciará, e a ação tem por objeto imediato justamente esse seu provimento, qualquer que seja ele, favorável ou desfavorável”.⁵⁹

Ao realizar a distinção entre a ação em sentido constitucional (incondicionada) e a ação em sentido processual (condicionada), Liebman se afasta da concepção abstrata.

“no seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete de fato a qualquer um e não possui conteúdo genérico. Ao contrário, ela se refere a uma fatispécie determinada e exatamente individuada, e é o direito de obter que o juiz sentencie a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é, por isso, condicionada a alguns requisitos que devem ser verificados em cada caso, preliminarmente.”⁶⁰

Assim, para Liebman, o direito público, subjetivo, de provocar a atuação da jurisdição, para que se possa obter um pronunciamento sobre o mérito da questão, isto é, o julgamento do pedido, devem ser preenchidas as condições da ação.

⁵⁹ **LIEBMAN**. Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Forense, 3ª edição. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro. 1983. pág. 153.

⁶⁰ **LIEBMAN**. Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Forense, 3ª edição. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro. 1983. pág. 154.

A ausência de qualquer uma destas condições impede o juiz de apreciar o mérito da causa e, por corolário, implica na inexistência da própria ação.

Esclarece Liebman, sobre lide, mérito e jurisdição, dizendo que lide é definida como “o conflito efetivo de pedidos contraditórios”. Não compartilha Liebman com a posição de Carnelutti, pois, se o conflito de interesses não for trazido para o processo conforme se verificou na vida real, não cabe ao juiz conhecer do que não constitui objeto do pedido. Para Liebman, a lide é um fenômeno endoprocessual

Quanto ao mérito, “se identifica com o conceito de lide, incluindo-se nele todas as questões controversas entre as partes posta à apreciação do juiz, cuja solução pode levar à procedência ou improcedência do pedido.”⁶¹

Assim, entendia-se que o processo, como meio de provocar a jurisdição, somente se tornaria perfeito com a obediência aos requisitos, condições e pressupostos, do que, desde já se discorda.

É certo que o juiz deve compreender a lei, porém, deve fazê-la na medida da Constituição. Dessa forma, ensina o professor Marinoni, que, para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da Constituição, deve atribuir sentido ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela concreta ao direito material.⁶²

⁶¹ **LIEBMAN**, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Forense, 3ª edição. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro. 1983. pág. 64

⁶² **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007, pág. 107.

Contudo, compreende-se que Liebman e Chiovenda entendiam que a jurisdição atuava pela vontade da lei, no sentido de demonstrar a autonomia da ação em face do direito subjetivo material.

Chiovenda dizia que a jurisdição consistia na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes.⁶³

Porém isso hoje não pode mais ser admitido, haja vista que o juiz dever dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição; ele obviamente não pode formular norma jurídica do caso concreto olhando apenas para a lei.

Segundo Marinoni, para a prestação da tutela jurisdicional, é imprescindível a consideração das necessidades do direito material.

Assim, o que se pretende alertar é a demasiada necessidade de proteção aos requisitos que devem ser encontrados para a propositura da ação e validade do processo, esquecendo-se da necessidade de proteção do direito material.

⁶³ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007, pág. 33.

2. Da Fenomenologia Jurídica

A palavra fenomenologia provém do grego, *phainesthai*, ou seja, aquilo que se apresenta ou se mostra ser, e *logos*, explicação, estudo.

Rubens Queiros Cobra, afirmava:

“a importância dos fenômenos da consciência, os quais devem ser estudados em si mesmos – tudo que podemos saber do mundo resume-se a esses fenômenos, a esses objetos ideais que existem na mente, cada um designado por uma palavra que representa a sua essência ou significação. Os objetos da Fenomenologia são dados absolutos apreendidos em intuição pura, com o propósito de descobrir estruturas essenciais dos atos (*noesis*) e as entidades objetivas que correspondem a elas (*noema*).”⁶⁴

Assim, para o fenômeno jurídico faz-se necessário serem examinados três planos, ou seja, existência, validade e eficácia.

Para o lançamento de tais planos, deve-se ordená-los a um fato jurídico, ou seja, a tudo aquilo que cause repercussão no mundo do direito. Pontes de Miranda considera que “Fato jurídico é o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica”⁶⁵

Assim os fatos jurídicos podem ser classificados conforme sua natureza, por fatos jurídicos *stricto sensu*, ato jurídico *lato sensu* e negócio jurídico.

⁶⁴ <http://www.cobra.pages.nom.br/ftm-fenomeno.html>

⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t.4, 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983, pág. 145.

Contudo, ao se indicar como um dos planos do fenômeno jurídico a existência, procura-se referir aos fatos jurídicos, conforme Pontes de Miranda, que causem interesse e repercussão para o mundo do direito.

Já em relação ao plano da eficácia, busca-se dar efeito às situações jurídicas, tendo como fator principal a relação jurídica. É o que podemos considerar, por exemplo, o teor do artigo 3º do Código Civil Brasileiro, o qual considera absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. Considera-se para estes casos a existência de um ato, porém não se encontra eficácia naqueles praticados por menores de dezesseis anos.

Como último plano, tem-se a validade, a qual envolve uma ação humana, como pressuposto de efeito jurídico preordenado pela lei.

Novamente por Pontes de Miranda,

“A validade do ato diz respeito a eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação. Assim, não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há reação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença.”⁶⁶

O que se pretende com esta citação do autor é considerar que não se pode desconstruir ou destruir um efeito: os efeitos jurídicos existem ou não existem. O que é nulo ou anulável é o ato jurídico. Tenha-se como exemplo um

⁶⁶ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Ponte de. Comentários ao código de processo civil. 3ª edição – t. 6. *Forense*. Rio de Janeiro 1998, pág. 141.

casamento, o efeito do ato aconteceu, não há como retornar-se ao estado *quo ante*, porém, o efeito do ato jurídico do casamento é possível de anulação ou nulidade.

Assim, pode-se resumir que o fato jurídico é ou somente é, podendo ser válido, nulo, anulável, resolúvel e etc.

Outrossim, um ato jurídico inválido existe. Para Pontes de Miranda

“defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há primeiro, de ser desfeito. Todavia afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e sugere esta mal feito”⁶⁷

Desta forma, deve-se considerar que nem todo defeito causará invalidade. Leve-se como exemplo Ações Possessórias de que trata o Capítulo V do Código de Processo Civil. Considera-se que, na propositura de uma ação em vez de outra, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estão provados.

Note-se que se está diante de um ato defeituoso, ao passo que, ao se buscar uma proteção ao livre exercício de um direito, nos casos da turbação, o que se está reivindicando é a retomada do direito, como é o caso do esbulho. Com isso, mesmo sendo o ato defeituoso, não pode considerá-lo inexistente, mas pode-se atribuir a inexistência de efeitos ao ato jurídico.

⁶⁷ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Ponte de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. t. 4. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1983. pág. 14.

Dessa forma a validade de um ato deve-se a sua formação, sendo que, pode surgir com o defeito e sua invalidade estar intrínseca a isto, devendo este ato ou até mesmo todo ato ser desfeito, e, para isso, deve-se observar como se deu o fato, se seus efeitos são retroativos, se possui algum prazo ou, conforme diz Pontes de Miranda:

“se pode ser feito por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes, pois a resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito jurídico.”⁶⁸

Parte-se por exemplo, da análise do ato de simulação, o qual, para o Código Civil de 1916 (artigo 147,II) considerava-se como ato anulável simples, enquanto que, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (artigo 167), passou-se a considerar como defeito gravíssimo e gerador de nulidade absoluta do negócio jurídico. Por este motivo, nulidades não se declaram mas se decretam.

3. Do Procedimento como Ato Jurídico

O processo é procedimento. E procedimento é um ato jurídico.

Com esta primeira frase, pode-se iniciar o estudo em relação a complexidade do procedimento, e, por sua vez, do processo.

Segundo Marcos Bernardes de Mello, procedimento

“Trata-se de ato jurídico, cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. No ato complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato*

⁶⁸ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Ponte de. Tratado de direito privado. Revista dos Tribunais – 3ª edição – tomo 22. São Paulo. 1984. pág. 221.

ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, relacionam-se entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim.”⁶⁹

Tais dizeres querem informar que o procedimento é um conjunto de atos jurídicos considerados complexos que, unidos ou relacionados entre si, contribuem e até mesmo formam, sucessivamente, um objeto comum ao próprio processo, ou seja, a prestação jurisdicional.

É conveniente dizer que o procedimento é uma série de atos, que causam uma série de efeitos e que, coligados, produzem um efeito conclusivo. Por este motivo, considera-se que processo é procedimento, ou seja, um conjunto de atos organizados na busca de um efeito conclusivo e não mais final.

José Joaquim Calmon de Passos, em estudo da teoria do fato jurídico, diz ser necessário distinguir pressupostos, requisitos e condição. Assim “Pressuposto é tudo quanto deve anteceder outro fato jurídico ...”⁷⁰. Numa pausa, podemos lembrar o que anteriormente se comentou em relação ao defeito, o qual poderá estar intrínseco no próprio ato ou ser anterior a ele, mas não posterior.

Mas, continuando o ensinamento de Calmon de Passos do ponto anterior:

“... para que se possa falar da sua existência jurídica; requisito é tudo quanto se coloca entre o momento *a quo* e o *ad quem* do fato, ou seja, tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado (opera no plano da validade); condição é tudo quanto se suceder à prática do ato, para que se obtenha determinado efeito jurídico (opera no plano da eficácia). Sendo assim, a validade do ato complexo pode ser investigada durante todo o *iter* executivo, que corresponde à prática de cada um dos atos jurídicos que o compõem.”⁷¹

⁶⁹ **MELLO**, Marcos Bernanrdes de. Teoria do fato jurídico – plano d existência – 10ª edição. Saraiva. São Paulo, pág. 137. 2000.

