V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

A ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

THE ANALISYS OF THE PROCEDURAL REQUIRIMENTS UNDER PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE FAIR TRIAL

Ricardo Utrabo Pereira [1]
Ana Luiza Godoy Pulcinelli [2]

Resumo

RESUMO: Com base na metodologia hipotético-dedutiva, o presente estudo tem como objetivo investigar a contribuição do novo Código de Processo Civil para a persecução de um processo justo, analisando-se o momento mais adequado para o exame dos pressupostos processuais. Pretende-se demonstrar que uma análise oportuna e célere dos pressupostos é medida relevante para a preservação dos direitos das partes, bem como, para evitar o uso desnecessário da máquina judicial. Assim, pretende-se buscar maior efetivação do direito à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Pressupostos processuais, Processo justo, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the hypothetical deductive, this study aims to investigate the contribution of the new Civil Procedure Code to the judicial performance of a fair trial, analysing the most suitable moment for the exam of the procedural requirements. This study intends to demonstrate that the timely and speedy analysis of the procedural requirements is relevant to the preservation of the rights of the litigants, as well as avoids the unnecessary of the state judicial system. Therefore, intends to search more effectiveness of the warranty to a fair and proper judicial protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: new civil procedure code, Procedural requirements, Fair trial, Fundamental rights

[1] Mestrando em Ciência Jurídica da UENP. Pós-graduado em Direito Aplicado pela EMAP/PR. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ricardoadv@gmail.com.

[2] Mestranda em Ciência Jurídica da UENP. Professora de Direito Tributário da UENP. Assistente de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. luizapulcinelli@uenp.edu.br.

INTRODUÇÃO

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Judiciário ocupa importante função de guardião da soberania popular, deixando de exercer a postura clássica de mero aplicador da lei. Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a agir como uma instituição que tem a finalidade de fazer valer as garantias constitucionais como também a aplicação adequada, eficaz e tempestiva da lei ao caso concreto.

O presente trabalho visa investigar a contribuição do novo Código de Processo Civil na persecução a um processo justo mediante a análise dos pressupostos processuais no momento adequado da demanda, visando garantir a justa aplicação da lei ao caso concreto por meio de um processo efetivo.

Sabe-se que em países anglo-saxônicos (que adotam a *common law*), prevalece o princípio dispositivo, no qual a iniciativa na produção da prova cabe às partes litigantes, com a coleta e a apresentação de provas de suas próprias alegações diante de um órgão jurisdicional neutro e passivo, qual seja, o *adversarial system.*

Todavia, nos países da Europa Continental e da América Latina (que, em regra, adotam o sistema da *civil law*), sobreleva-se o princípio inquisitivo, em que são atribuídos poderes ao juiz na atividade instrutória, sendo ele o protagonista do processo, que corresponde ao o *inquisitorial system*. Nos países adotantes deste sistema, há uma extensão dos poderes do juiz, podendo ele, de ofício, determinar a produção de provas.

No ordenamento jurídico brasileiro, havia ampla resistência acerca da iniciativa probatória do juiz, devido à antiga visão privatista do direito processual.

Hodiernamente, apesar de haver divergências, há uma tendência ao reconhecimento da função instrumental do processo, atividade esta que restou reforçada com a promulgação do novo Código de Processo Civil.

A autuação de forma mais célere e ao mesmo tempo mais próxima, sem o excessivo atrelamento à forma posta, tende a garantir a efetivação do direito material de forma útil ao caso concreto.

Por tais motivos o presente estudo ganha relevância, uma vez que o exame dos pressupostos processuais em momento oportuno pode evitar prejuízos às partes e o uso desnecessário do aparato judicial.

O resultado que se espera obter através da pesquisa advinda do presente trabalho é a demonstração de que o modelo de atuação judicial proposto visa efetivar as garantias constitucionais e do acesso pleno à justiça.

