

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MATEUS NETTO COELHO**

**A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL:
uma abordagem da primazia do julgamento do mérito sob a luz do
formalismo-valorativo**

**Juiz de Fora
2017**

MATEUS NETTO COELHO

**A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL:
uma abordagem da primazia do julgamento do mérito sob a luz do
formalismo-valorativo**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação do Prof. Dr.
Márcio Carvalho Faria.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MATEUS NETTO COELHO

A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL: uma abordagem da primazia do julgamento do mérito sob a luz do formalismo-valorativo

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Esp. Mônica Barbosa dos Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Esp. Natália Cristina Castro Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017

Dedico este trabalho aos meus pais,
Flávio e Ana Cláudia, pelo constante
apoio e amparo na construção do que sou
e do que serei.

Agradeço à Universidade Pública do nosso país, que precisa ser defendida por nós a cada dia.

RESUMO

Este trabalho possui o escopo de analisar a controvérsia sobre a falta de comprovação pelo autor do interesse processual aduzido em sua peça de ingresso, evidenciada após a fase instrutória da ação. Nesse sentido, busca-se responder se seria mais adequada a extinção do processo sem resolução de mérito pela falta de pressuposto processual ou seu julgamento com apreciação do mérito, adotando-se a teoria da asserção. Para tanto, traça-se breve histórico quanto às fases de compreensão do processo civil, bem como às concernentes acepções pública e privada, analisando-se o que defendem estudiosos da área e como o Superior Tribunal de Justiça tem decidido sobre a controvérsia. Concluiu-se, por fim, ser mais adequado o julgamento de mérito, considerando a sistemática atual do processo civil e o atendimento a sua finalidade pública, buscando a pacificação social e a distribuição da justiça.

Palavras-chave: Processo civil. Teoria da asserção. Interesse processual. Formalismo-valorativo. Finalidade pública do processo.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour but d'analyser la controverse de l'absence de preuve par l'auteur de l'intérêt à agir rapporté dans la pétition initiale, aperçue après l'instruction de l'action. En ce sens, on cherche à répondre s'il serait plus approprié l'extinction du procédure sans résolution du mérite, par l'absence d'intérêt à agir, ou le jugement avec appréciation du mérite, en appliquant la théorie de l'assertion. À cette fin, on fait une concise reconstitution historique de les étapes de la compréhension du procédure civile et de ses significations privée et publique. De la même façon, on analyse ce que les chercheurs du domaine de la connaissance défendent et comment la Cour Supérieure de Justice a décidé a ce sujet. Finalement, on a conclu que le jugement du mérite était plus approprié du point de vue de la systématique actuelle du procédure civile et de la compréhension de son objectif public, en vue de la la pacification sociale et de la répartition de la justice.

Mots clefs: Procédure civil. Théorie de l'assertion. L'intérêt d'agir. Formalisme-valoratif. Finalité publique du procédure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CPC	Código de Processo Civil de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 2013
STJ	Superior Tribunal de Justiça
REsp	Recurso Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO	12
1.1 - Do Processo inerente ao Estado Democrático de Direito: o Processo Constitucionalizado	12
1.2 - Das concepções privada e publicista do processo.....	18
2 – ACEPÇÕES INERENTES AO FORMALISMO-VALORATIVO	26
3 - DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS	28
3.1 - Dos princípios da eficiência e da efetividade.....	28
3.2 - Do princípio da duração razoável do processo:	30
3.3 - Do princípio da primazia do julgamento do mérito	32
4 – DO INTERESSE PROCESSUAL.....	35
5 - DA TEORIA DA ASSERTÇÃO.....	39
6 – DAS DECISÕES DO STJ SOBRE A AVERIGUAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL SOB A ÉDICE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	43
6.1 – Do Recurso Especial nº 1.314.946/SP	44
6.2 – Do Recurso Especial nº 1.431.244/SP	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), a *primazia do julgamento do mérito* passou a ser vista com maior centralidade e importância. Tal princípio se evidencia, por exemplo, pelos artigos 4º e 6º do referido diploma legal, no que afeta às suas disposições gerais. Não obstante, o novo sistema processual integra à sua organização tal preceito, como na sistemática das nulidades, oportunidade em que o legislador, em atenção também ao corolário *pas de nullité sans grief*, dispôs no art. 488 da lei processual que o juiz decidirá o mérito da lide caso seja favorável à parte que se beneficiaria da extinção do processo, desde que possível.

Ao se perquirir, interpretar e compreender obras e decisões vislumbradas no âmbito jurídico brasileiro, percebe-se que vem sendo difundida e defendida, destarte, a necessidade de se buscar o julgamento do processo em seu conteúdo, ou seja, a primazia do julgamento do mérito, de modo a dar sentido prático ao acesso à justiça e garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Tudo isso ao se considerar o momento atual da acepção do processo constitucionalizado como essencial para a concretização dos direitos, mostrando-se importante a realização de uma digressão histórica do processo compreendido desde a lógica da argumentação aristotélica até o *neoprocessualismo*.

Igualmente relevante mostrou-se, ainda, a acepção da necessidade de se valorizar a busca da extinção do processo pelo julgamento de mérito a partir da atual concepção pública do processo, isto é, do processo civil como essencialmente voltado à distribuição da justiça material e da concretização dos direitos fundamentais, de modo a se constituir como instrumento fundamental do Estado Democrático de Direito. Propõe-se, portanto, no presente trabalho, uma breve leitura das compreensões públicas e privadas do processo ao longo da história do mundo ocidental, sem pretensão de esgotar as discussões acerca do tema.

Mudança notável, dessa forma, pôde ser percebida quanto à análise da legitimidade no processo civil, de modo que, com o fim das *condições da ação* existentes no *Código de Buzaid* - Código de Processo Civil de 1973 - e assunção do sistema dos *pressupostos processuais*, a legitimidade ordinária passou a ser matéria inerente ao mérito do processo nas lições de autores como Fredie Didier Jr.¹, sendo de mérito a decisão que a

¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 17ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 356-357.

analisa. Aplica-se, desse modo, a *teoria da asserção* ou *prospettazione*², pela qual a verificação dos pressupostos processuais dispensaria prova em juízo, de maneira em que a análise preliminar do tema cinge-se ao que foi alegado pelo postulante quando da petição inicial, isto é, *in statu assertionis*, presumindo-o como verdadeiro.

Há dissenso maior, no entanto, ao se tratar do interesse de agir, oportunidade em que, por exemplo, Fredie Didier Júnior não adota a teoria da asserção. Sustenta, noutro giro, que ela seria aplicada apenas no momento inicial do processo, quando do recebimento da petição inicial, isto é, na fase postulatória, mas não após a instrução processual. Neste momento, ainda segundo Didier Jr., quando se evidenciasse a não comprovação do interesse de agir narrado pelo autor, dever-se-ia extinguir o processo sem resolução de mérito em vista da ausência do pressuposto processual³. É sobre esta controvérsia que se propõe a discussão neste trabalho, de modo que se fará um recorte específico no que afeta ao interesse processual.

Como exemplo, tome-se o caso em que um professor municipal do Ensino Fundamental busca, por meio de um processo judicial, a adequação de sua carga horária de trabalho segundo o estabelecido na Lei Federal que regula sua carreira, qual seja, Lei nº 11.738/08, aduzindo que a municipalidade não respeita a jornada extraclasse mínima⁴. A petição inicial seria recebida e a requerida seria citada, *ex lege*, pois, em um primeiro momento, a atitude do município, narrada pelo postulante, aferir-lhe-ia o interesse processual compreendido *in statu assertionis*. No entanto, se ao fim da instrução processual, com ampla produção de provas, não for comprovado o descumprimento do que a legislação específica impõe, cabe uma indagação: qual seria a solução jurídica que melhor cumpriria a função do processo: o seu julgamento sem resolução do mérito pela vislumbrada ausência do interesse processual, ou a decisão de improcedência, isto é, com análise do mérito do processo, considerando, por exemplo, a sistemática da distribuição legal do ônus probatório, compreendida pelo art. 373 do CPC, de modo a produzir coisa julgada material? Esclarecer essa pergunta, portanto, mostra-se como um importante exercício, tendo como fundo os princípios basilares do processo civil pátrio e considerando questões concretas no âmbito jurídico.

² Nessa linha, quanto à legitimidade, militam os professores Fredie Didier, Alexandre Freitas Câmara e Luiz Guilherme Marinoni. Sobre o tema, remete-se ao capítulo 5 – *Da Teoria da Asserção* no presente trabalho, no qual se propõe sua análise.

³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 367-368.

⁴ A Lei nº 11.738/08 dispõe em seu artigo 2º, §4º, que “na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos”, de modo que inúmeros professores buscaram judicialmente a garantia de que, no mínimo, um terço de sua carga horária de trabalho semanal seja destinada a atividades de planejamento e similares, sem contato direto com os educandos.

Outro exemplo é a cobrança de alugueis pelo locador face ao locatário adimplente. Vivenciada tal situação, apresenta-se a pergunta: comprovado o pagamento pelo requerido ou ilidida a inadimplência pelo réu, seria caso de resolução do mérito pela improcedência do pleito exordial ou de extinção sem resolução de mérito pela evidenciada perda do interesse de agir processual, já que sem inadimplência, não haveria interesse quanto à ação de cobrança?

Ressalte-se que não se comentam hipóteses de perda superveniente de interesse, pois não há alteração nas condições desde o início da relação processual. Cinge-se, sumariamente, a presente pesquisa, à discussão da falta de comprovação do interesse alegado na petição inicial pelo postulante.

Dessa forma, mostra-se importante analisar os argumentos utilizados por alguns dos principais doutrinadores pátrios da área sobre o tema, vislumbrando-os sob a ótica do formalismo-valorativo, bem como verificar como os Tribunais Superiores vêm sedimentando a temática após a vigência do CPC, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), haja vista sua importância quanto à uniformização da interpretação atribuída pelos julgadores às previsões legais. Busca-se, assim, verificar qual a solução jurídica vem sendo construída na jurisprudência brasileira quanto à questão, o que se revela importante, sobretudo, considerando a força dos precedentes judiciais na nova sistemática do processo civil, analisando-a sob o prisma da concretização da função do processo na atualidade.

Prossegue-se, desse modo, à exposição acerca da evolução histórica do processo, sem a pretensão de se mostrar um tratado histórico, nem mesmo de se esgotar o tema, mas tão brevemente realizar um traçado de sua historicidade que, para este trabalho, considera-se apropriado.

1 – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO

Dentre as diversas modalidades que se mostram para iniciar reflexões acerca do tema proposto, considera-se relevante apresentar uma breve análise histórico-evolutiva da sistemática processualista no mundo ocidental. É imperioso abrir-se à percepção de que, para compreender o Processo hodierno, é necessário assimilá-lo no contexto da sociedade em que está inserido, apresentando-se como instrumento apto para suprir seus anseios de justiça.