⁷⁰ **PASSOS**, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Forense. Rio de Janeiro, pág. 83. 2002.

⁷¹ **PASSOS**, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Forense. Rio de Janeiro, pág. 82. 2002.

Desta forma, abreviadamente, o procedimento é ato jurídico complexo e formação sucessiva, com sua validade a ser examinada durante o período de tempo do primeiro ato ao último de sua composição. Cada um destes atos possuirá seus pressupostos próprios, que condicionaram a sua existência e validade. A exemplo disso, pode-se destacar o estudo quanto aos princípios do direito, quando se tratou do contraditório e da ampla defesa. Para que o ato de defesa seja válido, a possibilidade de sua execução deve ser a mais ampla cabível e possível para o caso.

Em continuidade a esta síntese do procedimento como ato jurídico, tem-se que com a invalidação de um dos seus atos é que se determinará a invalidade dos demais que surgirem, o que impedirá a prática do ato final. Com isso, pode-se concluir que os atos praticados antes daquele considerado inválido, se apresentados ou prestados de forma correta não poderão ser afetados, o que aqui se pode concluir pelo princípio da economia processual e do aproveitamento dos atos processuais.

Como exemplo, podemos citar a falta de intimação de uma das partes para o ato de instrução processual, o que não anula os atos passados, mas compromete o ato presente e os futuros, uma vez que se faz necessária a participação das partes para todos os atos judiciais. Não se pode admitir, doutra banda, o não comparecimento voluntário daquele que devidamente cientificado do ato resolve não comparecer.

Por fim, e no mesmo ínterim, encerrado o procedimento, através do ato final ou conclusivo, e não se verificando defeito, ou sanados os defeitos anteriores e alcançada a possibilidade de encerramento do procedimento, torna-se impedido o questionamento da validade do ato jurídico complexo, que como visto, somente poderia se discutir na sua fase executiva e aqui concluir no curso do procedimento.

4. Do Juízo de Admissibilidade

Como se verificou dos tópicos anteriores, especialmente o que trata da Fenomenologia Jurídica, encontram-se três planos diretores que condicionam os atos jurídicos.

Por sua vez, encontraram-se lá os planos de efetividade, validade e existência do ato jurídico. E como o procedimento é um ato complexo, composto de diversos atos, dos quais cada um possuiu sua especialidade, torna-se necessário verificar o momento em que tais requisitos, ou podendo chamar de validade dos atos, são apreciados e esperados por serem encontrados.

É assim que surge então o Juízo de Admissibilidade, o qual, executa sua função sobre o aspecto da validade dos atos jurídicos.

Salvo algumas exceções, a regra considera que o procedimento judicial para ser instaurado dependerá de provocação da(s) parte(s), tendo em vista

que à jurisdição aplica-se o princípio da inércia, ou seja, o Poder Judiciário está à espera das partes para que apresentem suas pretensões e, com isso, possa ocorrer uma solução para o conflito.

Apenas a título de argumentação e para que não ocorra omissão, podemos citar como iniciativa postulatória que não a das partes, a intervenção de terceiros nos casos como dos Embargos de Terceiro.

Mas, retornando ao tema, pode-se observar que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato jurídico complexo, ou o primeiro dos atos condicionantes defendidos por Marcos Bernardes de Mello.

Para o autor, atos condicionantes são:

“preparatórios do ato final e dele constituem pressupostos de validade, não de sua existência. É preciso ressaltar que cada um dos atos tem de atender a seus próprios pressupostos de validade e/ou eficácia. A nulidade de um deles, por exemplo, contamina os que lhe são posteriores e invalida o ato-complexo. Não afeta, porém, nem em sua falta, a existência do ato-complexo que será, nesse caso, nulo.”⁷²

Neste aspecto, tem-se a necessidade de se distinguir duas situações; a da inadmissibilidade da improcedibilidade, e, para isso, busca-se apoio no que Piero Calamandrei ensina:

“inadmissibilidade diz respeito à falta inicial dos requisitos processuais que devem ser preenchidos no momento da propositura da demanda, enquanto que improcedibilidade relaciona-se com irregularidades processuais sobrevindas do processo.”⁷³

⁷² **MELLO**, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano d existência – 10ª edição. Saraiva. São Paulo, pág. 138. 2000.

⁷³ **CALAMANDREI**, Piero. Direito processual civil. Bookseller. v.1 Campinas. 1999. pág. 74.

Diante disso, pode-se concluir que as peculiaridades do procedimento consistem na validade do ato postulatório que é o exame da validade do próprio procedimento, sendo que a verificação do ato inválido condicionará na nulidade do procedimento.

O Juízo de Admissibilidade visa, desta forma, a verificar a existência dos requisitos de admissibilidade, distinguindo-se do juízo de mérito, em que se apura a existência ou não de fundamento para o que se postula. Daí, será possível acolher ou rejeitar o pedido de postulação.

Assim, julga-se primeiro se é admissível ou não e, segundo, se é procedente ou improcedente, o que faz entender os motivos de se aventar quanto a admissibilidade dos recursos, por exemplo.

Desta forma, deve-se compreender que a admissibilidade está intimamente ligada à validade do ato jurídico complexo, mas não a sua nulidade ou anulabilidade, haja vista, que o juízo de admissibilidade é o ato do magistrado que profere seu entendimento quanto à validade do processo antes mesmo de se discutir a tutela pleiteada, sendo que, na falta do preenchimento dos requisitos oriundos dos pressupostos, pode-se acarretar em defeito (sanável ou não) o que obstará o exame de mérito, aplicando-se com isso a extinção do processo.

Tome-se como exemplo o que acontece com a contestação no aspecto de suas preliminares. O artigo 301 determina que, antes de que se discuta o

mérito, faz-se necessário verificar o texto legal. Assim, levando-se em conta a incompetência absoluta do juízo não está anulando o ato jurídico, tão pouco lhe retirando a existência, mas se estará diante de uma falta de validade, o que implicará a necessária remessa ao Juízo competente.

Na prática podemos citar o Mandado de Segurança, no qual se encontra a figura da autoridade coatora. Sendo o ato ilegal praticado no domicílio do prejudicado, está-se aplicando como foro competente o local do endereço ou domicílio da autoridade. Veja-se no caso do Exame da Ordem no Estado do Paraná, no qual o candidato não possui residência na capital, porém a autoridade lá está domiciliada. Para este caso, o juízo competente será o do domicílio da Autoridade, mesmo sendo o ato ilegal praticado em local diferente, o que, mesmo sendo buscado o Judiciário em local diferente, não se estará anulando o ato, mas sim retirando sua validade correspondente a sua competência.

Assim, inadmissibilidade é uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo que examine o mérito do ato postulatório, uma vez não estar permitindo dar prosseguimento da marcha procedimental.

Ainda no mesmo raciocínio, inadmissibilidade é invalidação do procedimento a partir do reconhecimento de um defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado.

Contudo, pode-se concluir que Juízo de Admissibilidade é submeter ao reconhecimento da validade ou não do ato, aplicando-se em caso contrário uma sanção, ou seja, o não conhecimento ante sua inadmissibilidade.

CAPÍTULO 5. Da Aparência do Direito de Ação no Processo Contemporâneo Moderno – Crítica aos Pressupostos Processuais – Superação do Procedimento Ordinário

Muito se discutiu durante o trabalho sobre obrigatoriedade de se preencher aquilo que se chama de pressupostos para conseguir alcançar uma tutela jurisdicional.

Acredita-se que esta sistemática, mesmo não sendo admitida, serviria como uma filtragem capaz de determinar que somente aquelas questões que surtiram interesse jurisdicional poderiam ser recebidas pelo Poder Judiciário. Poder-se-ia utilizar-se do exemplo que, antes de se dar validade ao produto final, este deveria passar pelo crivo rigoroso da aceitação de sua qualidade, ou de sua quantidade.

Ocorre, porém, que o direito de agir é a faculdade dada a pessoa para exteriorizar sua vontade, para a consecução dos fins de sua própria escolha.

Atribui-se o direito de buscar o judiciário para a solução de conflitos ou litígios ou preenchimentos de requisitos reguladores de postulação, como já foi visto anteriormente.

Mas é necessário discutir esta exigibilidade de cumprimento de requisitos e partir do ponto de vista Constitucional.

A Constituição Federal garante a todo cidadão que busque por ela a solução para seus conflitos através do judiciário, para que o que pretendente ali, possa buscar o remédio jurídico necessário.

Pode-se ir além e consignar que o direito no campo do processo civil passou a buscar formas diferenciadas para tutelar o direito do pretendente, chamando estas de “tutelas diferenciadas”, as quais, nas palavras do professor Ovídio Baptista nada mais é, que a:

“redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o ‘assegure’, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo”⁷⁴

Como crítica aos chamados Pressupostos Processuais, pode-se considerar que sua aplicabilidade, ou até mesmo, sua funcionalidade estaria ligada a uma idéia do passado, que pretendia universalizar o procedimento como ordinário, como única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões de cultura da civilização moderna.

Ainda segundo o professor Ovídio Baptista,

“as contribuições trazidas pela sociologia acabaram demonstrando que o direito – qualquer que seja a definição teórica que se lhe dê – funciona objetivamente, no campo das relações sociais, como um instrumento de convivência humana, condicionado segundo o tipo e as exigências de cada comunidade social, determinando valores e contingências históricas dominantes.”⁷⁵

⁷⁴ **SILVA**. Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Revista dos Tribunais – v. 1 - 6^a edição. São Paulo. pág. 116-117. 2.002.