Tais princípios são fundamentais para conferir ao direito uma função mais relevante do que o papel de um instrumento de coação, mas sim, um instrumento de pacificação social e da garantia de direitos fundamentais.

Assim, uma atuação judicial adequada, eficaz e tempestiva produz resultados concretos o que tende a solucionar com mais agilidade e firmeza *a priori* as demandas judiciais e num segundo plano as demandas sociais.

1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO JUSTO

O devido processo legal tem sua origem na Magna Carta Inglesa, de 1215, a qual passou a prever a *law of the land*. A partir desta concepção inicial, o devido processo legal, ou *due process of law,* passou a ser um importante instrumento de limitação do poder do Estado, garantindo-se liberdade às pessoas.

Na Constituição Brasileira de 1988, há previsão expressa do referido princípio, conforme se observa no inciso LIV do art. 5º, que reza: "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*".

O referido princípio é norma estruturante da qual decorrem outros princípios, previstos na Constituição, podendo-se citar a título exemplificativo: a garantia de juiz natural (art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (art 5º, LIII), a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação e publicidade das decisões judiciais (art. 93, IX), e ainda outros princípios não previstos na Constituição como o duplo grau de jurisdição, o da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em relação ao princípio do devido processo legal, observa-se que este possui duas faces, quais sejam: a) o processual que exige o respeito a um conjunto de garantias processuais para que sejam realizadas medidas restritivas de direitos e; b) material que consiste em um meio de proteção dos direitos e das garantias fundamentais materiais, exigindo-se o atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (CARDOSO, 2012, p. 65)

A concretização de um Estado Social e Democrático de Direito, que tem como ponto fulcral a dignidade da pessoa humana, exigindo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de modo a proteger o ser humano. (LIBERATI, 2013, p. 74)

Desta forma, a hermenêutica constitucional passa a receber novos contornos interpretativos, destacando-se a evolução da filosofia e da interpretação constitucional.

Esta influência possibilitou uma nova releitura do devido processo legal, passando-se a exigir que o referido princípio não tenha sua interpretação restringida à um processo devido em seus termos formais, exigindo-se uma reflexão mais apurada, passando-se a exigir a existência de um processo justo (GAVIORNO e GONÇALVES, 2006, p. 172).

Ou seja, como bem esclarecem os supramencionados autores passa-se a considerar que o devido processo legal consiste em uma garantia destinada a realizar um processo com decisões mais efetivas, adequadas e justas.

Nos países anglo-saxônicos (que adotam a *common law*), além da expressão *due process*, observa-se um termo distinto, qual seja, o *fair trial*, que corresponde à um ideal de julgamento justo, equitativo. Este ideal possui previsão no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

> *Artigo 6º*
> *Direito a um processo equitativo*
> 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Como bem esclarece Cardoso (2012, p. 67-68), na prática brasileira, nem sempre é feita a distinção entre o devido processo legal e processo justo[1], sendo pertinente destacar diferenças entre ambos, os quais possuem momentos históricos, sociedades e culturas diversas.

Theodoro Junior (2010, p. 66) esclarece que o devido processo legal possui um escopo de coordenar e delimitar os demais princípios que formam o processo e o procedimento, inspirando e tornando realizável a harmonização dos princípios de direito processual. Contudo, prossegue o autor (p. 68), distinguindo o processo justo do devido processo legal: "*O moderno*

[1] Observa-se, a título de exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, proferiu julgamento no Habeas Corpus nº 111.582/PR, como se o processo justo fosse uma espécie de característica do devido processo legal, como se observa em trecho da ementa a seguir: "*(...) É que o processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal. (...)*"

processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental, como na formulação substancial dos provimentos decisórios."

Ou seja, observa-se que o processo justo está carregado de uma carga axiológica, possibilitando a interpretação de enunciados que antes não eram previstos no devido processo legal, como o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04).

Nestes termos, não se pode aceitar como justo, qualquer processo meramente regular no plano formal. Assim, Trocker (2001, p 383-384 apud Theodoro Junior 2010, p. 66) aponta que o processo justo deve ser interpretado como aquele que "se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição."