1.1 - Do Processo inerente ao Estado Democrático de Direito: o Processo Constitucionalizado

Por meados do século XIII até o final do século XVII, o que havia de mais próximo de uma ideia de *processo* era a forma de aplicação judicial do direito, o que se dava sob uma perspectiva aristotélica da argumentação. Entendia-se fulcral a igualdade entre os agentes processuais, entre as partes e o juiz, sendo o objetivo de todo o percurso a efetivação de um direito material, pouco importando o processo em si, de modo que o mesmo se consistia apenas em *praxe judiciária* e, assim, ausente qualquer regulação do procedimento pelo Estado⁵.

Dos idos do século XVIII, evidencia-se a visão encartada por clássicos, das quais se destaca a obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, pela qual existia a prevalência do “sentido formal” da lei. Assim, concluía-se que o julgador exercia papel de mero aplicador da norma já pronta, acabada e definida no texto da lei, sendo-lhe permitido apenas reproduzir o texto legal, e não interpretá-lo.

Não era conferido ao juiz, naquela concepção, criar novos direitos, mas tão somente servir como a *boca da lei*, sob a certeza de que o direito era, *in totum*, extraído da lei e dotado de certeza. Nesse diapasão, dizia-se que o *poder de julgar* era, em bem da verdade, um *poder nulo, en quelque façon, nulle*⁶.

O processo era visualizado sob uma ótica liberal, de modo que o juiz passa a ter papel distinto das partes, sendo-lhe devida postura completamente passiva face ao que os litigantes determinavam como o curso da atividade processual, tanto no aspecto material – sendo-lhe vedada a interpretação da lei – quanto no formal, reduzidos seus poderes de direção

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

⁶ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172.

do processo. “O processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples *forma* de resolução de conflitos, mera sequência ordenada de atos. Confundia-se *processo* com *procedimento*”⁷.

Tal compreensão deve ser vista considerando o momento histórico em que se inseria a sociedade, compreendido mormente em seus aspectos político e civilizatório, de modo que se vislumbra o positivismo jurídico como extrato do crescimento do Estado Liberal, de modo que limitar o poder do juiz, agente estatal, à estrita reprodução do texto legal, tinha por escopo a proteção de todos os cidadãos, de modo equânime, *a priori*, face aos arbítrios do Estado, sobretudo em período de superação do Estado Absolutista francês e, por conseguinte, em toda a Europa.

A ingerência do jurista detinha, destarte, importante papel concernente à garantia da isonomia e das liberdades individuais, o que se via protegido pela compreensão do texto normativo legislado pelo parlamento como fonte central do Direito, de maneira quase exclusiva. Tal acepção também se destaca por não atribuir força normativa às Constituições, considerando-as simples programas e documentos de intenções políticas. Possuíam as Cartas, assim, papel meramente norteador à atuação do legislador, que poderia ou não seguir seus preceitos. Havia, portanto, absoluta adesão a um caráter jurídico *legicêntrico*, mantido fortemente edificado até meados do século XX⁸.

Compreendia-se, assim, que o Direito deveria zelar pela igualdade formal, de modo a neutralizar a tirania estatal. De fato, “a ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades”⁹.

As consequências do *positivismo jurídico* abarcavam a impossibilidade de os cidadãos exigirem direitos constitucionais, vez que não eram dotados de eficácia por si próprios, devendo estar previstos expressamente na lei infraconstitucional, o que “[...] implicava na (i) ausência de respeito às garantias dos grupos minoritários, eventualmente sufragados no processo legislativo; (ii) desconsideração de direitos fundamentais de proteção do cidadão contra o Estado etc”¹⁰.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 18.

⁸ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte: Fórum, janeiro, 2009, p. 96. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil_riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>, acesso em 05 nov 2017.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 42.

¹⁰ FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do Processo*. Revista Ética e Filosofia Política. Juiz de Fora -

A indicação do direito processual como autônomo do direito material, e não mais como simples apêndice deste, só começou a surgir no fim do século XIX, com a obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, de Oskar Bülow, datada de 1868. Iniciou-se a percepção de que a relação processual não se confundia com o direito material tutelado e buscado em juízo, haja vista a possibilidade de existência autônoma entre processo e direito material, conforme se vissem atendidos ou não os pressupostos processuais à época compreendidos¹¹.

Desenvolveu-se, a partir daí, uma nova fase metodológica conhecida como *conceitualismo* ou *processualismo*, pela qual se construiu efetiva separação entre o processo e o direito material, com vias à lapidação conceitual daquele¹². Ocorre que acabou por desenvolver a visão do “[...] processo como a medida de todas as coisas, a forma prevalecendo sobre o fundo”¹³, numa acepção de um formalismo exacerbado, desligado da realidade social da comunidade em que estava inserido o processo. Comprometia-se, assim, a própria finalidade do processo enquanto instrumento de realização da justiça a partir da concretização do direito material, o que se asseverava quando vislumbrada a rigidez do sistema, pois imaginavam os processualistas alemães da época estarem inaugurando uma ciência processual imune à evolução social e temporal, gerando um processo que não evoluía junto aos fatos sociais.¹⁴

Daí a razão pela qual o exacerbado conceitualismo levou igualmente à fuga da realidade social: se o direito não pertence à cultura, e pode ser teorizado no modelo epistemológico das ciências exatas, então os institutos de direito processual são invariavelmente institutos desligados da realidade social e válidos em qualquer contexto social.¹⁵

Ulteriormente, exibiu-se a ideia do processo enquanto mero instrumento de realização do direito material, fase conhecida como o *instrumentalismo*. No entanto, seguia o predomínio do positivismo, apesar de se passar a conferir um papel ativo ao juiz. Inseria-se, desta maneira, a jurisdição como papel central da teoria do processo, o que se viu, posteriormente, como inadequado, pois colocava o processo sob uma ótica unilateral, ignorando as essências participativa e democrática do direito contemporâneo¹⁶.

MG, UFJF, n. 15, v. 2, 2012, p. 104. Disponível em <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf>, acesso em 10 ago 2017.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 19.

¹² *Ibid.*, p. 19.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶ *Ibid.*, p. 20-22.

Apenas no período após a Segunda Guerra Mundial passou-se a uma modificação mais profunda da compreensão jurídica, sobretudo no que tangenciava ao valor das Constituições. Tal fenômeno foi definido por Luis Roberto Barroso como o surgimento do *sentimento constitucional*, pelo qual as Cartas passavam a serem vistas como consagradoras de conquistas e avanços de determinada sociedade¹⁷.

A aceção surgida neste momento superava a ideia de igualdade formal, posta à margem ao se afastar da compreensão utópica da sociedade uniforme, pois a vida em comunidade demonstrava sua pluralidade, com incontestável composição por pessoas e classes sociais distintas, com objetivos e demandas diferentes entre si. Não mais atendia à imagem de um Estado que ignorava as diferenças existentes entre seus sujeitos, passando-se a compreender que a busca pela garantia de uma *igualdade social* era essencial para que se efetivasse a liberdade e o desenvolvimento social de forma plena e eficaz¹⁸.

Suplantava-se, destarte, o *positivismo clássico*, o que passou a ensejar, no âmbito de cada Estado Soberano, o reconhecimento da força normativa da sua Constituição, a expansão da denominada *jurisdição constitucional* e o desenvolvimento de interpretação constitucional¹⁹, superando a perspectiva do papel automático e do poder nulo do julgador, até então sedimentado.

Passou-se a uma nova era teórica no âmbito do processualismo, surgindo teses de difícil delimitação, compreendidas em sede do denominado *neoconstitucionalismo*, articulando entre si os princípios norteadores de cada ordenamento jurídico, ponderando-os em prol da justiça particular, ao invés de simplesmente subsumi-los em vista da justiça geral, criando o papel mais ativo do Poder Judiciário e dotando a Constituição de valor relevante à aplicação do Direito e, nesse sentido, permitindo a efetivação de suas disposições em decorrência da força normativa da Carta²⁰.

Essa sistemática repercutiu, como era de se esperar, no âmbito processual de modo a iniciar uma releitura da trilogia básica *jurisdição-ação-processo* em vista de se atingir um modelo constitucional de processo, isto é, a aceção do processo enquanto integrante do ordenamento jurídico em todo conduzido e influenciado pela Constituição regente do Estado.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 02 nov. 2017.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit.*, p. 42-43.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, *ob. cit.*, p. 5.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador - BA, IBDP, n. 17, 2009, p. 1-2. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>, acesso em 02 nov. 2017.

Visou-se, de tal forma, sistematizar um conceito de direito processual constitucional, o que inaugurou o período do chamado *neoconstitucionalismo*, também conhecido por *formalismo-valorativo*, *neopositivismo* e *positivismo reconstruído*²¹.

Nesse sentido, foi construída uma inserção do direito processual na perspectiva constitucional, aplicando-se os princípios previstos na Constituição mesmo se ausente previsão legal; utilizando-se da reserva de consistência; exigindo-se a fundamentação analítica nas decisões; buscando-se meios de democratizar o processo, inclusive, por meios de participação popular; enfatizando-se a necessidade da aplicação máxima dos princípios da colaboração e da cooperação; garantindo-se maiores poderes ao juiz no curso do processo; e difundindo-se a visão publicista do processo, isto é, do processo como instrumento de efetivação do direito material, dotado de função e relevância públicas²².

Tem-se compreendido, nesse diapasão, que está em evidência uma nova fase metodológica do processo civil, compreendida no avanço do *instrumentalismo* para o *formalismo-valorativo*, nas lições do Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de *maneira adequada* as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –*, base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas em um novo conceito, o de cidadania processual²³.

A citação acima, apesar de sua extensão, mostra-se importante por destacar a concepção a partir da qual o processo passa a ter por fim não mais a realização do direito material, como mero instrumento de sua efetivação, mas sim a concretização da *justiça*

²¹ FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo...*, *ob.cit.*, p. 106.

²² *Ibid.*, p. 106.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 22-23.

material. Compreende-se que, nessa virada histórica, o processo que garante ao litigante detentor do direito o seu alcance não se mostra suficiente caso seja construído por atos que violem o *due process of law*, o contraditório, a cooperação, a motivação das decisões, a publicidade ou a boa-fé processual. Isto pois tais elementos, verdadeiros direitos fundamentais dos cidadãos, são fulcrais ao estabelecimento de um processo justo e democrático, resultando em meio capaz de atingir a justiça.