⁷⁵ **SILVA**. Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Revista dos Tribunais – v. 1 - 6^a edição. São Paulo. pág. 114. 2.002.

Diante disso, pretende-se demonstrar que a figura vinculada à exigibilidade de preenchimento dos chamados pressupostos processuais é história do passado, ou seja, o direito deverá seguir a evolução da comunidade.

Hoje o direito deve ser visto na medida em que o cidadão necessitar. Não há mais razão para se considerar que o cidadão deva se ajustar àquilo que o direito permite ou proíbe. O direito moderno deverá servir ao cidadão e não o cidadão servir ao direito.

O direito, tanto material quanto de ação, deverá estar à disposição do cidadão, sendo que, a ele poderá ou não ocorrer a sua invocação, porém, deverá ele existir para que se possa dele fazer uso.

Pode-se citar uma inovação que trouxe uma nova roupagem ao direito, as alterações ocorridas no processo executivo, no qual o legislador verificou a necessidade de se dar mais agilidade e segurança ao credor ou, no caso prático o exeqüente.

Note-se que não se podem procurar meios para coibir a proteção jurisdicional com a criação de regras para o ingresso de medidas judiciais.

Deve o judiciário encontrar maneiras e procedimentos que venham a permitir a melhor forma para se buscar a tutela necessária.

Se a Constituição determina o direito ao acesso à justiça, deverá ela buscar os mecanismos necessários para estar à disposição e a serviço da comunidade.

Por este motivo, admitir como regra de admissibilidade do direito o preenchimento de requisitos ou pressupostos vai contra ao tratamento moderno que se pretende buscar ao direito de ação.

Liebman já afastava o caráter concreto da ação, quando dizia que a única coisa certa é que o juiz sentenciará e a ação tem por objeto imediato justamente esse seu provimento, qualquer que ele seja, favorável ou desfavorável.

O mesmo autor ainda distingue a ação em sentido constitucional (incondicionada) e ação em sentido processual (condicionada), nos seguintes termos:

“No seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete de fato a qualquer um e não possui conteúdo genérico. Ao contrário, ela se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individual, e é o direito de obter que o juiz sentencie a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é, por isso, condicionada a alguns requisitos que devem ser verificados em cada caso, preliminarmente.”

O Juiz deve hoje analisar se o direito do pretendente existe ou não existe. Se a afirmação do direito é procedente ou improcedente, ou seja, o direito é ou não é.

Tal reflexão, se aplicada de maneira coerente e efetiva, certamente traria maior agilidade ao judiciário.

1. Crítica a teoria eclética da ação

A teoria eclética da ação é criação do professor Enrico Tullio Liebman, que na década de 40 foi professor da Universidade de São Paulo. Entendia o professor que o direito de ação corresponde a um agir dirigido contra o Estado, considerando, por este motivo que o direito de ação é o direito à jurisdição.

Porém, o problema com que se depara é onde se inicia a atividade jurisdicional. Segundo Liebman, a decisão do juiz que julgasse questões preliminares não corresponderia a uma atividade jurisdicional, pois, antes de se discutir as matérias e questões relacionadas ao mérito, fazia-se condição verificar os pressupostos processuais e as condições da ação.

Assim, concluir-se-ia que somente após vencida esta etapa poderia o juiz ter acesso àquelas questões de mérito, vindo assim a poder decidir o direito do pretendente, mesmo que contrária ao seu interesse.

Por este motivo, considera-se que esta teoria, mesmo sendo adotada e consagrada pelo próprio Código de Processo Civil de 1973, já é superada.

Pelo professor Ovídio Baptista é enfatizado o erro desta teoria, por confundir direito de ação e direito subjetivo. A ação, tanto no campo do direito material quanto no domínio do processo, haverá de ser um agir conforme o direito.

O professor considera que

“admitindo-se que todos tenham o `direito subjetivo de acesso aos tribunais`, o que evidentemente ninguém põe em dúvida, é natural que todos possam exercê-lo. Se o direito de acesso aos tribunais é abstrato e outorgado a todos indistintamente, é lógico que a ação que lhe compete há de ser igualmente abstrata e incondicionada.”⁷⁶

Conclui-se que, independentemente de adentrar-se ou não ao mérito, a tutela jurisdicional deverá ser prestada, e o direito deverá ou não ser admitido.

2. Superação do Procedimento Ordinário

Tinha-se no procedimento ordinário um reconhecimento de que para a solução dos conflitos de interesses encontrados na lide, deveriam necessariamente obedecer a um curso processual longo e moroso, no qual autor e magistrado figurariam como telespectadores impotentes e inoperantes.

Das vantagens que se atribuíam, a de maior alcance estava na exaustiva tentativa de se conhecer nos pormenores todos os acontecimentos que vieram a ensejar o litígio posto em discussão.

Porém, num mundo moderno no qual o direito deve vir a trazer efetividade a uma nação de massa, não pode mais o judiciário ficar preso a dogmas do passado, os quais, assim como o procedimento ordinário, traz enormes e insuportáveis desvantagens, tornando exacerbadamente moroso e complicado para atender as exigências de uma ansiosa sociedade.

⁷⁶ **SILVA**, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Revista dos Tribunais – v. 1 - 6^a edição. São Paulo. pág. 112. 2.002.

Deste entendimento compartilha François Geny, que considera:

“o procedimento só é ordinário porque – ao seguir-se a ordem natural dos juízos (*ordo judicorum privatorum*) – riscam-se dele todas as decisões liminares, por meio das quais poderá o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece, por exemplo, com as liminares dos processos interditaes, o resultado final da provável sentença de procedência.”⁷⁷

O professor Ovídio Babbista considera que:

“Na realidade, o que se verifica na experiência forense brasileira, independentemente do que o Código prescreva, ou daquilo que a doutrina nos ensine, é uma batalha sem quartel contra a lentidão e a inoperância do procedimento ordinário, e, mais do que contra o seu emperramento, contra a passividade em que o mesmo coloca o magistrado.”⁷⁸

Diante disso, deve-se hoje buscar idéias capazes de desenvolver formas especiais de procedimentos, por meios dos quais a ordem jurídica assegure a realização da efetividade de cada direito.

Assim, as recentes reformas introduzidas em nosso Código de Processo Civil, visam permitir ao magistrado que decida e dê mais facilmente o remédio jurisdicional necessário, sem prejudicar sua imparcialidade.

⁷⁷ **SILVA**, Ovídio A. Babbista da. Curso de processo civil. Revista dos Tribunais – v. 1 - 6ª edição. São Paulo. pág. 121. 2.002

⁷⁸ **SILVA**, Ovídio A. Babbista da. Curso de processo civil. Revista dos Tribunais – v. 1 - 6ª edição. São Paulo. pág. 123. 2.002.

CAPITULO 6. Os Pressupostos Processuais de Validade no Direito Brasileiro – Uma Forma de Negação ao Acesso à Justiça

1. A carga ideológica oculta dos pressupostos de validade

Parece, a toda evidência, que a introdução dos pressupostos processuais de validade no direito brasileiro veio a atender, dentre outros fatores, também, a certos reclamos de ordem ideológica. E especialmente às exigências ideológicas de uma classe dominante, denominada Classe Burguesa, que dizia o direito de ação referir-se ao direito formal de propor uma ação, ou seja, estaria em juízo quem pudesse suportar os custos de uma demanda, pois a desigualdade econômica e social não era objeto das preocupações do Estado.⁷⁹

Edificando-se as bases de um Estado de Direito, a este se incumbiu velar pela preservação das instituições básicas do comércio jurídico a ser aplicado ao modo de produção capitalista, cujas manifestações maiores são reveladas nos institutos da relação jurídica, dos contratos e do direito de propriedade, no âmbito do direito civil.

Neste contexto a produção do direito não poderia, também, deixar de fomentar outros institutos jurídicos, no âmbito do direito processual, que viessem ao encontro das necessidades de regular as relações próprias de seu modo de produção.

⁷⁹ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007, pág. 183.

Uma das características desse tipo de direito (ao lado do legalismo, convencionalidade e generalidade) foi, segundo Habermans, o formalismo que definiu as esferas de arbítrio legítimo das pessoas, as esferas eticamente neutras e as vinculadas a conseqüências jurídicas⁸⁰.

Destarte, todo o campo do direito, seja civil, processual, administrativo, constitucional, foi redirecionado, sempre, na perspectiva de regular as relações jurídicas surgidas neste novo tipo de sociedade que se fez brotar a partir da revolução industrial. Isso em todos os países que adotaram o modo capitalista de produção. No Brasil, obviamente, não poderia ser diferente.

Tomando-se por base o ensinamento de Ovídio Baptista da Silva, o processo civil brasileiro sempre esteve comprometido ideologicamente com os ideais do liberalismo e do individualismo, no sentido de sustentar a ordinariedade do processo e seus pressupostos. Ainda segundo suas impressões, após assimilar os princípios doutrinários vigentes na Alemanha e na Itália até a década de 1940, a doutrina tradicional brasileira reforçou o império do positivismo (ou, o que é pior, do legalismo) e da ordinariedade, sustentáculos de uma ideologia serventuária de um sistema de poder e comprometida com a redução do poder do juiz⁸¹.

⁸⁰ **HABERMAS**, Jürgen, Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976, p. 364-365, apud, Eros Roberto Grau, O Direito Posto e o Direito Pressuposto, São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

⁸¹ **SILVA**, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 1996.

Já dizia Chiovenda, a função do juiz é aplicar a vontade da lei ao caso concreto⁸², entendendo ser a jurisdição a atuação da lei. Assim o poder estatal estava na lei, e a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador.