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 616-617), a Constituição, em seu art. 5º LIV, apesar de mencionar o devido processo legal, tem por objetivo proteger o processo justo. Assim, afirmam que a interpretação constitucional exige um modelo processual típico de um Estado Democrático de Direito, onde o Estado exerce a função de auxiliar na prestação da tutela efetiva dos direitos.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 619), ainda reforçam que o novel princípio da cooperação, previsto expressamente no art. 6º, do novo Código de Processo Civil, assim como o dever de prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva consistem em elementos do conteúdo mínimo essencial do processo justo, o qual pressupõe que as partes atuem "(...) com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante o juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação da coisa julgada."

O que se observa é que da mesma forma que o devido processo legal ampliou a noção de *law of the land*, o processo justo tem por objetivo ir além do devido processo legal, alargando o campo de proteção, especialmente com contornos axiológicos, decorrentes da interpretação neoprocessual (art. 1º do novo CPC) e com base na filosofia constitucional moderna.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Depois de quase cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, a partir da apresentação do Anteprojeto por uma comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, o

Projeto do Código de Processo Civil foi aprovado e sancionado, tornando-se a Lei n. 13.105, de 16.03.2015, publicada em 17.03.2015, com vigência inicial para 17 de março de 2016 (artigo 1045, do CPC).

O Código de Processo Civil de 2015 traz em seu conteúdo, diversas novidades possuindo, como um dos critérios estruturantes, o reforço à instrumentalidade do processo, ou seja, fazer com que o processo deixe de ser somente um meio para a realização do direito material, mas também, um instrumento para a prevalência da cooperação processual.

Algumas destas ideias já foram trazidas à lume no capítulo anterior, podendo ser observadas logo nos primeiros dispositivos do novo Código, o qual prevê o ideal neoprocessualista logo em seu art. 1º: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

Ademais, o art. 6º,também traz novidade, prevendo o princípio da cooperação processual, princípio estruturante do processo justo, ao prever: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

Segundo Humberto Theodoro Junior (2015, p. 258):

> A correção normativa que se extrai da comparticipação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatalistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé. Nestes termos, não é possível mais ler, sob a égide do Novo CPC, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual (que advoga o protagonismo do Estado-Juiz tão somente na aplicação do Direito).
> É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência.

Seguindo os ensinamentos do referido autor, o novo Código de Processo Civil visa efetivar o direito fundamental das partes a participar do provimento jurisdicional a que se submetem.

Em um processo colaborativo, as partes agem orientadas por interesses, mas limitadas ao seu papel já descrito em lei, sendo que todas as partes possuem funções diferentes dentro de um mesmo processo, contudo visam algo em comum: o provimento jurisdicional.

Para que isso ocorra de forma real e concreta, o novo Código de Processo Civil arrola um conjunto de elementos que fomentam o diálogo, tornando possível a colaboração, tais como: a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões e o formalismo democrático.

Tais medidas trarão maior funcionalidade ao processo uma vez que:

> de um lado, cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade (com a prevalência do julgamento do mérito) com idas e vindas decorrentes, por exemplo, da esperteza dos advogados ou da negligência do juiz ao analisar argumentos essenciais para o deslinde correto do caso. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 99).

A novidade então está na releitura desses dogmas, tornando-os definitivamente efetivos, passíveis de realização no caso concreto, pois os envolvidos no processo estão mais próximos, sendo então, elevado "o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo" (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 198).

3. A FIGURA DO JUIZ NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo propõe Ferraz (1994), a posição de imparcialidade do Poder Judiciário funda-se na necessidade de neutralizá-lo politicamente, impedindo-o de atuar como produtor de normas jurídicas e assim garantir a igualdade.