Não obstante, o respeito aos direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo se mostra essencial para que sirva à efetivação do Estado Democrático de Direito. O processo é dirigido de modo a constituir meio de proteção dos direitos, sendo que o juiz atribui significado ao caso concreto ao compreender a lei na dimensão dos direitos fundamentais²⁴. Destaque-se, inclusive, que a garantia dos direitos fundamentais é senão a finalidade e o motivo pelo qual o Estado Democrático de Direito foi criado, compreendido em sua acepção atual, ressaltando-se a lição de Toledo nesse sentido:

O *Estado Democrático de Direito* é definido então como organização jurídica do poder, que se assenta em alguns *princípios* elementares e na *declaração* e *garantia* dos *direitos fundamentais* (cuja efetivação é sua finalidade, o motivo pelo qual foi criado). Os princípios da *legalidade* e de *divisão do exercício do poder* eram, assim, aqueles bastantes para o *Estado de Direito Liberal*. O Estado Democrático De Direito contemporâneo, decorridos mais de dois séculos da instituição do Estado Liberal, apresenta um conjunto mais amplo dos princípios que compõem indispensavelmente, como princípio da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do direito adquirido²⁵.

A necessidade de que o processo se alicerce nos direitos fundamentais para que tenha existência, validade e eficácia, é elemento de notória repetição entre os doutrinadores contemporâneos, de modo que acertado é dizer que “[...] não há como pretender ensinar direito processual civil sem antes tratar de uma teoria do processo elaborada à luz do Estado Constitucional e das teorias dos direitos fundamentais”²⁶. O processo se mostra inserido nesta sistemática, não havendo espaço à atual interpretação do direito processual sob a ótica *legicêntrica* ou mesmo puramente *positivista*.

Em suma, é de acertada conclusão que não se pode visualizar o processo de maneira isolada dos ditames constitucionais, impondo-se a efetivação de “[...] uma *mudança*

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit.*, p. 412-413.

²⁵ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 114.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit.*, p. 9.

de mentalidade de seus aplicadores [do direito e do processo], sob pena de se fazer, da Constituição, como já se disse, mera folha de papel”²⁷.

1.2 - Das concepções privada e publicista do processo

Retornando aos tempos do império romano, vislumbra-se o *direito das legis actiones*, no qual, a despeito de ser necessária a função do juiz com fins de garantir a paz pública, compreendida como interesse estatal, destinava-se o direito e sua atuação à vontade privada das partes. Tal sistemática era, inicialmente, formada apenas pela *práxis*, passando, após, a ter seus princípios fundamentais expressos pela Lei das XII Tábuas, estabelecendo-se formas verbais e ritos simbólicos rigorosos, os quais invalidavam qualquer ato a mínima inobservância²⁸.

Numa sociedade mística, o processo também tinha por essência aspectos religiosos, num sistema em que “[...] de ponta a ponta imperam os ritos, os juramentos e os sacrifícios. [...] Tudo, portanto, desenvolve-se sobre um plano inteiramente místico”²⁹. Em se tratando de um processo místico e essencialmente privado, maior era o campo fértil ao *formalismo excessivo*, de modo que bastava a emissão de uma palavra diferente do previsto em lei para que se decretasse a perda da lide³⁰. Aduz-se que havia uma obsessão pelo ritualismo e pela formalidade, predominando os símbolos e a estética dos atos praticados, restando o valor da justiça em segundo plano³¹.

Passou-se, após, ao *processo formulário*, entre o início do século II até o fim do século I, a.C., expandindo-se a busca por equidade, o que contribuiu a superação da solenidade absoluta da Lei das XII Tábuas. Tendo em vista a evolução da sociedade, as formalidades rígidas e excessivas perderam sentido, configurando-se como sofismas vazios e matéria de ridículo, galgando-se rumo ao aumento da influência do juiz nos rumos do processo, passando a ter postura mais ativa e extinguindo o predomínio absoluto da forma no processo³².

Seguia-se, no entanto, em forte aceção privada do processo, de modo que era assegurada uma grande liberdade ao magistrado ao ponto, inclusive, de esquivar-se do

²⁷ FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo...*, *ob.cit.*, p. 114.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 38-39.

²⁹ *Ibid.*, p. 39.

³⁰ *Ibid.*, p. 39.

³¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 13.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 40-41.

juízo quando jurasse nada ter compreendido da causa. Tal refletia ainda mais o desinteresse do Estado – e do direito estatal – no concernente à relação posta à apreciação judicial, sobretudo considerando que o julgador não era agente do Estado, tampouco integrava órgão estatal, sendo simples cidadão que atuava como instrumento das partes individualmente consideradas³³, assemelhando-se, *mutatis mutandis*, ao árbitro contemporâneo.

O aumento da autoridade emanada pelo Estado foi, passo a passo, permitindo que fosse superada a influência da fórmula no processo, em momento conhecido como o *processo da cognitio*. Chegou-se a, entre os séculos III e IV d. C., substituir o processo por fórmula, unificando as suas etapas e começando a se afastar o caráter privado do processo, “assumindo papel relevante a natureza pública inerente à função estatal de administrar a justiça”³⁴.

Ocorre que se passou a uma liberdade demasiadamente intensa do julgador, passando ao poder absoluto do juiz por meio da intensificação do seu arbítrio e poder, o que enfraquecia ainda mais o formalismo. Foi observada uma restrição ao poder das partes sobre o procedimento judicial, de modo que até a eleição das provas foi posta como tarefa do tribunal. Após o período *pós-classico* da *cognitio* chega-se ao início da valoração normativa das provas, com grande valor aos juramentos, afastando-se a livre apreciação e o livre convencimento. Iniciou-se, no Baixo Império, portanto, o sistema da prova legal, que foi aspecto basilar do processo medieval e comum³⁵.

No procedimento romano-canônico, por sua vez, buscava-se a adoção de um processo mais lento, em vista da maior segurança e da garantia dos direitos do cidadão. Havia grande desconfiança face ao poder do juiz, muito pelos arbítrios vivenciados na *cognitio*. Acentuou-se a valoração legal da prova, como meio de frear o poder do magistrado, bem como se ampliou a rigidez das normas processuais em contraposição às formas pouco seguras do processo bárbaro. Foi retomada a acepção privada da jurisdição e da finalidade do processo, retirando-se do juiz meio de influir no curso do procedimento, reassumindo postura passiva face à lide. Havia, nesse sentido, um processo exageradamente formalista, que repelia fatores como a oralidade e a concentração dos atos, tudo com vista à garantia da igualdade e da segurança, o que se intensificou ainda mais no âmbito do processo comum alemão e também influenciou, embora em menor medida, o processo comum luso-brasileiro³⁶.

³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 41-43.

³⁴ *Ibid.*, p. 43-44.

³⁵ *Ibid.*, p. 44-46.

³⁶ *Ibid.*, p. 46-54.

No âmbito português, foi considerável o impacto do *processo canônico*³⁷, haja vista o grande poder intrínseco da Igreja Católica na região da Península Ibérica à época. Havia rígida valoração legal das provas e não existia livre convicção, de modo que “[...] às partes cabia não só a iniciativa da demanda como o seu movimento e formação do material destinado à convicção do juiz. Autor e réu eram senhores absolutos da lide, *domini litis*”³⁸. No direito brasileiro, ao menos até a lei de 20 de novembro de 1823, seguiu-se tendo como fonte de regras o livro III das Ordenações Filipinas, mantendo-se forte influência do *processo canônico* mesmo depois da independência³⁹.

Importante destacar a etapa do *processo liberal*, surgido após a Revolução Francesa, que suprimiu o sistema da prova legal, ao menos parcialmente, e passou a incluir no centro do processo civil os princípios da publicidade, oralidade e igualdade, inclusive no acesso à justiça. No entanto, tudo foi insuficiente para a superação do aspecto demasiadamente formalista, lento e escrito do processo, considerando a ideologia liberal dominante, que visava a impedir o crescimento do rol de poderes do órgão judicial, vez que se tratava de intervenção do Estado na vida privada.

Continuava em voga a figura do juiz estranho à direção do processo, que tinha as partes como *domini litis*. Mantinha-se, até o final do século XIX, como consta das lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a acepção estritamente privada do processo civil, o que “[...] refletia de maneira adequada a concepção claramente individualista e exclusivamente privatística dos direitos patrimoniais, então dominante”⁴⁰.

No âmbito brasileiro, como dito, houve forte influência do processo canônico, evidenciado pela incidência do sistema das Ordenações⁴¹. Este modelo trouxe para o sistema pátrio uma verdadeira obsessão pelas formalidades de maneira intensa, havendo resquícios até os dias atuais, como a previsão legal hoje existente sobre como as partes e os procuradores devem se portar, os trajes que podem se valer e os momentos em que podem se manifestar⁴², servindo de exemplo a previsão do Estatuto da OAB que garante em seu art. 7º, incisos VII e XII, o direito ao advogado a “permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença” e de “falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 54-56.

³⁸ *Ibid.*, p. 56.

³⁹ *Ibid.*, p. 57-58.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁴¹ *Ibid.*, p. 57-58.

⁴² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo*, *ob. cit.*, p. 14.

Legislativo”⁴³. O quadro veio a ser modificado somente pela Lei de 29 de novembro de 1832, que instituiu o *Código Criminal de Primeira Instância* e estabeleceu disposições provisórias sobre o processo civil, com vistas a absorver alguns aspectos do *processo liberal*, com finalidade de tornar o processo menos complicado e dispendioso, embora restringindo o poder do juiz e, por conseguinte, do Estado⁴⁴.

No entanto, apenas dez anos depois, o Regulamento nº 143, de 15 de março de 1842, praticamente retornou ao sistema *canônico*, tratando-se de verdadeira contrarreforma. Oito anos mais tarde, em 1850, era promulgado o Código Comercial que procurou a simplificação das causas comerciais, mas se tratou de diploma tímido. No mesmo ano, no entanto, adveio o Regulamento nº 737, de 25 de novembro, cujos efeitos foram estendidos às causas civis em geral somente quarenta anos mais tarde, pelo Decreto nº 763 de 19 de setembro de 1890. A norma representou um notável progresso no comparado às Ordenações, inserindo-se como importante *divisor de águas* para com o *formalismo moderno*, a despeito de ter se mantido a concepção do processo enquanto relação intrinsecamente privada entre as partes. Imperioso ressaltar as importantes inovações liberais operadas pelas citadas legislações e, ainda, pelos Códigos Processuais Estaduais, destacando-se, nesta seara, o Código de Processo do Estado da Bahia, que mantinha a concepção privatista do processo⁴⁵, mesmo porque ainda era intrínseca de toda a lógica do processo liberal, como dito.

Neste cenário, viam-se processo e jurisdição como ferramentas voltadas para a plena garantia dos direitos subjetivos dos jurisdicionados, isto é, vislumbravam-se como em servidão aos direitos dos cidadãos, de modo que se restringia ao máximo os poderes do juiz. Tal afetava até mesmo o instituto da preclusão, que só era admitido caso requerido pelas partes⁴⁶.