Ainda segundo o autor Ovídio Baptista, que acolhe igual entendimento de Sergio Chiarloni e Mauro Cappelletti, a ciência processual esteve e sempre seguiu vinculada à ideologia dos grupos sociais dominantes, e já firmemente consolidados no poder, tendo nascido irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX, processo amplo, segurança para o cidadão, tratamento exaustivo, virtudes estas do processo ordinário e que calharam perfeitamente ao pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político.⁸³

Diante deste quadro, nada melhor, pois, para atender a tais postulados, que engendrar um processo jurisdicional cuja base fundamental fosse o amor e o culto generalizado ao formalismo, já que isto atendia ao interesse imediato da classe política e econômica, sobretudo para garantir a dominação nas relações atinentes ao seu comércio jurídico.

Na opinião do professor Marinoni, hoje realmente não basta que o procedimento viabilize a participação efetiva das partes. É necessário que as regras processuais outorguem ao juiz e às partes os instrumentos e as

⁸² **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007, pág. 33.

⁸³ **SILVA**, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 1996

oportunidades capazes de lhes permitir a tutela do direito material e do caso concreto.⁸⁴

Porém, criaram-se categorias (institutos próprios) de natureza processual que deveriam ser observadas antes mesmo de qualquer consideração com o exame do direito material posto sob julgamento do Estado. E isto em benefício exclusivo da própria respeitabilidade da “ciência” processual e do acatamento de sua reconhecida autonomia.

O desenvolvimento de estudos acerca de institutos como os pressupostos processuais (Oskar von Bülow) e as condições da ação (Enrico Tullio Liebman), que deveriam ser contemplados e devidamente cultuados, antes mesmo de se descer a qualquer exame da contenda judicial, é prova cabal disso. Ou seja: primeiro, o respeito ao processo e a forma; e, somente após, examine-se o restante (direito material). E, para dotar esses institutos de maior prestígio (e objeto de adoração pelos simples mortais), condicionou-se, ainda, que o juiz tivesse o dever de observá-los cumpridamente (de ofício, e em qualquer grau de jurisdição), dada a sua supremacia sobre o próprio direito material que viesse a se constituir no objeto da demanda judicial.

Entretanto, por Liebman foi transmitido o conceito de pressupostos processuais com a deturpação que lhe foi dada pela doutrina italiana e, em especial, por Chiovenda, que adicionou, aos verdadeiros pressupostos

⁸⁴ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007, pág. 420.

processuais, uma categoria inexistente, à qual denominou-se de pressupostos processuais de validade.

Desta forma, os pressupostos processuais de validade são condição para o juiz se pronunciar sobre a demanda, ou seja, na ausência dos pressupostos processuais, estaria o juiz desobrigado de julgar a demanda.

2. Formas de encerramento da relação processual

2.1. Visualizando os elementos da autopoiese no processo judicial

Fácil é perceber, portanto, que o processo judicial ostenta uma verdadeira feição autopoietica, já que se constitui em um sistema onde se verificam todos os elementos integradores da autopoiese (fechamento normativo, abertura cognitiva, auto-reprodução, auto-referência e circularidade).

Nele, como se pode observar, existe um autêntico fechamento normativo, já que todo o procedimento é traçado pelas leis processuais (inclusive para atender a uma determinação constitucional: a exigência do *due process of law*).

Poder-se-ia até dizer – diante da exigência do devido processo legal –, que este fechamento normativo, no processo é, além de uma imposição ontológica, também uma determinação constitucional.

Também se verifica, no processo, uma inegável abertura cognitiva, desde quando todo o processo é comandado por atos processuais que são praticados pelo juiz, pelas partes, por terceiros intervenientes ou interessados, por até mesmo desinteressados (testemunhas, peritos, avaliadores e outros), enfim, por toda uma gama de influxos externos que são trazidos, do meio ambiente, para dentro do processo, através de postulações, arrazoados, recursos e irresignações, provas, fatos etc. Como se verifica, portanto, o sistema jurídico processual efetivamente assimila os mais diversos fatores do meio ambiente para facilitar a sua auto-organização e reprodução, o que faz apropriando-se desses contributos, de acordo com seus próprios critérios, porém não permitindo que venha a ser diretamente influenciado por eles.

Neste sentido, verifica-se a existência de vários dispositivos legais, no Código de Processo Civil, orientando o juiz a se utilizar dessa abertura cognitiva (como a que determina que poderá recorrer aos usos e costumes para decidir – artigo 126; que na falta de regras jurídicas poderá valer-se da experiência comum da observação do que ordinariamente acontece – artigo 336; ou que poderá promover a inspeção judicial em pessoas ou coisas, para melhor orientar sua decisão – artigo 440). Por outro lado, também se constata que o próprio CPC contém várias disposições que possibilitam ao juiz não se deixar influenciar por esses fatores estranhos e oriundos do meio ambiente (como a norma que determina que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e diligências inúteis ou protelatórias – artigo 130; a que esclarece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo firmar seu convencimento por outros elementos – artigo 436).

De igual sorte pode-se dizer que, no processo, se pode constatar um evidente mecanismo de auto-reprodução normativa, na medida em que uma decisão judicial passa a influenciar outras decisões judiciais subseqüentes. Gunther Teubner define da auto-reprodução jurídica, que ocorre no âmbito do processo judicial, ao demonstrar o aprendizado obtido no decurso de experimentações realizadas na interação jurídico-processual concreta, dizendo “é essencial para a continuidade do sistema jurídico, equipando os processos jurídicos individuais com as necessárias estruturas jurídicas e permitindo filtrar e isolar a ‘mais valia’ normativa produzida no decurso do processo para futura utilização no sistema jurídico”.⁸⁵

Como decorrência dessa auto-reprodução tem-se, como consequência lógica, que no processo jurisdicional ocorre uma constante auto-referencialidade, onde os fundamentos e as razões de decidir – em um determinado caso – são resultados oriundos de decisões anteriores, proferidas em processos análogos ou que tenham alguma vinculação com o objeto, a natureza e as circunstâncias que envolvem a causa, ou mesmo no tocante à similitude procedimental com o caso posto em julgamento.

Também aqui Gunther Teubner contribui para o desenvolvimento desse raciocínio, ao revelar que o processo possibilita um verdadeiro mecanismo a que denomina de conexão episódica, que “permite a transposição de perspectivas jurídico-dogmáticas conquistadas num processo jurídico concreto para a doutrina jurídica, tornando-se então parte da ‘memória’ do direito”.

⁸⁵ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Lisboa. Calouste Gulbenkian. 1993, pág 121

O doutrinador alemão esclarece que, pelo mecanismo da conexão episódica, fica assegurada a capacidade evolutiva do direito, “já que permite o estabelecimento de princípios jurídicos de seleção para além do episódio jurídico individual, assegurando, por conseguinte, que a evolução procede da aprendizagem”.⁸⁶

Por fim, e para validar a tese de que o processo se constitui em um verdadeiro instrumento (ou (sub)sistema autopoietico), vale ainda ressaltar a presença da circularidade, como aspecto observável na relação que se desenvolve neste tipo de instrumento de prestação jurisdicional.

Com efeito, as comunicações que se estabelecem dentro do processo judicial (a exemplo dos demais sistemas autopoieticos) são marcadas pela circularidade. Utilizando-se do desenvolvimento de seu código próprio (atos processuais permitidos / não permitidos), que se articulam recursiva e circularmente entre si, possibilita eventos comunicativos específicos e lhe permite definir o espaço em que se situam os seus contornos, possibilitando-lhe construir o seu meio envolvente próprio (a realidade jurídico-processual) através da auto-(re) produção desses eventos comunicativos.

Neste ponto Teubner diz que para o esclarecimento dessa circularidade comunicativa;

“o processo jurídico constitui, por assim dizer, o laboratório da experimentação do direito onde interagem expectativas normativas como mecanismos de variação, e decisões jurídicas como

⁸⁶ Idem, cit.

mecanismos de seleção. (...) O conceito de 'validade jurídica' designa precisamente esta relação circular entre esses dois ciclos de comunicação: se, por um lado, a decisão nos processos existentes (surgindo, por sua vez, através de uma referência de reenvio para outras decisões concretas tomadas no contexto de outros processos individuais), essa mesma decisão, por outro lado, representa o ponto de partida para um novo desenvolvimento na esfera cultural-jurídica⁸⁷.

Ademais, se não bastassem os eventos circulares que envolvem os mecanismos de variação e de seleção, também poder-se-ia visualizar essa relação de circularidade no que tange a aspectos mais concretos do processo judicial, como aqueles que envolvem os eventos comunicativos praticados e estabelecidos entre os sujeitos que integram a relação processual. Como se sabe, a relação processual civil, que se estabelece no processo jurisdicional, é uma relação jurídica de direito público alçada, no mínimo, entre três sujeitos, Estado – Autor – Réu.⁸⁸

Destarte os eventos comunicativos se observam, de forma prática, através dos atos de comunicação que se estabelecem entre as partes (postulando – contestando – replicando – recorrendo – protestando – informando ...) e o juiz (examinando – despachando – determinando – decidindo), tudo em um movimento cíclico de interação entre esses sujeitos da relação jurídico processual.

Por todos os fundamentos, fica revelada a evidente face autopoietica do processo jurisdicional, já que ineludivelmente conjugando todos os elementos

⁸⁷ **TEUBNER**, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Lisboa. Calouste Gulbenkian. 1993, p. 122.

⁸⁸ **MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de, Tratado de direito privado – terceira edição. *Revista dos Tribunais*. t. 22. São Paulo. 1984, p. 272.

próprios de um sistema que se caracteriza por este tipo de fenômeno sistêmico-ôrgânico-funcional.