Desta forma, os liberais defendem tal neutralização, uma vez que assim o juiz estaria impedido de fazer a justiça substancial, simplesmente aplicando a lei ao caso concreto, tornando a ciência jurídica, numa espécie de ciência exata, como se a lei se encaixasse pura e simplesmente ao caso concreto. Essa atitude, na forma como querida e esperada pelos liberais realiza a justiça do ponto de vista formal, pois a aplicação da lei ao caso concreto de forma igualitária, sem a observância das peculiaridades de cada caso concreto faria com que todos tivessem o mesmo tratamento.

Todavia, o juiz atuante em um Estado Democrático de Direito, não é, e não pode ser um juiz formalista, mero subsuntor na norma ao caso concreto e sim, um juiz atuante em conjunto com as partes e concretizador do ordenamento constitucional.

Contudo, o modelo liberal pautou e ainda pauta a atuação judicial, limitando o juiz ao simples arbitramento do conflito instalado entre particulares.

Na visão de obras dos eminentes processualistas como Daniel Mitidiero (2011), de José Roberto dos Santos Bedaque (2006), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira *et* Daniel Mitidiero (2010) e Cassio Scarpinella Bueno (2011) esse modelo de atuação judicial tem como principal característica a observância do princípio do devido processo legal de maneira inflexível, concretizando-se no apego ao formalismo processual exacerbado.

Esse entendimento deve ser recusado na medida em que o formalismo se apoia modernamente em seu conteúdo substancial, ou seja, a forma deve ser entendida considerando a sua substância. Assim, valora-se a forma como meio de realização efetiva dos princípios constitucionais do processo, tomados como um sistema de proteção às partes e de realização fática do seu direito material.

Era então necessária a revisão dos dogmas da preclusão processual, do princípio da demanda (decompondo-o em duas faces: processual e material), nas quais o juiz deve efetivamente, inspirado pelo princípio da colaboração (cooperação), durante a instrução processual, colocar-se em diálogo constante com as partes (inclusive auxiliando-as). Se assim fizer, o juiz realizará em toda sua amplitude o princípio do contraditório[2] no sentido de que possam as partes ajudar na formação do convencimento do juízo.

Necessária também era a revisão da ideia de imparcialidade, desfazendo-se a confusão com o conceito de neutralidade, judicial, na medida em que o juiz deve-se colocar como presidente do processo, atuando em conjunto com as partes para a concretização do direito material, como proposto no *inquisitorial system*. Para Fredie Didier Junior (2011, p. 209) "*tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será."*

Na mesma esteira cumpre mencionar os dizeres do professor Eduardo Cambi (2001, p. 159) para o qual:

> Nos países europeus que seguem a tradição do civil law, a consagração do direito à prova é uma conquista recente que decorre principalmente do pós-guerra, com a previsão de garantias processuais em documentos internacionais sobre direitos humanos e com a constitucionalização dessas garantias, o que tem possibilitado uma releitura do direito processual civil à luz das respectivas Constituições e tratados de direito internacional.

Com isso, o novo Código de Processo Civil faz essa revisão e entrega o poder de direção do processo ao juiz, o qual não mais poderá se apegar a um procedimento enrijecido, cujos desdobramentos muitas vezes dificultarão o acesso ao direito material e, consequentemente, às garantias fundamentais.

[2] este sendo visto como contraditório que de fato permita a atuação das partes e a sua influência no resultado do processo

4. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E SUA RELEVÂNCIA PROCESSUAL

Sabe-se que, para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º do CPC/73 e art. 17 do novo CPC).

José Roberto dos Santos Bedaque (1991, p. 48-66), relata que existem duas tendências na doutrina a respeito dos pressupostos processuais. A primeira tendência inclui nos pressupostos processuais todos os requisitos necessários ao nascimento e desenvolvimento válido e regular do processo, podendo ser objetivos ou subjetivos. Os pressupostos objetivos subdividem-se em positivos (petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental) e negativos (litispendência, coisa julgada e perempção).

Já os subjetivos dizem respeito ao juiz (investidura, competência e imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória).