Não se peca, no entanto, em limitar-se à conclusão de que à época buscava-se assegurar plenamente os direitos subjetivos em detrimento da observância do direito objetivo e da garantia do interesse público, pois seria uma abordagem simplista, como bem pontua Greco, por desconsiderar as influências culturais sobre o processo civil⁴⁷.

Somente no início do século XIX, na Suíça, com a *reforma de Bellot*, passou-se a admitir a retomada de um papel ativo do juiz, permitindo-o, inclusive, participar da

⁴³ BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. *Estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 jul 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 03 nov 2017.

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.* p. 69.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 69-71.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 30.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 36.

investigação dos fatos alegados, isto é, na produção de provas, de modo que poderia determiná-las de ofício caso vislumbrasse que a causa não estava em condições de ser julgada de imediato e fossem as diligências úteis ao resultado útil do processo.⁴⁸ Tratou-se, portanto, de grande avanço e importante ponto de passagem para o formalismo moderno.

Estimulava-se, assim, [no sistema instituído pela *Reforma de Bellot*], a colaboração entre as partes e o juiz, devendo este não se limitar a uma posição passiva, inclusive na escolha do procedimento adequado à complexidade da causa, podendo o órgão judicial optar pelo procedimento ordinário ou sumário. Excluem-se, além do mais, os principais bastiões do regime da prova legal, facultando-se ao juiz sua livre e permanente apreciação⁴⁹.

Na passagem do século XIX para o XX, desse modo, atinge-se período em que se enfatizam os fins sociais do processo civil, retornando a ideia da importância pública do fenômeno processual, o que se dava em alinhamento com a concepção de soberania estatal. Nesta seara, passa-se a compreender o processo como meio intensificado na sociedade, ou mesmo como um *fenômeno de massas*, de modo que se imporia ao poder estatal uma participação efetiva em busca da verdade material e da distribuição da justiça⁵⁰.

Reforça-se, dessa maneira, a ideia do processo como relação de direito público, na qual o juiz desempenha função estatal de importância capital. Busca-se, assim, fazer com que o juiz ultrapasse a figura do mero árbitro do litígio, com papel decididamente passivo na condução da controvérsia entre os litigantes, expandindo-se do mesmo passo a natureza pública da finalidade institucional do processo, visualizada como realização do direito objetivo por meio de tutela das situações subjetivas das partes⁵¹.

A aceção publicista do processo civil encontrou coro no ordenamento austríaco em 1895, fenômeno denominado como *a revolução de Klein*, em homenagem a Franz Klein, seu principal idealizador. Entendia-se que o processo deveria ser solucionado da maneira mais célere e simples possível, por se tratar de um *mal necessário*, compreendido na lógica social, sendo o conflito originário de ordem puramente privada, sendo que a solução seria de aspecto e relevância públicos, considerando seus reflexos sobre os interesses do Estado e da sociedade⁵², isto é, a garantia dos direitos fundamentais e a distribuição da justiça. Nesse sentido, inclusive, Oliveira transcreve passagem de lição de Klein, na qual o autor austríaco destaca a função eminentemente estatal e pública do processo em sua completude,

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 72-73.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 73.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 73-74.

⁵¹ *Ibid.*, p. 74.

⁵² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugere a leitura complementar da obra de Franz Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien, Manz, 1900. *Ibid.*, p. 75.

em atenção à preservação da paz social, para além da mera liberdade de apreciar provas em sentença, mas sobretudo para dirigir o processo com o intuito de garantir com que atinja sua finalidade quanto ao interesse público envolvido.

O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com a outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois de tudo nos protegem as formas e formalidades do processo⁵³.

Destaca-se, ainda, que a nova sistemática austríaca surgiu sob influência do socialismo em sua aceção predominante à época, impondo-se um conjunto de ideias banhadas ao autoritarismo, com forte centralização no poder estatal. Disciplinava-se um processo alheio às perspectivas das partes nele envolvidas e estruturado sob a expectativa do juiz, tido como *porta-voz do ordenamento jurídico*, com escopo de consolidar o processo civil como um verdadeiro instrumento de bem-estar social, inclusive enveredando-se no âmbito político⁵⁴. Objetivava-se superar um modelo de processo que servia como instrumento de opressão, beneficiando o mais forte, em flagrante desigualdade para com os mais pobres⁵⁵.

Na concepção publicista o processo civil se converte em algo parecido à jurisdição voluntária, na qual o juiz assume não uma função jurisdicional, mas a tutela paternalista dos particulares, aos quais considera quase como menores ou incapacitados, desenvolvendo o decisionismo pós-moderno, que põe a justiça a serviço do mais fraco, provocando liminares sem contraditório, invertendo as regras do ônus da prova através das cargas dinâmicas e se imiscuindo na política, o que representa um desgoverno⁵⁶.

Ocorre que o sistema oriundo da influência socialista foi verdadeiramente social e *humanista*, como classifica Greco, pois preocupado em desfigurar o juiz burocrático e superiorizado, típico do processo liberal, em prol de construir um julgador mais realista e próximo aos anseios das partes. Tratou-se, portanto, de ordenamento processual tido como precursor do processo justo sedimentado após a Segunda Guerra Mundial, exaltando a oralidade, a boa-fé, a ética e a colaboração⁵⁷.

Os demais sistemas europeus também avançaram no sentido da aceção publicista do processo, como foi o caso do Código Civil Francês de 1806. Tal diploma

⁵³ KLEIN, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 76-77.

⁵⁴ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit., p. 30.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 36.

normativo também sofreu impactos da *socialização do direito privado* e, dessa forma, passava-se a compreender que a atividade jurisdicional teria por escopo não mais a pura garantia da equidade de forças ou paridade dos indivíduos integrantes da lide, mas, sim, a realização da justiça material⁵⁸.

No Brasil, por sua vez, tem-se como marco da nacionalização do entendimento do processo enquanto instrumento de realização da justiça material e, por conseguinte, dotado de função pública, a partir do Código de Processo Civil de 1939. Destaque-se que se trata de diploma normativo criado durante o Estado Novo, período de ruptura democrática comandado por Getúlio Vargas, estando, inclusive, fortemente ligado à Constituição de 1937, criada no início do regime⁵⁹. Nesse sentido, destacam-se inovações como a identidade física do juiz, a concentração dos atos judiciais e a maior oralidade contribuíram à instituição de um juiz mais ativo e em consonância à perspectiva pública do processo civil⁶⁰. Buscava-se, com isso, um procedimento rápido e que atingisse a verdade e, por conseguinte, a justiça, ilidindo, também, a chicana das partes⁶¹, muitas vezes evidenciada pelas práticas de litigância de má-fé que, evidentemente, não surgiram quando da positivação dos institutos que lhe penalizam, como as hipóteses de multa por litigância de má-fé e por atos atentatórios à dignidade da justiça.

É imperioso destacar, desse modo, que a partir da inauguração dos sistemas processuais codificados no Brasil, o que se deu pelo Código de Processo Civil de 1939, foi absorvido ao ordenamento jurídico pátrio o entendimento do processo como mecanismo voltado à garantia dos direitos fundamentais e da distribuição da justiça material, isto é, do processo como instrumento público de direito, o que se manteve na sistemática básica do Código de Processo Civil de 1973 e, de modo mais acentuado, no hoje vigente Código de Processo Civil de 2015.

⁵⁸ BRÜGGEMANN, Dieter. *Judex statutor uns judex investigator*. Viefefeld, Giesecking, 1968, p. 51-53 *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob. cit.*, p. 78-79.

⁵⁹ A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939 faz inúmeras menções à Constituição de 1937. Nesse sentido, “o regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade afim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. [...] O clima próprio a esta transformação criou-o o Governo em 10 de novembro, ao outorgar a nova Constituição. Efetivamente, após a sua vigência, as primeiras leis de processo que foram decretadas trouxeram um cunho novo; os frutos que já estão dando revelam o acerto da orientação adotada.” in BRASIL, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 out 1939. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicao-demotivos-pe.doc>>. Acesso em 03 nov. 2017.

⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob. cit.*, p. 79-80.

⁶¹ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do anteprojeto ao Código de Processo Civil de 1973* *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob. cit.*, p. 85.

À guisa de uma conclusão, por ora, a partir dessas exposições, entende-se ter realizado necessária construção de um horizonte histórico a partir dos estudos dos autores arrolados neste capítulo. Considerando história como tradição construída pelas vivências, a experiência processual, nesse contexto, mostra-se em movimento e avanços, tendo em perspectiva sua historicidade.

Forçoso, nesse momento, tratar-se das acepções fundamentais do formalismo valorativo, que se mostrou importante para a presente pesquisa, o que se apresenta em seguida.

2 – ACEPÇÕES INERENTES AO FORMALISMO-VALORATIVO

Na compreensão constitucional do processo civil, nesse sentido, vislumbra-se seu caráter público, entendendo-o como meio de persecução aos fins do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais⁶², dentre eles, a justiça material.

Nesse compasso, desenvolvem-se as teses do processo *neoconstitucional*, entendidos como muitas concepções⁶³, dentre elas a acepção do formalismo-valorativo no sentido de que o formalismo processual se dá por valores como *justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança*, de onde exsurtem princípios, regras e postulados para a sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Constata-se a centralidade dos direitos fundamentais no meio processual, colocando-se a técnica formalista em favor deles, objetivando não mais somente a efetivação do direito material, mas sobretudo a concretização da justiça material⁶⁴.

Tal modelo se mostra adequado na sistemática do Estado Democrático de Direito, vez que alia os objetivos do processo civil com os fins do próprio Estado Constitucional, ressaltando-se que se constituem como direito fundamental o direito ao processo justo, concebido como aquele em que se prima pelo contraditório, boa-fé, ampla defesa, acesso à justiça, isonomia, cooperação, colaboração e, sobretudo, por um modelo constitucional de processo.

Cumpra-se ressaltar, desse modo, o importante equilíbrio entre a segurança, garantida pelo formalismo, e a efetividade, entendido a partir da substancialização do

⁶² TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido...*, *ob. cit.*, p. 114.

⁶³ Nesta linha, destaque-se que “[...] não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘neoconstitucionalismo(s)’ in ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo...*, *ob.cit.*, p.1-2, e que “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política [...] Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”, nas lições de SARMENTO, Daniel, *O neoconstitucionalismo...*, *ob. cit.*, p. 95-96.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 22-23.

processo, de modo que não se concebem formas ocas e vazias de sentido, mas sim preenchidas pelos valores constitucionais e fundamentais do processo⁶⁵.