2.2. A alopoiese decorrente da extinção do processo por falta de pressupostos de validade

Utilizando-se a teoria de Niklas Luhmann, desenvolvida por Gunther Teubner, dir-se-ia, pois, que a sentença que julga o mérito da causa cumpre o seu papel na autopoiese processual, uma vez que serve de base para a (re)produção do direito; para a sua auto-organização e para a sua auto-referencialidade, uma vez que ela se situa dentro dos padrões de normalidade do sistema. É, pois, como se fosse a morte natural de um ser vivo (circunstância esta já previsível e aceita pela própria estrutura do sistema funcional), sendo a sua ocorrência um mero desiderato do próprio cumprimento integral de suas funções.

Já a decisão que extingue o processo sem julgamento da lide, por se tratar de verdadeira patologia no âmbito do sistema processual, evidencia-se como uma morte violenta praticada contra a estrutura sistêmica uma vez que representa uma verdadeira agressão contra os seus elementos reprodutivos. Não se presta (ela) nem para a (re)produção do direito – já que nada acrescenta em termos de comunicação e de possibilidade de criação de novos eventos comunicativos; nem contribui para a auto-organização, visto que, ao contrário, violenta a estrutura funcional e orgânica do sistema; nem agrega qualquer contingente de auto-referibilidade, porquanto nada traz de importante

para a memória sistêmica e para a sua utilização futura em outros eventos de igual natureza; e, por fim, representa uma interferência indevida, indesejada e de influência nefasta para o sistema.

Neste caso, o fechamento normativo estaria comprometido, porque em vez de uma simples abertura cognitiva, a sentença dada em virtude de fatores extra jurídicos (por conta de comodismo, intransigência) representaria uma verdadeira violência contra o organismo processual, já que trazendo elementos estranhos, oriundos do meio ambiente, para determinar o comprometimento integral de sua clausura normativa, através do bloqueio da autopoiese. E o bloqueio alopoiético do sistema é incompatível com a capacidade de reciclagem determinada pela abertura cognitiva.

O processo (assim como o direito), sendo um sistema autopoietico, traz as características de ser, a um só tempo, normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico. Assim, quando uma determinada organização produz algo diferente de sua própria organização, estar-se-á diante do fenômeno da alopoiese, que atua como verdadeira negação da autopoiese operacional do Direito.

A alopoiese, pois, é a produção anômala ou violenta de interferências indesejadas no sistema, por via de injeção direta do mundo exterior, o que acaba por comprometer a distinção entre o sistema e o meio ambiente que o circunda.

Na sentença proferida extinguindo o processo sem julgamento do mérito, em face de motivações estranhas ao direito (como as já aludidas anteriormente e mormente naquelas em que se o extingue por falta de pressupostos de validade – quando mais das vezes há possibilidade de salvá-lo, por via da sanabilidade do vício), torna-se evidente que ela propiciou uma assimetria externa ao nível da orientação normativa do sistema processual e trouxe, como consequência, o bloqueio integral da autopoiese, já que restaram comprometidas as suas capacidades de se auto-organizar; (re)produzir e se auto-referenciar.

2.3. A extinção sem julgamento de mérito – ausência de pressupostos processuais – uma forma de negação do acesso à justiça

Saliente-se, desde logo, que não se discute a necessidade desse instituto (extinção do processo sem julgamento do mérito) nos casos extremamente necessários e, especialmente, naqueles em que patente a falta de pressupostos processuais de existência do processo; do desinteresse pelo processo (contumácia das partes ou a desistência do autor) ou nos casos de absoluto impedimento processual de abertura da jurisdição (como nos casos de coisa julgada, litispendência, preempção, intransmissibilidade do direito, compromisso arbitral, confusão).

No entanto, no que concerne à possibilidade de terminação do feito, em face da falta de pressupostos processuais de validade, há algumas ponderações que devem ser feitas, dada a possibilidade (sempre presente), de que o seu reconhecimento judicial venha a causar uma inevitável negativa de

acesso à justiça, mormente se proclamado *ex officio*, nos termos autorizados pelo § 3º do art. 267 do CPC.

Credita-se isto ao entendimento de Büllow, o qual tentou sistematizar a relação jurídica, que segundo Marinoni, “partiu da relação jurídica privada para conceitualizar, ou melhor, exprimir em conceitos gerais e abstratos, o que acontecia entre juiz e as partes”⁸⁹.

Pelo mesmo autor é dito que Büllow procurou não só evidenciar a existência de uma relação jurídica processual independente da material, como também deixou claro que a relação material apenas poderia ser julgada após a constatação da presença dos pressupostos processuais, isto é, da constituição da relação processual.⁹⁰

Para Büllow só existe relação jurídica processual ou processo quando os seus pressupostos estão presentes, de modo que não haveria como ter uma fase processual ou um processo destinado ao julgamento do mérito na ausência de pressupostos processuais, pois nesse caso o processo não teria sido constituído.⁹¹

Assim, é muito comum encontrar o registro de casos em que juízes, por motivações várias (intolerância – arbitrariedade – comodismo – preguiça – parcialidade [para não ter que julgar contra uma das partes]), encerram o processo, sem julgamento do mérito, ou seja, sem a outorga da tutela

⁸⁹ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 470. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

⁹⁰ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 471. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

⁹¹ *Idem*.

jurisdicional requerida, sem, no entanto, observar que o feito poderia ter sido salvo da morte agônica e violenta, caso houvesse um mínimo de bom senso da parte do magistrado que assim o deliberou.

Segundo o professor Marinoni, este fato se justifica em razão de que, sem saber ao certo o que fazer, parte da doutrina e, por nós considerado, parte dos juízes, passaram a sustentar que os pressupostos processuais seriam simples requisitos para apreciação do mérito. Com isso, a doutrina abriu mão da incoerência de admitir que os pressupostos processuais são necessários para a constituição do processo, mas não se livrou do peso da idéia de relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais.⁹²

Humberto Theodoro Júnior, tráfegando na visão moderna da instrumentalidade e da efetividade do processo, adverte que:

“ uma vez, porém, que o objeto precípua da função processual é a composição da lide, não pode o magistrado supervalorizar as questões formais para colocá-las, desde logo, num plano superior ao do mérito. Por isso mesmo, a extinção do processo por vício de pressuposto ou ausência de condição da ação só deve ter lugar quando o defeito detectado pelo juiz seja insuperável, ou quando, ordenado o saneamento, a parte deixe de promovê-lo no prazo que se lhe tenha assinado. (...) dessa forma não pode o juiz, na sistemática do Código, desde logo extinguir o processo, sem apreciação do mérito, simplesmente porque encontrou um defeito nas questões preliminares de formação da relação processual. Agir dessa maneira, frente a um vício sanável, importaria subverter a missão do processo e a função jurisdicional.”⁹³

Cândido Dinamarco também aponta seus argumentos nesta direção, ao pontuar que “a extinção anômala do processo civil é sempre efeito da ausência de alguns pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, embora

⁹² **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 472. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

⁹³ **THEODORO JR.** Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Forense*. Rio de Janeiro. 2000. pág. 132.

nem sempre a falta de algum deles conduza a essa crise vital”. E, acrescenta: “É inconvenientemente simplista a assertiva de que a extinção do processo constituiria conseqüência invariável e constante da ocorrência de um daqueles fatos a que a lei outorga eficácia extintiva”⁹⁴.

Dinamarco insurge-se, ainda, contra os decretos extintivos, proferidos *ex officio*, sem prévia manifestação do autor, ponderando que embora a legislação infraconstitucional nada discipline quanto ao contraditório prévio nestas questões, o juiz não poderá abruptamente trancar a jurisdição, sem prévia manifestação do autor, uma vez que isso representaria decisão inconstitucional, já que “o princípio do contraditório em sua feição moderna, inclui a exigência de um diálogo do juiz com as partes nessa situação”.⁹⁵

Como se observa, embora a extinção do processo sem julgamento de mérito se mostre uma necessidade inquestionável em casos absolutamente extremos (quando não se pode salvar o processo, por força de obstáculo processual intransponível), o fato é que, mais das vezes, o próprio magistrado atendendo a considerações de natureza absolutamente extraprocessual (como as mencionadas anteriormente), busca, avidamente, uma forma para lhe possibilitar o imediato decreto extintivo do feito (sem julgar a lide), deixando o jurisdicionado carente da tutela requerida.

Esta postura, além de representar uma verdadeira alopoiese no sistema processual, traz, como conseqüência, uma compreensível indignação e/ou

⁹⁴ **DINAMARCO**, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil – segunda edição – v.2. *Malheiros*. São Paulo. pág. 25. 2002.

⁹⁵ **DINAMARCO**, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil – segunda edição – v.2. *Malheiros*. São Paulo. pág. 188-189. 2002.

frustração para o jurisdicionado, que não vê atendido o seu interesse processual. Nem a eventual alegação de que estaria a cumprir a lei processual, poderia exculpar o juiz por ter negado (através de tal via) o livre acesso à jurisdição, porquanto é justamente “no ordenamento jurídico que se fomenta ou se coarcta o acesso Justiça”⁹⁶.

Para o professor Marinoni, é considerado que a “inexistência de tais pressupostos jamais isentaria o juiz de cumprir o seu dever jurisdicional”⁹⁷ uma vez que considera existente uma relação jurídica.

Comenta o autor ainda que as condições, chamadas por Chiovenda de pressupostos processuais, jamais poderiam ser vistas como antecedentes necessários para a existência de dever jurisdicional, de relação jurídica e de processo.

Justifica-se o autor, por considerar dever estatal a proteção dos direitos.

Em suma, “o que se quer dizer é que a norma deve estar em conexão com a realidade dos fatos; não pode estar dissociada do mundo dos fatos sociais sob pena de simplesmente existir um despótico direito, apenas positivado, mas sem respaldo da necessária aceitação e compreensão por parte da sociedade”, como bem acentuado pelo professor Paulo César Santos

⁹⁶ **BEZERRA**, Paulo César Santos. Acesso à justice: um problema ético-social no plano da realização do direito. *Renovar*. Rio de Janeiro. 2001.