Importante salientar que novo Código de Processo Civil não está mais prevista a clássica divisão entre as condições da ação e os pressupostos processuais.

Nesse sentido, defende Fredie Didier Junior (2011, p 198): "*Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito 'condições da ação*'. A legitimidade para a causa e o interesse de agir passaram a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

A lei dispõe que o juiz diante de uma petição inicial deve realizar a análise dos pressupostos processuais antes de recebê-la e determinar que se aperfeiçoe a relação jurídica processual através da citação. Neste momento, caso o juiz verifique que algum ou alguns dos pressupostos estejam ausentes, determinará que o autor da demanda proceda a emenda à inicial, na forma do artigo 321 do CPC/15.

Caso o autor não atenda a determinação judicial, a petição inicial será indeferida e o processo será extinto sem resolução de mérito. Essa é a previsão do artigo 485, IV do CPC/15.

Neste ponto, o Código de Processo Civil é lógico e racional, uma vez que a ausência de qualquer dos pressupostos processuais induz a extinção do feito sem resolução de mérito, ou seja, a pretensão do autor, não será analisada justamente pelo fato dele não ter preenchido os pressupostos necessários para a instauração e desenvolvimento regular da demanda.

Havendo esse tipo de extinção, a consequência para o autor, em tese, não é tão drástica, uma vez que ele poderá regularizar os requisitos ausentes ao ingressar em juízo com uma nova demanda, para então ver sua pretensão de direito material analisada pelo julgador.

Contudo, deve-se salientar que apesar de possível, a extinção do processo sem a resolução do mérito não é desejável, sendo mais adequado, de acordo com o princípio da

cooperação (art. 6º, CPC/15), do princípio do aproveitamento dos atos processuais (art. 283, CPC/15), constituindo um dever do juiz a adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo (GUTIERREZ, 2001, p. 10).

O inciso V do artigo e 485 do CPC/15 dispõe que o feito será extinto sem resolução de mérito quando o juiz *"reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada"*.

A ressalva está prevista no art. 486, do CPC/15, na qual a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação, salvo quando o feito era extinto por perempção, litispendência ou de coisa julgada. Do CPC/73 para o atual, apenas em caso de perempção e coisa julgada é que a demanda não pode ser intentada novamente, incluindo-se então a possibilidade de nova demanda pela qual a anterior foi extinta sem resolução de mérito por litispendência.

Esta hipótese está prevista em lei de forma lógica e racional, pois impede que o autor intente a mesma ação pela terceira vez, considerando que o autor já obteve ou está em vias de obter sua pretensão de mérito analisada, nas hipóteses previstas no art. 487 do CPC/15.

Tal medida está de acordo com o princípio da segurança jurídica e com a segurança das decisões judiciais, porque permitir à parte propor nova ação tentando desfazer algo já decidido ou obter duas ou mais decisões diferentes por juízos diferentes, desafia a segurança jurídica.

Outrossim, para desfazer uma decisão de mérito já transitada em julgado, ou seja, na qual se esgotou a possiblidade da interposição de recursos, a própria lei processual civil prevê o instituto da ação rescisória, sobre a qual ensina Elpídio Donizetti (2010, p. 691):

> A ação rescisória, a par dos recursos, constituiu meio de provocar a impugnação e o consequente reexame de uma decisão judicial. Difere, entretanto, dos recursos, porquanto esses se desenvolvem dentro da mesma relação processual, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão recorrida, ao passo que a ação rescisória visa à desconstituição da coisa julgada material, o que pressupõe relação processual extinta e propositura de nova ação, instaurando novo processo.

A adoção de um instrumento restrito para a desconstituição de decisões judiciais é meio apto para a estabilidade do sistema jurídico e para a sociedade como um todo, tendo por consequência o aumento da confiança no Poder Judiciário como instituição sólida e cumpridora dos ditames do Estado Social e Democrático de Direito.