Preza, ainda, pelo “[...] poder ordenador e organizador, que restringe o arbítrio judicial, promove a igualação das partes e empresta maior eficiência ao processo, tudo com vista a incentivar a justiça do provimento judicial”⁶⁶, não afigurando-se o processo de modo a tão somente se obter uma decisão, seja de cunho meritório ou formal, mas sim como aquele que se legitima no âmbito social por ter feito justiça⁶⁷, devendo-se, dessa forma, combater o formalismo excessivo, composto por formas vazias de significado⁶⁸, produzindo-se um processo justo, equânime e efetivo quanto à distribuição da justiça material humana e concreta, sua única razão de ser⁶⁹, repita-se.

Aspecto do aludido combate, por exemplo, é evidenciado pela *primazia do julgamento do mérito*⁷⁰, considerando Oliveira que, se existem no processo os elementos que permitam o convencimento do julgador acerca do tema tratado, necessário o pronunciamento quanto ao mérito, uma vez que seria inócuo e demasiadamente excessivo operar-se a extinção do processo sem análise de seu conteúdo por fator de cunho meramente procedimental, o que ensejaria a rearticulação do feito em novo processo, distribuído novamente ao juízo, de modo que restariam feridos os princípios da efetividade e da economia processual⁷¹.

Avança-se, para maior compreensão do objeto de estudo deste trabalho, a algumas considerações acerca dos princípios e garantias inerentes ao processo civil brasileiro.

⁶⁵ ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camilla de Margalhães. *O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como Nova Fase Metodológica do Processo Civil*. Revista de Direitos Difusos, v. 53, 2011, p. 21-23.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do Formalismo...*, ob. cit., p. 243.

⁶⁷ Anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre a importância das formas, mas alerta quanto à possibilidade de serem injustas, de modo que fundamental a análise de seus valores. Nesse sentido: “É verdade que o procedimento, em maior ou menor medida, estratificado na legalidade, sempre constitui o plano do exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes. Igualmente não padece dúvida de que a sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder. Todavia formação do próprio procedimento está impregnada de valores e pode chegar até a ser estruturado injustamente, se desconsiderados os direitos fundamentais, os princípios que lhe são insetos e o nível de desenvolvimento cultural de cada povo [...] Na essência, o procedimento por si só não concede legitimação, visto que, estabelecido na perspectiva da legalidade, ele próprio deve ser submetido à coerção da legitimidade”, in *Ibid.*, p. 247-248.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 275.

⁶⁹ “Mas acima dele [do interesse público na preservação do rito, corolário do *due process of law*], ergue-se outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser ” in LACERDA, Galeno. *O Código e o formalismo processual apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Do Formalismo...*, ob. cit., p. 276.

⁷⁰ O princípio será adiante analisado no item 3.3 – *do princípio da primazia do julgamento do mérito*.

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do Formalismo...*, ob. cit., p. 276-277.

3 - DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

Considerando o processo sob a ótica do formalismo moderno, do neoprocessualismo ou do formalismo-valorativo, compreende-se a necessidade de que se constitua mais que um simples conjunto de ritos com fins de permitir às partes a solução de seu conflito individualmente considerado. Mister se direcionar todo o processo civil para a finalidade pública de efetivação dos direitos fundamentais e de distribuição da justiça material aos cidadãos, de modo que forçoso se faz o respeito a princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição e no conjunto do ordenamento jurídico em que estamos inseridos.

A sistemática de um processo constitucional determina, assim, a observância de inúmeros preceitos, como a igualdade, o contraditório efetivo, a ampla defesa, a paridade de armas, a segurança jurídica, a efetividade, a primazia do julgamento do mérito, dentre muitos outros. Para fins do presente estudo, destacam-se alguns desses princípios, como se apresenta a seguir.

3.1 - Dos princípios da eficiência e da efetividade

O processo, ao longo de suas acepções históricas, modificou-se em busca de se adaptar às mudanças vivenciadas pela sociedade. Dessa forma, períodos de formalismo extremo acabaram por perder espaço ao informalismo justamente em virtude das fórmulas rígidas e intransponíveis que impediam o processo de acompanhar as mutações, expectativas e demandas sociais, em constante evolução.

Na concepção atual de processo público e voltado à distribuição da justiça material e à efetivação dos direitos fundamentais, sem dúvida, faz-se necessário um processo eficiente, isto é, que alcance suas finalidades. Isto pois não se trata de um fim em si mesmo, tampouco em mero instrumento particular utilizado em prol de interesses simplesmente particulares das partes.

Trata-se, neste sentido, o princípio da eficiência como um dos corolários do devido processo legal, considerando também que um processo ineficiente não seria devido⁷², igualmente compreendido como direito ao processo justo, na concepção atual, consagrado na CF/88 em seu art. 5º, XXXV, abrangendo aspectos como a garantia da adequação, da

⁷² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo, n. 233. São Paulo: RT, 2014, p. 78.

isonomia, do juiz natural, do contraditório e da duração razoável⁷³, dentre outros princípios, regras e direitos fundamentais processuais.

A efetividade também se encontra prevista no art. 37 da CF/88, oportunidade em que versa sobre os princípios da administração pública, porém, dirigindo-se o texto também ao Poder Judiciário, face à expressão “*qualquer dos poderes*”. Não obstante, o CPC anota no rol de princípios constantes de seu art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”⁷⁴.

Destaca-se, ainda, a íntima relação da efetividade com a eficiência no processo, de modo que esta se daria quando se atingisse aquela satisfatoriamente, o que abrange seus aspectos temporal, da adequação da via eleita e demais relacionados à gestão do processo. Assim, pode-se verificar um processo que seja ineficiente, mas efetivo, pois alcançou a concretização do direito com problemas na gestão processual, por exemplo, ao passo que o contrário não se verifica: todo processo eficiente será, em decorrência, efetivo, pois a não efetividade macularia, de plano, a eficiência verificada⁷⁵.

A efetividade, assim, também extraída do princípio constitucional do devido processo legal, repita-se, expresso pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, traz a necessidade de que o processo, de fato, concretize a justiça material e os direitos tutelados. Tal se vê reforçado pela previsão do art. 4º do CPC, “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa⁷⁶”, demonstrando-se a efetividade, também, ao se assegurarem meios pelos quais se prioriza a satisfação do direito tutelado, como é o caso exemplar da tutela jurisdicional executiva⁷⁷.

Nesse sentido, Oliveira registra que:

A efetividade está consagrada na Constituição Federal [brasileira], art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Numa perspectiva dinâmica, implica, ainda, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, devendo sempre que possível

⁷³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio...*, *ob. cit.*, p. 78.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 09 out 2017.

⁷⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão...*, *ob. cit.*, p. 77.

⁷⁶ BRASIL, *loc. cit.*

⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito ... ob. cit.*, p. 113.

ser afastados os óbices meramente formais que impeçam esse desiderato⁷⁸.

Dinamarco também assevera que a efetividade se dá a partir do contraditório, da cooperação, da amplitude probatória e outros direitos essenciais ao processo justo, sem olvidar do aspecto temporal. Nesse significado, destaca que

A efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo com se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto de vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito. Por outro lado, a celeridade com que todo procedimento deve desenvolver-se e a que constitui marca fundamental de alguns são fatores de maior efetividade no campo social e no político, sejam para pacificar logo, seja para obter enérgico repúdio aos atos ilegais do poder público.⁷⁹

Deve, portanto, a efetividade ser vislumbrada no meio processual no que concerne aos direitos fundamentais inerentes ao processo justo, inclusive no que afeta ao tempo, relacionando-se com o princípio da duração razoável do processo e ao conteúdo dos pronunciamentos judiciais, considerando a persecução dos objetivos do processo civil⁸⁰.

3.2 - Do princípio da duração razoável do processo:

Preocupação aliada à efetividade está inserida no âmbito da duração razoável do processo, buscando-se aliar a celeridade com a garantia dos direitos fundamentais, inclusive os processuais, como a garantia do contraditório e a ampla defesa. Tal inquietação não é exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que em todo o mundo os processualistas se debruçam sobre o tema, com maior ou menor vigor⁸¹.

No Brasil, as discussões acerca do tema levaram a uma alteração da CF/88, no final do ano de 2004, instituindo-se a tida *Reforma do Judiciário* pela Emenda Constitucional nº 45/04, oportunidade em que se incluiu o inciso LXXVIII ao rol do art. 5º da Carta Magna,

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do Formalismo...*, *ob. cit.*, p. 111.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 342.

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do Formalismo...*, *ob. cit.*, p. 111.

⁸¹ FARIA, Márcio Carvalho. *A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro - RJ, UERJ, n. 6, v. 6, 2010, p. 477. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21581>>, acesso em 10 ago 2017.

figurando a *duração razoável do processo* expressamente como direito fundamental. Importante ressaltar, entretanto, que a doutrina já considerava o dever de sua observância ao menos desde 1992, em decorrência do Pacto de São José de Costa Rica e da Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo⁸². Do mesmo modo, verifica-se que a duração razoável decorre da própria previsão do devido processo legal, compondo seu conteúdo enquanto cláusula geral processual desde a promulgação da CF/88⁸³, estando nela previsto em seu art. 5º, LIV.

A despeito de inexistir fórmula exata para a fixação de uma duração dita razoável, há alguns critérios importantes reconhecidos para sua acepção, a saber, a natureza e complexidade do processo, a atuação das partes, dos procuradores, do julgador e dos servidores do judiciário, isto é, do aparato estatal e os prazos fixados aos atos processuais necessários e praticados⁸⁴, influenciando ainda, em muito, a cooperação e a boa-fé dos agentes processuais⁸⁵.

Destaque-se que a duração razoável não se confunde com processo instantâneo, tampouco com a não observância dos direitos fundamentais e processuais, devendo-se limitar a celeridade pelo garantismo. A cargo de ilustração, percebe-se que os processos inquisitoriais eram demasiadamente breves, mas de modo algum justos⁸⁶.

Da mesma forma, a preocupação apenas quantitativa no que afeta à prestação jurisdicional pouco contribui à efetivação de um processo devido, apesar de instigar a celeridade⁸⁷. Isto pois acaba-se por estimular a adoção discriminada de *modelos* e decisões uniformes e genéricas, muitas vezes formuladas exclusivamente por estagiários, assessores ou servidores das secretarias do juízo sem sequer serem corrigidas pelo magistrado que as assinam, o que, de maneira alguma, pode ser considerado como prática razoável de um processo devido, apesar da maior celeridade impressa.

Há estímulo, ainda, à extinção em massa de processos por meras irregularidades ou pequenos vícios de procedimento, em vista a reduzir o acervo processual das varas e comarcas, o que em nada contribui à persecução da finalidade do processo. A duração razoável, enquanto aspecto do devido processo voltado ao direito à justiça, vê-se diretamente relacionada à efetividade e à primazia do julgamento de mérito, como se analisará

⁸² FARIA, Márcio Carvalho. *A duração...*, *ob. cit.*, p. 479-480.