⁹⁷ **MARINONI**, Luiz Guilheme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 473. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

Bezerra, que complementa: “a relação entre acesso à justiça e o ordenamento jurídico é de inegável importância”⁹⁸

Novamente o professor Marinoni demonstra, apontando-se para a doutrina chivendiana – que foi, sem dúvida, a que mais influenciou o direito processual brasileiro –, um evidente artificialismo, ou uma nítida manipulação lógica na manutenção da teoria dos pressupostos processuais. Após a visualização de que a constituição do processo não dependia dos pressupostos processuais, esses deveriam ter sido abandonados. Ou melhor, a doutrina deveria ter abandonado a categoria dos pressupostos processuais, votando-se para o valor que os requisitos processuais – antes concebidos como pressupostos – têm diante dos fins do Estado e dos direitos das partes.⁹⁹

E finaliza, dizendo que a insistência na categoria dos pressupostos processuais espelha apenas uma aceitação acrítica de uma elaboração conceitual. Acrítica porque distante da realidade social e dos fins do Estado. Acrítica porque capaz de ignorar a razão de ser do que chama de pressupostos processuais diante do que importa na teoria processual contemporânea.¹⁰⁰

Demais disso, cumpre refletir sobre a observação de Calmon de Passos: “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo nem culto da

⁹⁸ **BEZERRA**, Paulo César Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro, Renovar. 2001, pág. 92.

⁹⁹ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 474. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

¹⁰⁰ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 474. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

forma pela forma, do rito pelo rito, sem um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”.¹⁰¹

Dessa forma, deve-se considerar que não apenas o jurisdicionado tem interesse na solução efetiva do conflito de interesses levado a juízo. Também o Estado tem um interesse fundamental. E qual o interesse do Estado revelado no processo? Exatamente aqueles que Cândido Dinamarco definiu como sendo o interesse que deveria corresponder também em “uma vantagem para o Estado em termos de custo social, e que se revelaria em face da pacificação social obtida, da efetiva atuação da ordem jurídica”¹⁰².

Também pelo professor Marinoni é muito debatido o assunto em sua obra *Teoria Geral do Processo*, e defendido que pressupostos não são requisitos para a constituição do processo, considerando que o processo e a relação jurídica existem ainda que ausente os pressupostos processuais, trazendo à baila os ensinamentos de Miguel Teixeira de Souza.

Diz este autor também,

“que os pressupostos processuais não condicionam a sentença enquanto ato processual, porque, mesmo sem o preenchimento desses pressupostos, o Tribunal não está impedido de proferir uma decisão; deste modo, os pressupostos apenas condicionam o conteúdo de um ato processual – em concreto, o conteúdo de mérito do ato processual que é a sentença do Tribunal. Os pressupostos processuais são, por isso, condições do conteúdo do mérito da sentença, pois, embora sem conformarem esse conteúdo, tornam-no admissível. Assim, o valor de existência (e de validade) da relação processual não depende da função dos pressupostos processuais. A autonomia destes valores de existência e de validade do processo perante a função dos pressupostos processuais explicita claramente a ruptura semântica verificada na sua concepção.”¹⁰³

¹⁰¹ **PASSOS**, José Joaquim Calmon de *Teoria Geral do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2001, pág. 96.

¹⁰² **DINAMARCO**.Candido Rangel. *Execução Civil. Malheiros*. São Paulo. 1993. pág. 402.

¹⁰³ **SOUZA**, Miguel Teixeira. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*, v. 63, São Paulo. RT.

Não teria, acaso, o Estado, extraordinária vantagem em reconhecer o interesse do autor, nos casos mencionados e quando possível salvar o processo (em vez de extingui-lo, de imediato), já que a lide resultaria devidamente composta, a pacificação social estaria assegurada e a ordem jurídica material restaria devidamente atuada?

Marinoni considera que a doutrina, e nós incluí-mos também os próprios juízes, ao manter artificialmente a categoria dos pressupostos processuais, revela-se cativa da teoria da relação jurídica processual e dos valores que presidiram a formação do conceitualismo alemão, preocupado em explicar o direito através de conceitos gerais-abstratos.¹⁰⁴

Por que então o juiz deveria extinguir o feito por falta de pressuposto processual de validade? Não seria aí negar o próprio interesse do Estado, já que sua função é, exatamente, a de buscar compor a lide da forma mais justa possível? E a aplicação, *in casu*, do princípio da instrumentalidade das formas não estaria aí “assumindo o seu papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais”.¹⁰⁵

Ao preservar o interesse jurídico processual do demandante, em casos que tais, e mesmo ante situações de revelada inadequação procedimental, não estaria o Estado a demonstrar, ainda mais, o seu interesse primário e

¹⁰⁴ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 474. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

¹⁰⁵ **DINAMARCO**.Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1990. Pág. 183.

fundamental que é o de colimar com a pacificação social e extinguir as contendas através da justa composição da lide?

Ou seria de seu interesse (do Estado) extinguir o processo sem julgamento de mérito, todas as vezes que se deparasse com o mais leve “fumos” da existência de uma possível viciosidade formal, até mesmo, uma solução que a própria composição voluntária das partes poderia obviar e prolongando e tornando indefinido o litígio que lhe competia atalhar? Não seria o mesmo que negar os escopos da jurisdição e a efetividade do processo, tão defendidos pelo próprio Dinamarco?

Ademais, outra vez e oportunamente o professor Marinoni diz que os pressupostos devem estar presentes não para que o juiz possa julgar o mérito, mas para que o juiz possa conceder a tutela jurisdicional do direito. A sua ausência não impede que o juiz julgue o mérito. É apenas a ausência do pressuposto estruturado em favor do interesse público que impede o julgamento do mérito.¹⁰⁶

Ainda segundo o autor, a falta de pressupostos processuais apenas impede o julgamento do mérito quando instituído em favor do interesse público. Quando o mérito for favorável ao réu, a ausência de pressuposto voltado à sua proteção não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência, de modo que a ausência do pressuposto impedirá a tutela do direito material, mas não o julgamento do mérito. Porém, sendo o mérito favorável ao autor, a

¹⁰⁶ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 476. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

concessão da tutela jurisdicional do direito somente será possível quando o pressuposto negado tiver o fim de o proteger.¹⁰⁷

Por fim o que se pretende é desconstruir o dogma sob o qual se fundam os pressupostos processuais e a prioridade em apreciá-los como uma condição para o julgamento do mérito, pois, encontrando-se o juiz em plenas condições e meios para julgar o processo, deve ele proferir o provimento jurisdicional, independentemente da constatação dos pressupostos processuais.

Não se está aqui defendendo a todo custo a procedência ou improcedência geral, mas a aplicação da tutela jurisdicional em conformidade aos direitos fundamentais.

Corroborando isso Marinoni, dizendo que, quando o juiz está em condições de julgar o mérito, não há lógica em admitir que o juiz possa deixar de dar razão à parte (proferindo sentença de procedência ou improcedência) apenas porque um pressuposto processual voltado à sua proteção não está presente.¹⁰⁸

Ademais, convém salientar que o encerramento do feito sem julgar a lide, em situações anômalas e quando possível (de alguma forma) a outorga da tutela jurisdicional, representa indubitavelmente uma forma de impedimento ao livre acesso à jurisdição.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* – Curso de Processo Civil, v. 1, pág. 480. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

2.4. Relativizar as nulidades – a finalidade do processo

Já se fixou a noção de que o processo não é um fim em si mesmo e de que, por isso mesmo, o processo só tem por finalidade, exatamente, dar efetivação ao direito material. Neste ponto, assiste particular razão a Ernane Fidélis quando diz, com lapidar clareza, que: “o processo não é um fim em si mesmo. Seu objeto é dar efetivação ao direito material. Em consequência, se os fins são alcançados, poderá haver, até mesmo, convalidação da falta de pressupostos processuais”¹⁰⁹.

Também já se advertiu que se deve utilizar o maior rigor possível na conceituação e delimitação das figuras que realmente devem ser tratadas como pressupostos processuais, para evitar que entre elas se incluam, indevidamente, situações que a lei e a doutrina consideram como simples impedimentos, ou meras irregularidades formais, como as hipóteses de petição inicial inepta ou de inobservância de rito adequado.

Na verdade, não podem ser considerados como pressupostos de validade do processo, para o fim que pretendem aqueles atos que a lei, nos casos de vícios, admita convalidação, preclusão, ou dê um tratamento de simples anulabilidade, como se passa com a petição inicial e os impedimentos processuais”¹¹⁰.

¹⁰⁹ **SANTOS**. Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. v.1. *Saraiva*. São Paulo. 1993. pág. 35.

¹¹⁰ **THEODORO JR.** Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Processual Civil n. 1*, set-out/99. pág 136.

Não custa salientar, ainda, que a jurisprudência de nossos pretórios é significativamente pródiga em acolher situações similares, com vistas a obsequiar, sempre, os superiores princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.

Mas, existem sinais de que os Tribunais superiores estão se preocupando com as questões ligadas à efetividade do processo e à instrumentalidade das formas.

Em decisão com data de 06/09/2007 do Superior Tribunal de Justiça assim se decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPARECIMENTO DO RÉU NO PROCESSO PRINCIPAL. APROVEITAMENTO NO PROCESSO CAUTELAR, PARA FINS DE CITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 214, § 1º, DO CPC. PREJUÍZO MANIFESTO.

1. Não obstante seja pacífico que "o rigor excessivo não se coaduna com os princípios da efetividade do processo e da instrumentalidade das formas, além de revelar verdadeira violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça" (REsp 671.986/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 10.10.2005), a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas deve ocorrer de modo prudente, para se evitar que a supressão de algum ato processual possa ensejar violação de princípios maiores, constitucionalmente assegurados.