5. O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA O EXAME DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Após este adendo acerca da segurança das decisões judiciais, passa-se ao exame da questão sobre o momento processual no qual deve ser realizada a análise dos pressupostos processuais.

Pela própria terminologia da palavra parece se deduzir que o exame dos pressupostos processuais deve ser realizado logo no início, ou seja, assim que a demanda é ajuizada e a petição inicial é levada ao conhecimento do juiz para que seja apreciada.

Assim entende Bülow (2005), pois para ele, a relação jurídica de direito processual apenas se forma se houver o preenchimento dos pressupostos processuais.

Outrossim, esta relação é antecessora e necessária à apreciação da relação de direito material, ou seja, a pretensão de direito material apenas será analisada caso a relação de direito processual seja perfectibilizada.

Tal entendimento remete ao Direito Romano, no qual o processo era divido em duas fases, a do *in iure* e a do *in iudicium*, em que na primeira fase o pretor procedia a análise dos pressupostos processuais para determinar a existência de um processo.

Caso preenchidos os pressupostos, o pretor concedia a *actio* formando a relação jurídica processual e a partir de então as partes delimitavam a controvérsia iniciando-se a segunda fase do processo no Direito Romano.

Superada esta fase, que foi de curta duração até mesmo no Direito Romano, a evolução do direito como um todo permitiu a também evolução do processo e entendimento de que as duas fases na verdade não podem existir ou até mesmo esta dualidade de fases não pode ser chamada de processo.

Com isso tem-se que se análise dos pressupostos deve ser realizada assim que a parte autora ajuíza sua pretensão perante o Poder Judiciário, ou seja, na primeira oportunidade que tem o juiz, qual seja, ao formular o "despacho inicial", que consiste em uma decisão interlocutória, em que o juiz, além de determinar a citação do réu e assim angularizar e formar a relação jurídica processual, deve antes verificar se a pretensão processual do autor pode *existir* e ser *válida*.

Todavia esta não é a prática de boa parte do Judiciário brasileiro, pois a análise da petição inicial é geralmente classificada como despacho de mero expediente, não havendo uma análise mais apurada dos pressupostos processuais no momento correto.

Assim a petição inicial é recebida, a citação determinada, formando-se a relação jurídica de direito processual, restando a análise do preenchimento dos pressupostos processuais para o momento do "despacho saneador". Essa sequência seria a previsão para o procedimento comum, que consiste na regra geral do CPC/2015.

Aqui se estabelece um ponto crucial, sendo pertinente questionar: qual seria o momento ideal para análise dos pressupostos processuais? Como defende Luiz Guilherme Marinoni (2008), o melhor momento consiste no início do processo ou até o despacho saneador. Entendem os referidos autores que a análise dos pressupostos deve ser realizada em momento em que o juiz ainda não tenha condições de definir o mérito, pois se ele já teve elementos para tanto, a questão da análise dos pressupostos torna-se meramente um dogma, uma questão meramente formal e definitivamente, a forma pela forma pura e simplesmente não se justifica.

Seguindo esse entendimento é possível constatar casos em que é possível ocorrer o transcurso do procedimento até o momento de proferimento de sentença, mas que, no momento em que é examinada a matéria fática, verifica-se a ausência de um ou alguns pressupostos processuais. Ou seja, o que se constata é que há ocasiões em que o juiz consegue enxergar o mérito, visualizando que a parte é a detentora do direito material, de tal forma que o não preenchimento dos pressupostos processuais pode causar prejuízo à mesma.

Nestas circunstâncias, parece que a melhor solução deve ser aquela em que o juiz entrega a prestação jurisdicional, porque a ausência do pressuposto causa prejuízo apenas à relação de direito processual, não atingindo a pretensão de direito material.

Posto dessa forma é que entendemos o porquê de os pressupostos processuais terem de ser analisados *ab initio* pelo juiz ou no mais tardar quando da decisão saneador, pois, nessas fases, o direito material ainda não é concreto, visível. Passada esta fase, tal análise se trata apenas de uma questão formal.