⁸³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 53 e 66.

⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 315.

⁸⁵ FARIA, Márcio Carvalho. *A duração...*, *ob. cit.*, p.481.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 484.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 484.

a seguir, buscando-se distribuir a justiça material e garantir os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

3.3 - Do princípio da primazia do julgamento do mérito

Com o Código de Processo Civil de 2015, inaugurou-se uma nova sistemática processual cível brasileira, atendendo-se com mais profundidade aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e eficiente, à duração razoável do processo e ao direito de ação em si, com resolução do mérito. Trata-se da primeira codificação processual cível oriunda de um período democrático, tendo toda sua tramitação legislativa se dado em regime democrático⁸⁸, percebendo-se intrínseca em seu conteúdo os aspectos público e cooperativo de processo, estatuinto-o como meio pelo qual o Estado Democrático de Direito exerce sua função primordial, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos⁸⁹, com distribuição da justiça material.

Em atenção aos princípios constitucionais, para além dos supra elencados, a nova lei processual civil trouxe de maneira expressa, entre seus preceitos, a *primazia do julgamento do mérito*, como se depreende pela leitura do artigo 4º do referido diploma legal: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”⁹⁰.

Não obstante a previsão no que concerne aos princípios processuais postulados no introito do Código de Processo Civil de 2015, a *primazia do julgamento do mérito* também é insculpida em diversas passagens no decorrer do diploma normativo⁹¹, como é o exemplo encontrado na sistemática das nulidades. Nesse escopo, em atenção também ao princípio do prejuízo, *pas de nullité sans grief*, seu art. 488, muito semelhante à disposição encartada pelo seu art. 282, §2º, estabelece que o juiz deve decidir o mérito da lide caso seja favorável à parte que se beneficiaria da extinção do processo, desde que possível.

Difunde-se indiscutivelmente a necessidade de que o julgador e as partes, ao se compreender o processo como cooperativo, busquem o julgamento do processo em seu

⁸⁸ Tal aspecto é ressaltado por DIDIER JR em sua nota à 17ª edição de seu curso *in* DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 21, bem como consta da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 *in* BRASIL, *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 26-39.

⁸⁹ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido...*, *ob. cit.*, p. 114.

⁹⁰ BRASIL, *Lei n. 13.105... Código de Processo Civil...*, *ob. cit.*. Acesso em 09 out 2017.

⁹¹ Nesse sentido, conferir análise realizada por Fredie Didier Júnior de onze passagens do Código de Processo Civil de 2015 em que se verifica aplicação da primazia do julgamento do mérito *in* DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 136-137.

conteúdo. Devem, portanto, ter como norte a *primazia do julgamento do mérito*, sendo este constituído pelos elementos da causa, isto é, pela causa de pedir, por eventual defesa indireta apresentada pelo réu, como nos casos em que o demandado opõe uma reconvenção, e pelo pedido. Julgar o mérito, assim, compreende a apreciação dos apontamentos fáticos e jurídicos formulados pelos litigantes, dando-se ou não procedência aos pedidos formulados⁹², de maneira a dar sentido prático ao acesso à justiça e garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Registre-se que o aludido princípio é geral no âmbito do processo civil, em qualquer fase de qualquer procedimento⁹³.

Do mesmo modo, opera o princípio ao se tratar da sistemática do processo coletivo, de modo antecedente à nova legislação afeta aos processos individuais. Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça ser necessária a continuidade do processo coletivo inclusive quando vislumbrado vício de representação de associação autora, substituta processual⁹⁴. Nesta toada, dispõe a lei que, no caso de ilegitimidade ativa, deve haver a sucessão processual, como preceituam os art. 5º, §3º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85) e art. 9º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65)⁹⁵.

Retornando à obra de Fredie Didier Jr., repita-se que defende a primazia do julgamento do mérito ao tratar da sistemática de invalidades processuais, como se lê:

A nulificação do procedimento atinge o processo como um todo e está relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo (“pressupostos processuais”). São os chamados vícios de fundo, segundo a conhecida classificação de Teresa Wambier.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso De Processo Civil*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 559.

⁹³ Nesse diapasão, inclusive, adveio o enunciado número 372 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “o art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção”, conforme é destacado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. in DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2014, v. 4, p. 104.

⁹⁴ Da mesma forma, Didier Jr. e Zaneti Jr. destacam o julgamento do STJ, 2ª T., REsp n. 1.372.593/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.05.2013, publicada no DJe de 17.05.2013; REsp 855.181/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 01.09.2009, DJe 18.09.2009, ressaltando que o Tribunal deixou de aplicar tal atendimento em alguns julgados mais recentes, citando o exemplo do REsp n. 1.405.697/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 08.10.2015 in *Ibid.*, p. 106.

⁹⁵ Dispõem expressamente os textos legais que “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”, conforme art. 5º, §3º, da Lei da Ação Civil Pública in BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Lei da Ação Civil Pública*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 jul 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>, acesso em 09 out 2017, e que “Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”, conforme art. 9º da Lei da Ação Popular in BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. *Lei da Ação Popular*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>, acesso em 09 out 2017.

Inadmissibilidade é o nomen iuris da sanção de invalidade do procedimento ou do ato postulatório. Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento [...] e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental. [...] Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um “pressuposto processual” de validade), em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a parcialidade ocorrer em favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário. Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante [...] de um defeito que gera a nulidade do processo (nulidade absoluta, na linguagem comum dos doutrinadores), [de modo que] o juiz está autorizado a desconsiderá-lo, evitando a nulidade, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Trata-se de aplicação direta do disposto no art. 282, § 2º, do CPC: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”. A regra é reforçada pelo art. 488 do CPC: “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”⁹⁶.

A primazia do julgamento do mérito opera, assim, de maneira central na sistemática processual cível brasileira hodierna, como também destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Anotam, inclusive, que a ausência de algum pressuposto processual não impede que o magistrado decida sobre o mérito processual, haja vista que, ao julgá-lo, estaria agindo em conformidade com o interesse público, ao trilhar rumo à persecução das finalidades públicas do processo, isto é, atuaria em prol do interesse público, repita-se. Nesse sentido, somente caso um pressuposto processual fosse de ordem pública é que se veria impedida a *resolução de mérito*, pois, nesse caso, sim, a solução não atenderia aos direitos fundamentais, à justiça material e, tampouco, à finalidade pública do processo⁹⁷.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 407-409.

⁹⁷ Os autores sustentam, nesse sentido, que “é claro que, para a tutela jurisdicional do direito, em regra, é necessária a presença dos pressupostos e do reconhecimento do direito material. O que se quer evidenciar é que a ausência dos pressupostos não constitui óbice para o julgamento do mérito [...]”, *in* MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso...*, *ob. cit.*, p. 553-554.

4 – DO INTERESSE PROCESSUAL

Considerando uma acepção do processo enquanto relação jurídica, fato é que se constitui com base em alguns pressupostos ou requisitos. Nesse sentido, expõe-se que, de modo geral, a doutrina brasileira sustenta que a relação processual depende da presença de certos elementos para existir, o que recebe fortes críticas também na doutrina pátria⁹⁸.

Fredie Didier Júnior se atém à clássica concepção apresentada, dividindo os pressupostos processuais em elementos de existência e requisitos de validade do processo, sendo aqueles os que afetam a constituição do processo propriamente dito e estes os necessários para que seja considerado correto o processo e, logo, possa gerar efeitos e perseguir sua finalidade. Apresenta, assim, os pressupostos de existência subjetivos, concernentes à capacidade dos litigantes em serem partes e à investidura de jurisdição ao juiz, e objetivos, afetos à existência de demanda. Quando aos requisitos de validade, também os classifica em subjetivos, quais sejam, a competência e a imparcialidade do julgador e as capacidades processual, postulatória e legitimidade *ad causam* das partes, e também objetivos, tangentes, intrinsecamente, ao respeito ao formalismo procedimental e extrinsecamente, na presença de interesse de agir – ou interesse processual – e inexistência de perempção, coisa julgada, litispendência ou convenção de arbitragem⁹⁹.

Trata, no entanto, Alexandre Câmara como “condições da ação” o que define como os requisitos demandados para que o julgador possa gerir o processo de modo a se obter uma resolução de mérito, atingindo sua finalidade pública¹⁰⁰. Manteve a nomenclatura, como visto, mesmo após o Código de Processo Civil de 2015 aboli-la do texto expresso da lei, destacando-se que desde a vigência do código processual antigo, já afirmava o autor preferir o termo *requisitos do provimento final*¹⁰¹.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em postura mais enérgica, constatam a aludida e corriqueira classificação doutrinária acerca dos *pressupostos processuais*, mas tecem profundas críticas. Isto pois, considerando serem os pressupostos herança da *teoria de Bülow*, quando o processo possuía duas fases, uma destinada à verificação, de fato, de pressupostos e outra, posterior, voltada à análise do direito material tutelado, não faria nenhum sentido em se

⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre Pressupostos Processuais: Temas de Direito Processual Civil – Quarta Série*. São Paulo: 1989, p. 84 *apud* DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 309-310

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie, *Curso de ...*, *ob.cit.*, p. 310-314. Em sentido semelhante, importante registro da obra de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de...*, *ob.cit.*, p. 263-270.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de...*, *ob.cit.*, p. 147-148.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 148

analisar a presença ou não de um pressuposto após a relação jurídica já ser admitida e, logo, já estar existindo. Demonstram, assim, descompasso racional no que concerne à manutenção da categoria dos pressupostos processuais, pois caso verificada a ausência de pressuposto processual após a atividade instrutória e mesmo em momento de prolação de sentença, não se mostra cabível concluir pela inexistência de qualquer relação processual, pois seria avesso à racionalidade¹⁰².

Nesse sentido, advogam que a doutrina deveria ter abandonado os pressupostos processuais e se ater ao valor dos requisitos processuais face aos fins do Estado e dos direitos das partes, na acepção do caráter público do processo¹⁰³.

A doutrina, 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 tão somente através de conceitos gerais e abstratos. Lembre-se que a pandectística alemã concebia o direito como um sistema de conceitos, ou melhor, como um método de conceitos gerais, cujo ideal estava na sua maior pureza ou abstração e, portanto, no seu maior isolamento em relação aos problemas reais. Portanto, 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 contemporânea¹⁰⁴.