2. Na hipótese, devido à ausência de mandato na ação cautelar, revela-se inviável considerar-se o comparecimento espontâneo da ré (ora recorrente) àquele processo, em virtude da retirada, pelo advogado, dos autos relativos ao processo principal, mesmo que a estes tenham sido apensados os autos da ação cautelar. Como bem ressalta a recorrente, deve ser considerada como termo inicial, para fins de incidência do art. 214, § 1º, do CPC, a data de juntada do mandato nos autos da ação cautelar, razão pela qual se revela tempestiva a defesa apresentada, sendo descabida a aplicação do instituto da revelia. Ressalte-se que a existência de prejuízo é manifesta, tendo em vista que, decretada a revelia, a demanda cautelar foi julgada procedente.

3. Desse modo, afastado o decreto de revelia, impõe-se a anulação das decisões proferidas no presente feito, com a devolução dos autos às instâncias ordinárias.

4. Recurso especial provido¹¹¹

¹¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator Ministra Denise Arruda. Recurso Especial 2004/0121631-6. Publicado no Diário da justiça em 15/10/2007, p. 227

Assim, nunca é demais repetir a advertência de Calmon de Passos quando enfatiza que “o ato imperfeito que alcança o fim a que se destinava, cumpriu sua missão, produzir os efeitos que lhe eram próprios, foi eficaz. Seria inconseqüência declará-lo inválido, contra a evidência”.¹¹²

Nem se há de olvidar as próprias palavras de Dinamarco quando proclama: “Relativizar as nulidades – eis a chave instrumentalista a ser inteligentemente acionada por juízes empenhados em fazer justiça, sem o comodismo intelectual consistente em apoiar-se no formalismo e esclerosar o processo”.¹¹³

Somando-se a isso, encontra-se o estudo realizado por Teresa Arruda Alvim Wambier, no livro *Nulidades do Processo e da Sentença*, quando, numa pesquisa realizada por amostragem significativa da jurisprudência brasileira, chegou à conclusão de que o sistema de nulidades processuais do direito brasileiro gira em torno da lei e, fundamentalmente, do princípio do prejuízo, visto principalmente sob este aspecto de cerceamento de defesa.¹¹⁴

Pelo autor, em entrevista ao *Jornal da Ordem – OAB Paraná*, n.º 111, Outubro/2007, é feito um parêntese quanto aos aspectos voltados às recentes mudanças no Código de Processo Civil, e aqui o aproveitamos para incluir ao debate a respeito da prioridade à forma, quanto aos atos processuais mais

¹¹² **PASSOS**, José Joaquim Calmon de. *A nulidade no processo civil*, Imprensa Oficial da Bahia, 1959, n. 24. pág. 89.

¹¹³ **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 1990. pág. 183.

¹¹⁴ **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 6ª ed. 2007. pág. 229.

céleres, inclusive para evitar-se alguns processos, dizendo que “Os fins não justificam os meios. Nem seria justo, porque até 30 anos atrás só se falava em acesso à Justiça. De repente, houve esse acesso. E agora a ordem é restringir? Fica uma situação paradoxal.”

Para tanto, alerta a necessidade de se observarem os métodos a serem aplicados e a maneira pela qual serão utilizados.

Mas, de volta ao tema, é importante a observação de Canelutti ao alertar que:

“enquanto se mostra um método ou sistema para a definição ou atuação do direito, o processo serve ao direito”, ou seja, revela-se como um instrumento de utilização do direito. Argumenta também que a sua função não é exclusivamente servir ao direito, já que em contrapartida, sendo também o processo um instituto de direito, vincula as partes e o Estado, sujeitando-os a outras normas jurídicas criadas e aplicadas apenas para regular o método de atuação e definição do direito, de modo que a relação que se estabelece entre processo e direito é dupla e recíproca.¹¹⁵

Acrescente-se, ainda, que antes de servir ao direito, e antes mesmo de servir ao Estado, o processo deve ser entendido como manifestação estatal de um poder que foi criado exatamente, e sobretudo, para servir ao homem.

Assim o processo, antes de servir ao direito deve servir, acima de tudo, ao homem, dentro do contexto de sua própria manifestação transcendental, sob pena de restar descaracterizada a sua existência no plano dos institutos jurídicos criados para dar efetividade ao próprio direito.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. *Servanda*, 1999. v. 1 e 2. pág. 22.

É necessário, pois, que se tenha sempre uma visão voltada para o conceito da efetividade do processo, centradas na celeridade, eficiência, eficácia e acesso à ordem jurídica justa, para que deles se obtenham o máximo de satisfatividade, já que, na certa advertência chiovendiana, “o processo deve dar, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito a obter”.

3. Em busca de uma conclusão – uma forma disfarçada de pronunciar o *non liquet*

Sintetizando e concluindo. Se a sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, nas circunstâncias preditas, representa autêntica alopoiese no sistema processual, revela-se, ainda, um verdadeiro impedimento, ao jurisdicionado, de seu livre acesso à Justiça. Por fim, constitui, ademais, forma disfarçada de pronunciar o *non liquet*, vedado em lei.

Sabe-se que o juiz é obrigado a julgar, não podendo declinar desse dever. No entanto, as circunstâncias autorizam a pensar que, nos casos em que se decreta a extinção do feito sem julgamento de mérito (notadamente fundado em falta de pressuposto processual de validade), o juiz nada mais está fazendo do que encontrando um meio legal (porém não legítimo) de proferir disfarçadamente ao *non liquet*.

Não estaria, destarte, esta postura, limitando o livre exercício de direito, por vezes legítimo, justamente por conta da recusa do Judiciário em prestar a

tutela jurisdicional? Não representaria isso uma forma de se pretender negar, injustificadamente, a jurisdição? Aliás já foi admitido pelo próprio Judiciário: a omissão do dever de prestar jurisdição ofende ao princípio da inafastabilidade desta (CF, art. 5º, XXXV).

A constatação que se obtém, quando se examina os julgados – que terminam por inadmitir determinadas demandas, bem como decidindo apressada e abusivamente pela falta de pressupostos processuais (mormente os de validade), é a indisfarçável tentativa dos juízes de se eximirem de prestar a tutela (pronunciando a um odioso non liquet) e, desse modo, buscando desafogarem-se do trabalho da instrução e do julgamento de mais um processo.

Esta postura, parecem estar, juízes e tribunais, imbuídos do único propósito de tentar demonstrar uma estatística de produtividade para os seus serviços judiciários, visando, tão-somente a, obter o reconhecimento de ser considerado um magistrado ou um tribunal operoso, já que proferiu tantas ou quantas sentenças em determinado período.

Aliás, hoje estamos a vivenciar a busca incessante, dos juízes e dos próprios tribunais, na divulgação de quantas sentenças foram prolatada e quantos processos foram extintos, como se estivessem a adotar filosofia condizente com a nova dimensão do liberalismo, onde a estatística é o grande alimento da justificação e da concentração do poder, postura que seria, até, louvável em face do direito que tem o cidadão de exercer uma efetiva

fiscalização do Poder Judiciário. No entanto esta preocupação não se dá, com a mesma sofreguidão, quando se trata de apontar quantas sentenças de mérito efetivamente foram proferidas. E essas sim é que deveriam ser objeto da preocupação do Judiciário, já que somente essas decisões de mérito efetivamente põem fim ao litígio e à discórdia existente entre os jurisdicionados. E, demais disso, somente esse tipo de sentença possibilita a autopoiese do sistema processual.

Tercio Sampaio Ferras Junior enfatiza que a decidibilidade é uma das questões mais relevantes para o Direito, já que somente através dela o direito se efetiva e se determina o papel maior da Justiça que é a absorção da insegurança. Diz ainda que “decisão é ato de comunicação” e que esta comunicação é necessária e indispensável porquanto “é impossível não se comunicar”. Enfatiza, ainda, que até aquele que não se comunica, na verdade já está se comunicando, visto que está, de logo, “comunicando que não se comunica”.¹¹⁶

Por conseguinte, e tomando por base a referência do autor, podemos dizer que, quando o juiz profere decisão extintiva de feito sem julgar o litígio, está, tão somente, comunicando às partes que não quer se comunicar, ou seja, não quer decidir. No entanto, esta comunicação (decisão) é indispensável e, a ela, o juiz não pode se furtar sob pretextos vãos, mesmo porque, como já acentuado por Tercio Sampaio:

¹¹⁶ **FERRAS JUNIOR**, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. *Atlas*. São Paulo. 1994. pág. 322.

“decisão aparece inicialmente como termo correlato de conflito, o qual está entendido como o conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade de enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução. Por isso mesmo o conflito exige decisão. (...) Pode-se dizer, nesse sentido, que sua finalidade última é a absorção de insegurança (...) Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes por um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede a sua continuação”.¹¹⁷

Assim, pois, com base nos ensinamentos do autor, decisórios, como os que se questiona neste estudo, são, pois, atos de quem não quer se comunicar, que não tem o condão de absorver as inseguranças nem pôr fim ao conflito, já que não impede sua continuação, já que a lide está integra para voltar a ser reexaminada, a qualquer tempo.

Com efeito, os juízes deveriam estar mais preocupados em decidirem, exatamente, o mérito da demanda, para, assim, exercitarem completamente a sua missão, que é exatamente a de promover a pacificação da sociedade, através da pronta e efetiva solução dos litígios intersubjetivos que constituem os focos isolados de tensão social.