Na tentativa de demonstrar que a análise tardia dos pressupostos processuais pode não ser mais tão útil ao julgamento da demanda, propõe-se o exame de uma situação concreta e que, apesar de parecer muito simples, no presente trabalho apresenta relevância pelo seu caráter meramente exemplificativo, podendo, até mesmo encontrar algumas semelhanças na realidade do cotidiano forense.

Supondo que uma ação de cobrança seja proposta no juízo comum por uma pessoa sem o intermédio de um profissional devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, sem um dos pressupostos processuais de validade, qual seja, o da capacidade postulatória.

Considerando, que a inicial seja recebida e o réu seja citado, respondendo ao pedido do autor na forma de contestação, deixando de formular alegações acerca da ausência de capacidade postulatória do autor.

Contudo, no momento da especificação das provas, ambas as partes postulam o julgamento antecipado da lide, por se tratar de uma demanda única e exclusivamente de direito, sem a necessidade de dilação probatória.

O juiz, ao se deparar com o processo já em fase de julgamento, quando havia constatado que o autor possuía o direito ao crédito em face ao réu, percebe também, a ausência do referido pressuposto processual de validade.

Diante de tal situação o juiz tem dois caminhos: pode reconhecer a ausência do referido pressuposto processual e extinguir o feito sem a análise do mérito, na forma do art. 485, IV, do novo Código de Processo Civil; ou julgar o mérito ante a verificação de que o direito postulado pelo autor lhe pertence, reconhecendo que embora ausente um pressuposto processual, com a instauração da demanda, o exercício do contraditório e da ampla defesa demonstrou que o autor é detentor do direito material de crédito nascido da relação entre autor e réu.

Neste ponto, é essencial que o juiz também sopese uma outra questão: caso adote o primeiro caminho, o da extinção sem resolução de mérito, deve estar ciente de que o autor poderá reiterar a demanda e caso isso se dê na mesma comarca, o feito será distribuído ao Juízo que extinguiu o feito sem resolução de mérito, por força do art. 286, II, do CPC/15.

Nesse sentido, o juiz, também por uma questão de economia processual poderá julgar a demanda, pois tem ciência de que o autor poderá e provavelmente proporá nova ação com o mesmo pedido da ação anterior.

Julgando o mérito, o juiz verifica que a ausência da capacidade postulatória do autor em nada afetou a relação jurídica de direito processual, uma vez que o autor realmente tinha o direito ao crédito contra o réu. Esta circunstância gerou a necessidade de que o autor/credor buscasse, perante o Poder Judiciário, o valor devido.

Na defesa desta questão, como já mencionado, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 480) aduz que:

> (...) diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um "pressuposto processual" só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para extinção do processo.

Outrossim, aquele juiz que optou por julgar, reconhece acima de tudo, que a análise dos pressupostos processuais deve ser realizada no início da demanda ou até o momento em que não tenha sido possível a constatação do direito material posto em causa.

Ultrapassada esta fase, é até mesmo uma atitude extemporânea, em desconformidade com os princípios do aproveitamento dos atos processuais e da cooperação processual, extinguir um processo sem resolução do mérito e não admitir que a análise dos pressupostos processuais não foi realizada no momento correto, pois houve um grande desgaste para ambas as partes, ao propor a demanda, apresentar resposta, comparecer às audiências, produzir provas, enfim, uma série de atos que exigem tempo das partes e de seus patronos. E mais, a ausência do pressuposto processual nesta fase traria grave prejuízo ao autor, que tem direito a ver o réu/devedor condenado ao pagamento de quantia devida e não paga.

Ademais, o réu também pode ter prejuízo em razão da incidência, de correção monetária, de juros de mora, ou ainda, porque terá de contratar advogado para defende-lo uma segunda vez.