Considerando a manutenção dos pressupostos processuais, inclusive, no texto legal do Código de Processo Civil de 2015, destacando-se seu art. 139, IX, que dispõe “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”¹⁰⁵, Marinoni, Arenhart e Mitidiero constataam que os pressupostos devem ser compreendidos enquanto relacionados com os interesses do Estado e das partes, no sentido de tutelar a distribuição e efetivação da justiça material e garantir os direitos individuais dos cidadãos, finalidade do Estado Democrático de Direito¹⁰⁶.

Dentre os pressupostos processuais mais unânimes, destaca-se o *interesse processual*, também conhecido por *interesse de agir*, compreendido em sua divisão clássica em *interesse-necessidade* e *interesse-utilidade*¹⁰⁷.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso...*, *ob. cit.*, p. 546-550.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 552.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 552.

¹⁰⁵ BRASIL, *Lei n. 13.105...Código de Processo Civil...*, *ob. cit.*. Acesso em 09 out 2017

¹⁰⁶ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido...*, *ob. cit.*, p. 114.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie, *Curso de ...*, *ob.cit.*, p. 359.

Nas lições de Fredie Didier Jr., há o *interesse-utilidade* caso o processo possa fornecer ao postulante o provimento jurisdicional pretendido em seu favor, tutelando o direito que sustenta. Já o *interesse-necessidade* se dá sob a perspectiva de que a jurisdição deve ser utilizada pelo cidadão como meio posterior de solução do problema, isto é, deve haver pretensão resistida em que não se afigura solução por meio de outros instrumentos, tampouco por satisfação voluntária. Nas ações declaratórias, no entanto, verifica-se quando demonstrada fundada dúvida ou controvérsia concreta sobre determinada situação jurídica, de modo que importante a declaração, positiva ou negativa, a partir do provimento judicial ¹⁰⁸.

Necessário o registro de que o *interesse-necessidade* não pode ser compreendido como óbice ao acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional, previstos no texto constitucional, não se confundindo com a imposição de procedimentos administrativos prévios, por exemplo, como requisitos para se ingressar em juízo, como é o caso do consubstanciado pela súmula vinculante nº 28 no que afeta aos procedimentos tributários¹⁰⁹. Igualmente, apesar de haver casos em que a lei torna necessária a adoção de determinadas medidas para que se possa valer de procedimento especial, não é tolhida do jurisdicionado a possibilidade de acionar o Judiciário por ação ordinária, pelas vias comuns, garantindo-se o acesso à justiça.

Não obstante às lições referidas, na sistemática do formalismo-valorativo, compreende-se que, ao exercer o direito de ação, ocorre a disposição, pela parte litigante, de seu interesse material na demanda e, por conseguinte, de sua prerrogativa de aferir o provimento jurisdicional. Registra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ainda, que tal interesse material é afirmado *in statu assertionis*, pelo que não se confundiria com o aspecto seguinte,

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie, *Curso de ...*, *ob.cit.*, p. 359-365

¹⁰⁹ Súmula Vinculante nº 28, *in verbis*, “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”, destacando-se do texto do precedente representativo, com grifos nossos, que “4. No julgamento da medida cautelar, o Ministro Francisco Resek afirmou (fls. 45/46): '[...] O que o dispositivo impugnado institui importa cerceamento do direito à tutela jurisdicional. O artigo determina que a admissão de 'ações judiciais' que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS se condiciona - obrigatoriamente - ao depósito preparatório do valor do débito cuja legalidade será discutida. *Está claro que o [sic] a norma cria séria restrição à garantia de acesso aos tribunais (artigo 5º - XXXV da CF)*. O que se pretende, à primeira vista, é assegurar a eventual execução. Nesta trilha, a norma não representaria grande novidade em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, o que a singulariza é a restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário. A necessidade do depósito, tal como aqui lançada, limitará o próprio acesso à primeira instância. Da garantia de proteção judiciária decorrem diversos princípios tutelares do processo - o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros - e o depósito aqui exigido poderá em muitos casos inviabilizar o direito de ação'." (ADI 1074, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 28.3.2007, DJ de 25.5.2007), disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1278>>, acesso em 10 out. 2017.

no curso do processo, oportunidade em que se busca comprovar o direito material vislumbrado e, assim, adequá-lo à finalidade almejada¹¹⁰.

Prossegue, ainda, Oliveira no sentido de que:

O interesse das partes não constitui senão um meio, um estímulo, para que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos¹¹¹.

Dessa forma, resta evidenciado que os pressupostos processuais, dentre os quais o interesse processual, devem servir à persecução da finalidade pública do processo, isto é, à resolução do mérito envolvido, resguardando os direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e distribuindo a justiça material.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo...*, *ob. cit.*, p. 206. Sobre a *teoria da asserção*, remete-se ao capítulo 5 – *da teoria da asserção*.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 209.

5 - DA TEORIA DA ASSERÇÃO

Seja na dinâmica do revogado Código de Processo Civil de 1973, seja na sistemática do diploma hoje vigente, isto é, do Código de 2015, importante discussão se deu no tocante ao momento de análise dos pressupostos ou requisitos processuais, antes albergados sob a denominação *condições da ação*.

Nesse sentido, bem destaca Alexandre Câmara que a doutrina se dividia: uma parte, liderada por Liebman e que encontrava notáveis adeptos, como Cândido Dinamarco e Oreste Nestor de Souza Laspro, sustentava que deveriam ser evidenciados pelas partes, cabendo, inclusive, a produção de provas para convencer o julgador sobre sua existência; por outro lado, havia autores, dentre os quais Barbosa Moreira e Watanabe¹¹², que se puseram a advogar que se deveria verificar a presença das então denominadas *condições da ação*, a partir do alegado pelos autores na petição inicial, “[...] devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in statu assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou [...]”¹¹³, de modo que admitir-se-ia verdadeiro o alegado para se determinar o prosseguimento do feito¹¹⁴.

Para o segundo grupo, assim, importaria mais o alegado pelas partes que o experimentado pela realidade¹¹⁵, de modo definitivo, não se tratando de mera presunção a ser comprovada *a posteriori*, mas fatores a serem consideradas no aspecto abstrato, de modo a se afastar das teorias concretas da ação e, dessa forma, se distanciar da acepção prática de que apenas o detentor do direito material seria titular do direito de ação¹¹⁶, o que não seria admissível.

¹¹² Watanabe destaca que “as condições da ação, entretanto, não são inconciliáveis com a teoria do direito abstrato de agir, que em nosso entender é a mais aceitável. Seriam ‘condições’ para o julgamento do mérito da causa, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação. [...] O ponto nodal da problemática está em saber se as condições da ação (*rectius*: “condições para o julgamento do mérito”) devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*) quanto às condições da ação [...] ou conforme seu elo efetivo com ‘a situação de fato contrária ao direito’, ou seja, com o objeto litigioso do processo que vier a ser evidenciado pelas provas produzidas pelas partes. Somente se afigura compatível com a teoria abstratista a primeira opção. O exame das condições da ação deve ser feito ‘com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res iudicium deducta*’; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, ‘considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou [...]” *in* WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87-88.

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de..., ob.cit.*, p. 154

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 154.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 212.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de..., ob.cit.*, p. 155.

Tal acepção constitui, em linhas gerais, a denominada *Teoria da Asserção*, adotada por Câmara:

Parece-me, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como se faz nesta obra. As “condições da ação”¹¹⁷, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final¹¹⁸.

E prossegue o processualista compreendendo a aplicação da *Teoria da Asserção* na sistemática do CPC, salientando que toda decisão acerca dos pressupostos processuais se dá *in statu assertionis*, isto é, por meio da técnica ora explicitada, enquanto que, caso o pronunciamento judicial se dê alicerçado em elementos de material probatório, estar-se-á diante de decisão de mérito.

A aferição das “condições da ação”¹¹⁹ se faz através de uma técnica conhecida como teoria da asserção. Não obstante este nome, de uso consagrado, não se está aí diante de uma verdadeira teoria, mas de uma técnica para verificação da presença das “condições da ação”. Asserção, como cediço, significa afirmação, e daí vem o nome desta técnica, por força da qual as “condições da ação” devem ser examinadas *in statu assertionis*, isto é, no estado das afirmações feitas pela parte em sua petição.

[...]

O exame das “condições da ação” pode se realizar a qualquer tempo, inclusive após a produção de prova, e até mesmo em grau de recurso. O que define se a decisão proferida pelo órgão jurisdicional tem por objeto as “condições da ação” (afirmando sua presença ou ausência) ou sobre o mérito da causa (declarando procedente ou improcedente o pedido) não é o momento em que é prolatada, mas a técnica empregada para proferi-la. Caso se trate de uma decisão que se limitou ao exame, *in statu assertionis*, das alegações contidas na petição inicial, estar-se-á diante de um pronunciamento sobre as “condições da ação”. De outro lado, se tiver havido exame de material probatório, a fim de se verificar se as alegações contidas na petição inicial eram mesmo verdadeiras ou não, estar-se-á diante de um provimento de mérito (de procedência ou de improcedência do pedido)¹²⁰.

¹¹⁷ Destaque-se tratar se terminologia própria do Código Civil de 1973, vigente à época do texto, sendo que desde tal período já afirmava o autor preferir o termo *requisitos do provimento final*, conforme aduz em CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de...*, *ob. cit.*, p. 148.

¹¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de...*, *ob. cit.*, p. 155-156.

¹¹⁹ Grifo nosso. A despeito de utilizar o termo não mais expresso pelo Código de Processo Civil de 2015, Câmara destaca, alguns parágrafos antes, que, com o termo, se refere aos requisitos processuais, terminologia adequada à sistemática processual brasileira vigente. Nesse sentido: “O exercício do direito de ação será regular se preenchidos dois requisitos, tradicionalmente conhecidos como ‘condições da ação’”, in CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 45.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 46.

Aderem à teoria, também, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, destacando que caso o juiz tenha elementos no âmbito probatório para concluir, por exemplo, que o autor não é titular do direito material que o processo visava a tutelar, deve realizar julgamento do mérito, haja vista que o postulante detém o direito à resolução de mérito da ação, isto é, à tutela jurisdicional efetiva, ainda que não se reconheça ou inexista o direito material a que sustentou titular¹²¹. Igualmente se afere das páginas de Bedaque que:

[...] tem interesse processual aquele que deduz perante o juiz direito [...] cuja satisfação dependa daquela modalidade de tutela jurisdicional por ele pleiteada. [...] A falta de interesse decorre da não correspondência entre o fato narrado e a tutela pleiteada, que pode ser desnecessária ou inadequada. Será inútil o prosseguimento do processo se a situação descrita na inicial não apontar comportamento de alguém contrário ao que determina o direito material, nem fato apto a modificar situação jurídica. [...] ¹²².