Afinal a sociedade e seus integrantes, quando buscam a justiça, querem dela não a solução do processo pela via de um julgado que extingue o processo sem julgamento do litígio, mas, sim, uma decisão que, de logo, os tranqüilize quanto ao mérito da demanda, definindo e certificando o direito posto em julgamento.

¹¹⁷ **FERRAS JUNIOR**, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. *Atlas*. São Paulo. 1994. pág. 311 a 313.

Esta, sim, a verdadeira missão do judiciário. Por isso as soluções processuais de extinção do feito sem julgamento do mérito que constitui a lide, mormente por alegada falta de pressuposto processual de validade, devem se constituir em matéria de julgamento excepcional pelo juiz, somente assim decidindo, quando não haja qualquer possibilidade de remoção do obstáculo, que lhe impedisse de avançar no julgamento do *meritum causae*.

Eximir-se, pois, de prestar a tutela, como comodismo intelectual consistente no apego ao formalismo e evitando que o processo cumpra a sua missão – de prestar com efetividade a jurisdição dando ao titular do direito tudo o que ele tem o direito de obter –, é fazer com que o processo busque um fim em si mesmo, o que termina por desaguar na mais completa negação da justiça, além de permitir que se estabeleça a mais completa alopoiese no sistema de ministração da tutela jurisdicional – o que é incompatível com a sobrevivência do sistema e poderá, até, determinar a sua própria ruína.

CONCLUSÃO

Em face do que foi exposto, podem sintetizar as principais conclusões obtidas na análise do instituto jurídico examinado, pressupostos processuais, bem como ofertar algumas proposições que, julga-se, poderiam ser acolhidas na comunidade científica, para facilitar sobremaneira a compreensão do tema.

Não se devem confundir os pressupostos processuais propriamente ditos, com aquela categoria genérica a que a doutrina denominou de pressupostos genéricos de admissibilidade da tutela jurisdicional, já que esses últimos envolvem, além dos pressupostos processuais, também aqueles requisitos a que se deu o nome de condições da ação.

O juiz, para que possa decidir o litígio, tem, necessariamente, de enfrentar uma ordem de questões prévias que devem ser examinadas, preferentemente, em uma determinada seqüência lógica de cognição, sendo que o exame dos pressupostos processuais, via de regra, afigura-se a primeira questão a ser solucionada pelo magistrado.

A denominação pressupostos processuais, é universalmente aceita sendo raros os doutrinadores que não concordam e, no direito brasileiro, por influencia da doutrina italiana, esse instituto quer significar tudo aquilo que se exige como requisitos para que um processo tenha constituição, existência e um desenvolvimento válido e regular.

A lei processual brasileira, ao disciplinar o instituto contribuiu substancialmente para a confusão conceitual da categoria dos pressupostos processuais, ao utilizar a expressão por demais abrangente e heterogênea, de “pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo”. Ou seja, fazendo crer que haveria tanto pressupostos de existência, quanto de validade e até mesmo de simples regularidade do processo.

A noção fixada por Oskar von Bülow, ao estudar, pela primeira vez, essa categoria jurídico-processual, teve o sentido de atribuir, aos pressupostos processuais, apenas aquelas exigências que se requer para a existência do processo, não contemplando, pois, qualquer atributo que dissesse respeito ao plano da validade do processo. A doutrina italiana, mormente em face de uma manifestação pioneira de Chiovenda, é que transmudou o sentido original dado pelo jurista germânico, e atribuiu o rótulo de pressupostos processuais também aos requisitos de validade do processo.

A partir da transfiguração dada ao instituto pela doutrina italiana, toda doutrina jurídica peninsular, e também a brasileira, passou a classificar os pressupostos processuais em dois grupos distintos: pressupostos processuais de existência e de validade. Essa nova postura, representada pela quebra do paradigma original da doutrina germânica, terminou por tornar o instituto assistemático e carente de uma perfeita definição metodológica, já que aumentaram as dúvidas acerca daquilo que realmente constitui ou não um pressuposto processual.

Em face da constatação do equívoco cometido pela doutrina italiana, propõe-se, nesta abordagem, que se adote uma nova postura metodológica em torno do assunto, visando a separar os pressupostos próprios da existência do processo daqueles requisitos que se exigem para a validade do processo. Assim, ao invés de ter-se pressupostos de existência e pressupostos de validade, teríamos duas categorias distintas: a dos pressupostos processuais e a dos requisitos processuais.

Adotando-se a nova categoria dos requisitos processuais de validade, essas exigências se submeteriam, em tudo, aos princípios básicos que informam a teoria geral da nulidades e, portanto, permitiria, sempre que possível, salvar o processo de uma morte agônica, desde que colocados, em primeiro plano os princípios da instrumentalidade e da efetividade, como constitutivos do chamado sobredireito processual.

Realmente o prestigiamento de institutos destas natureza, em que se propicia ao juiz encerrar uma demanda, diante de uma simples suspeita de existência de uma nulidade qualquer, põe em risco a garantia constitucional do livre acesso à jurisdição e do direito a tutela jurisdicional de que trata o artigo 105, inciso XXXV da Constituição Federal, possibilidade que bloqueia a autopeiese necessária à própria autoprodução e reciclagem jurídica e, por fim, permite que o juiz profira a um *non liquet* vedado em lei, em detrimento de um direito sagrado e insuprimível do cidadão, que é o de ver a sua contenda ser decidida, com o efetivo exame do litígio nela contido, visando a dar-lhe

condições de absorver as inseguranças, se outro resultado mais positivo não lhe adviesse.

Assim, ficam sendo estes os apontamentos que se fazem, sem a pretensão ou ousadia de se esgotar todo o assunto, mas apenas tentando contribuir de forma pequena às várias questões que envolvem o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. A contrariedade na instrução criminal. *Saraiva*. São Paulo. 1937

ALVIM, Arruda. Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2005.

ALVIM. J. E. Carreira; **CABRAL**, Luciana G. Carreira Alvim. Nova Execução de Título Extrajudicial. *Juruá*. Curitiba.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. *Revista dos Tribunais* – décima primeira edição. São Paulo. 2007

AZEVEDO, José Olivar de. Fatores determinantes da efetividade do processo: celeridade e imparcialidade. *Revista Jurídica Consulex*. pág. 21-23 (134). São Paulo.. 2002.

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de clausula compromissória na lei 9.307/1996 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia. Volume 26. n°1. 1997

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo. volume 53, n. ° 156. 1991.

BEZERRA. Paulo César Santos. Acesso à justice: um problema ético-social no plano da realização do direito. *Renovar*. Rio de Janeiro. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. Acesso à justiça. Tradução EILen Gracie Nrthfleet. *Fabris*. Porto Alegre. 1998.

CARNELUTTI. Francesco. Instituições do Processo Civil, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. *Servanda*, Campinas. 1999. v. 1 e 2.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos do Processo. *Lúmen Júris*. Rio de Janeiro. 2005.

CHIOVENDA, Giusepe. Instituições de Direito Processual Civil – v. 1, trad. Paulo Capitânio, *Bookseller*. Campinas. 1998.

CHIOVENDA, Giusepe. Instituições de Direito Processual Civil – v. 2. *Bookseller*. Campinas. 1999.

DIDIER JR., Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo. *Saraiva*. São Paulo. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil – segunda edição – v.2. *Malheiros*. São Paulo. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 1990

FERRAS JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. *Atlas*. São Paulo. 1994.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o Direito Pressuposto. *Malheiros*. São Paulo. 1992.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do Direito Processual. *Forense*. Rio de Janeiro. 1990.

HELER, Agnes. Além da Justiça. *Civilização Brasileira*. Rio de Janeiro. 1998.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil – terceira edição. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. *Forense*. Rio de Janeiro. 1983.

MAIA, Alexandre. Ontologia Jurídica: O problema de sua fixação teórica. *Livraria do advogado*. Porto Alegre. 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. v. 1. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme . Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2007.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Millenium, Campinas, v. 2, 2001.

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. As condições da ação e os pressupostos processuais do dissídio coletivo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília. volume 3. n. ° 6.1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro – nona edição. *Malheiros*. São Paulo. 1983.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da existência – décima edição. *Saraiva*. 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. *Forense*. Rio de Janeiro. 1973.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2. *Forense*. Rio de Janeiro. 1973.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. Comentários ao código de processo civil. 3ª edição – t. 6. *Forense*. Rio de Janeiro 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, Tratado de direito privado – terceira edição. *Revista dos Tribunais*. t. 22. São Paulo. 1984.

MOREITA, José Carlos Barbosa. Sobre Pressupostos Processuais. *Revista Forense*, 288/01.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 2ª ed. Del Rey, Belo Horizonte. 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. v.73. 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. *Forense*. Rio de Janeiro. 2002.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. *Livraria do Advogado* – quinta edição. Porto Alegre. 2003.

PRATA, Edson. Comentários ao Código de Processo Civil – v. 1. *Forense*. Rio de Janeiro. 1987.

SANTOS. Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. v.1. *Saraiva*. São Paulo. 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1 – segunda edição. *Fabris*. Porto Alegre. 1991

SILVA. Odídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Sobe o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo. volume 16, n.º 63. 1991.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopiético. Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1993.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – segunda edição – v.1. *Forense*. Rio de Janeiro. 1990.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Forense*. v. I. Rio de Janeiro. 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Do julgamento conforme o estado do processo. *Saraiva*. São Paulo. 1982.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação – v. 6. *Saraiva*. 1967.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord); **ALEMIDA**, Flavio Renato Correia de e **TALAMINI**, Eduardo. Curso de avançado de processo civil – terceira edição – v.1. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil V. 1 – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2007.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – segunda edição. *Bookseller*. Campinas. 2001.

<http://www.cobra.pages.nom.br/ftm-fenomeno.html>

<http://kplus.cosmo.com.br/materia.ap?co=187&rv=Direito>

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)