Desta forma, verificada a ocorrência de prejuízo tão somente à parte que terá seu pedido de mérito julgado procedente, a extinção do feito sem resolução do mérito pela ausência de pressuposto processual é medida retrógrada, desnecessária e contrária aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, bem como aos ditames da teoria processual civil moderna.

CONCLUSÃO

Observa-se que o novo Código de Processo sustenta uma nova ideologia a ser implantada no processo civil brasileiro.

À frente do processo deverá estar um juiz atuante, que preside um processo no qual todos os envolvidos (partes, advogados, ministério público, serventuários e auxiliares) tenham o mesmo objetivo: uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e justa.

Esta prestação, sob a perspectiva de um processo justo deve ter por objetivo ir além do devido processo legal, alargando o campo de proteção, especialmente com contornos axiológicos, decorrentes da interpretação neoprocessual (art. 1º do novo CPC) e com base na filosofia constitucional moderna.

Ademais, tem-se que pelas razões expostas os pressupostos processuais e a cognição se relacionam na medida em que a análise dos pressupostos é objeto da cognição judicial. A partir desta premissa, vê-se que ao se deparar com uma demanda, o juiz deve proceder a análise

dos requisitos de existência e validade processual para então receber a inicial e determinar o processamento do feito.

Pode se perceber que se a análise dos pressupostos processuais não for realizada logo na primeira oportunidade ou, no mais tardar, ao proferir despacho saneador, serão gerados prejuízos às partes e ao processo como um todo.

Portanto, com base no princípio da cooperação, é importante que o juiz contemporâneo esteja mais "próximo" às partes e ao cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, abandonando a antiga ideia de que a análise aferrada dos pressupostos processuais é medida essencial e que pode ser feita a qualquer hora.

O que se pode perceber é uma flexibilização da doutrina no sentido de modernizar a relação jurídica processual e entender que, embora se tratem de relações distintas, o processo é um instrumento para a busca do direito material.

Com isso não se pretende um total abandono ou repúdio à forma, e sim, que a forma tenha uma justificativa. O direito material antecede o direito processual e é por este pressuposto que a forma deve ser guiar. Caso contrário, a autonomia em demasia cria exigências que não se justificam.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional:* A utilização racional dos poderes do Juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo:* Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual.* São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

_____. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui %C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:* Teoria Geral do Direito Processual Civil. 5. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2011.

BÜLOW, Oscar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil.* 1. ed. v. 3. São Paulo: Revista Tribunais, 2001.

CARDOSO, Oscar Valente. Direitos fundamentais do processo : devido processo legal e devido processo justo. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 117, pp. 61-71, dez. 2012.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos Processuais e dos Requisitos Processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Os Três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 198, ano XXXVI, pp. 213-225, ago. 2011.

_____. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 197, ano XXXVI, pp. 258, jul. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*. São Paulo: Universidade de São Paulo, n. 21, pp 12-21, 1994.

FRANCO, Marcelo Veiga. *O Processo Justo Como Fundamento da Legitimidade da Jusrisdição*. Dissertação. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. 197 p.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro e GONÇALVES, William Couto. O devido Processo Legal e o Processo Justo. *Revista Depoimentos:* Revista de Direito das Faculdades de Vitória. Vitória: Fundação Boiteux, n. 10, pp 171-196, jan./dez., 2006.

GUTIERREZ, Cristina. Dever Judicial de Adequação do Procedimento à Pretensão Deduzida em Juízo. *Revista da EMERJ*. v. 4, n. 13, pp. 107-116 2001.

JOLOWICZ, John Anthony. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil:* Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil:* Teoria Geral do Processo Civil e parte geral do Direito Processual Civil. v. 1, São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo.* Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo _no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em 30 de maio de 2016.

REICHELT, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 234, pp. 77-97, ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, n. 01, v. 2, pp 64-71, jan./jul. 2010.

_____; NUNES; Dierle; BAHIA; Alexandre Melo Franco; et al. *Novo CPC:* Fundamentos e Sistematização – Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, n 06, pp. 36-41, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.