E prossegue Bedaque:

Não é outra a razão por que a única maneira de diferenciar o interesse processual do mérito propriamente dito é a profundidade da cognição. Afirmada e impugnada a exigibilidade do crédito, por exemplo, o acolhimento da defesa implica improcedência do pedido, não carência de ação. Esta somente se verifica se a desnecessidade da tutela puder ser aferida à luz das afirmações feitas na inicial.

[...]

Dúvida não há de que a apuração do inadimplemento [nas demandas com pedido condenatório] configura questão de mérito. Se o réu, por exemplo, negar o descumprimento da obrigação porque cabia ao credor ir buscar o respectivo objeto, sua defesa apresenta nítido conteúdo de mérito.

[...]

Pois bem. Não demonstrada pelo autor a ocorrência do termo ou da condição [que configura a exigibilidade do conteúdo pleiteado no processo], conseqüentemente, inadimplemento não houve, devendo ser rejeitado o pedido do autor. [...] De qualquer modo, inadmissível o exercício, ou não adquirido o direito, trata-se de juízo sobre aspecto da própria relação de direito material afirmada na inicial, de que resulta a improcedência do pedido de tutela condenatória.¹²³

Fredie Didier Jr., por sua vez, não adota a *Teoria da Asserção* de modo integral. Advoga que o fato de a ausência de interesse de agir se evidenciar após a instrução probatória não retira do processo sua inutilidade ou desnecessidade, aduzindo ser imperiosa a extinção do processo sem resolução de mérito nesse cenário, com base na previsão do art.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso...*, *ob. cit.*, p. 214-215.

¹²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 303.

¹²³ *Ibid.*, p. 311-312.

485, VI, do Código de Processo Civil de 2015. Já no caso de se constatar a ilegitimidade ordinária do autor, seria sempre objeto de decisão de improcedência, qualquer que fosse o momento processual, ao passo que na seara da ilegitimidade extraordinária, estar-se-ia diante de questão de admissibilidade e, por conseguinte, de decisão sem resolução de mérito¹²⁴.

Aplicar-se-ia, assim, na concepção de Fredie Didier Jr., a *teoria da asserção* de modo *mitigado*, já que incidiria no tangente à análise da legitimidade ordinária, mas não no caso da apreciação do interesse processual, por exemplo. Neste último, aduz que incidiria ao menos não do modo definitivo, como determinaria a técnica em sua acepção completa, já que admite o autor que o exame do interesse *in statu assertionis* seria importante na fase postulatória, como obstáculo às demandas inúteis ou desnecessárias¹²⁵.

Na acepção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vislumbra-se, também, a aplicação da *teoria da asserção*, mormente quanto ao interesse processual, de modo que o processualista distingue a exigência da configuração do pressuposto processual, no momento inicial do processo, mediante ao alegado pelas partes, consistindo tal em declaração de vontade que determina qual o elemento essencial do direito ou contradireito vislumbrado¹²⁶.

Ocorre que se ater exclusivamente às explanações trazidas pela doutrina destacada não se faz suficiente para uma análise mais profunda sobre o tema. Mostra-se importante, dessa forma, analisar e tecer algumas compreensões no que afeta a decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no que tange à averiguação do interesse processual sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

¹²⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 367-368.

¹²⁵ Neste sentido, anota Didier que “A teoria [da asserção] é, porém, útil na análise inicial do interesse de agir: no recebimento da petição inicial, antes de citar o réu, o exame do interesse processual deve ser feito *in statu assertionis*, exatamente como sugerido pela teoria da asserção. É um excelente filtro para demandas inúteis ou desnecessárias - é por isso que se admite o indeferimento da petição inicial pela falta de interesse de agir (art. 330, III, CPC). Se, futuramente, constatar a falta de interesse de agir, o juiz poderá extinguir o processo sem resolução do mérito, com base no inciso VI do art. 485.” *in Ibid*, p. 367.

¹²⁶ Nesse sentido, destaca Oliveira que “todavia, de modo nenhum podem ser confundidos o momento inicial – consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão processual – com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório. O primeiro, convém esclarecer, não se exaure tão somente numa declaração de caráter informativo, mas numa *declaração de vontade*, que estabelece o elemento essencial do direito ou do contradireito – o elemento constitutivo causal -, com o qual age ou se opõe ao agir de outrem, vinculando o juiz e forçando-o, nos limites fixados, a exercer seu ofício. Instaurado porém o processo, o seu *modo, ritmo e impulso* escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despiciendo no entanto possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso. Daí o equívoco de colocar-se no mesmo plano as iniciativas do juiz em tema de *prova* (operantes apenas no plano da “*formelle Prozessleitung*”) e as que incidem por sua vez sobre as *alegações*, que concernem efetivamente ao plano da “matéria”, ou seja, do “objeto” do processo” *in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Do formalismo...*, *ob. cit.*, p. 207.

6 – DAS DECISÕES DO STJ SOBRE A AVERIGUAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL SOB A ÉDIGE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como verificado, compreende-se importante controvérsia doutrinária no que afeta à adoção da *teoria da asserção* em sua totalidade quanto à verificação do interesse processual de quem postula em juízo. As diferentes acepções sobre o tema são dotadas de relevância ao se pensar nas consequências jurídicas da aplicação de cada posicionamento, considerando a formação ou não da coisa julgada material em cada caso.

A perspectiva dos defensores da aplicação *in totum* da teoria da asserção é sustentada na ideia de consequência natural da ausência de comprovação do interesse processual. Nesse caso, a improcedência do pedido inicial, de modo a julgar o mérito do processo, dá-se em conformidade com o art. 487, I, do Código de Processo Civil de 2015 e, assim, trata-se de decisão apta a gerar coisa julgada material¹²⁷. Já para os que militam pela incidência *mitigada* da teoria, a não comprovação do pressuposto processual levaria à constatação de sua ausência e, desse modo, implicaria na extinção do processo sem apreciação do seu mérito, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil, isto é, por decisão que não se vê apta à geração de coisa julgada material¹²⁸.

Mostra-se importante, portanto, verificar como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu tal dissídio a partir da vigência do atual Código de Processo Civil, considerando a importância do Tribunal como uniformizador da interpretação atribuída à legislação federal. Para tanto, foi realizada a pesquisa pela ferramenta de consulta à jurisprudência do STJ¹²⁹ para buscar os acórdãos e decisões proferidas no âmbito do Tribunal aplicando-se o CPC de 2015, tendo sido encontrados¹³⁰ dois julgados, quais sejam, os

¹²⁷ Quanto à decisão apta à geração da coisa julgada, verifica-se das disposições do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.” *in* BRASIL, Lei n. 13.105...*Código de Processo Civil...*, *ob. cit.*. Acesso em 09 out 2017.

¹²⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 367.

¹²⁹ Ferramenta disponível no portal <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>, consulta realizada em 11 out 2017.

¹³⁰ A pesquisa foi realizada pelos termos “teoria da asserção”, limitando-se temporalmente desde o início de vigência do Código de Processo Civil de 2015, isto é, dia 18 de março de 2016. Foram encontrados mais de trinta resultados, sendo que apenas dois cingiam-se à análise do interesse processual e, portanto, foram

Recursos Especiais nº 1.314.946/SP e 1.431.244/SP, julgados, respectivamente, pelas Quarta e Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

6.1 – Do Recurso Especial nº 1.314.946/SP

Conforme o relatório emitido pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, tratou-se de Recurso Especial interposto por diversas instituições bancárias integrantes do polo passivo do processo oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ajuizado por uma associação de pensionistas, assistidos e vinculados sob o argumento de que o grupo bancário demandado teria se utilizado de superávit de plano de previdência para o custeio de contribuições devidas pela instituição financeira, o que sustentou ser ilícito. Em primeira instância, o processo foi extinto sem resolução de mérito, pois o magistrado entendeu ser necessária a desconstituição prévia dos atos jurídicos que permitiram o procedimento objurgado, sendo tal decisão cassada pelo juízo *a quo*, que determinou que o retorno dos autos ao juízo de origem para julgamento, entendendo afastada a carência de ação determinada, pois “[...] quanto à matéria objeto de recurso, houve excessivo rigor por parte do magistrado na questão processual, ante a desistência da parte em relação a um dos itens do pedido”¹³¹. Os réus opuseram, assim, o Recurso Especial ora analisado.

Percebe-se, portanto, que a discussão do aludido Recurso Especial abarca justamente o interesse processual dos proponentes do processo, considerando que não houve prévia desconstituição dos atos jurídicos que originaram a relação posta *sub judice*. Importante, assim, verificar que a Quarta Turma do STJ negou provimento ao remédio, considerando que se verificou o interesse de agir por meio das afirmações constantes na peça vestibular, citando a aplicação da *teoria da asserção*. Nesse sentido, impende a leitura da ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE PEDIR. ILEGALIDADE. ATOS PRATICADOS PELOS RÉUS COM BASE EM REGULAMENTO. PRÉVIA DESCONSTITUIÇÃO. DESNECESSIDADE. PEDIDOS DECLARATÓRIO E CONDENATÓRIO. COMPATIBILIDADE

selecionados para a presente análise (REsp nº 1.314.946/SP e 1.431.244/SP). Os demais acórdãos versavam sobre a legitimidade das partes.

¹³¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível *apud* BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.946/SP*. Recorrentes: Trevo Instituto Bandeirantes de Seguridade Social e outros. Recorrido: APATREVO Associação Civil dos Participantes Assistidos Pensionistas e Vinculados do Trevo IBSS. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Diário do Judiciário Eletrônico. Brasília, 09 set. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200554468&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 out. 2017.

COM OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS. **INTERESSE DE AGIR. TEORIA DA ASSERÇÃO.** RECURSO DESPROVIDO. 1. O regulamento não se sobrepõe à lei. Assentada a causa de pedir na ilegalidade do procedimento adotado pelos réus, não se faz necessária a prévia anulação de cláusula do regulamento do plano de previdência complementar para o eventual acolhimento dos pedidos declaratórios e condenatórios formulados na petição inicial. **2. As condições da ação, incluídos o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, são aferidas à luz das afirmações deduzidas pelo autor da demanda na petição inicial, com a aplicação da denominada "Teoria da Asserção".** 3. **No caso concreto, os pedidos formulados na petição inicial não revelam, a partir das alegações autorais e em um exame puramente abstrato, falta de interesse de agir ou impossibilidade jurídica.** 4. Recurso especial desprovido.¹³²

Ocorre que o Ministro Relator não teceu maiores comentários sobre o que permite a aplicação da aludida teoria sob a égide do CPC, cingindo-se a dizer que a jurisprudência do STJ determina sua aplicação, citando julgados proferidos sob a sistemática processual anterior¹³³ sem sequer indicar qualquer equivalência existente entre os princípios e normas dos dois códigos processuais cíveis brasileiros (de 1973 e de 2015) que permitiria, assim, a aplicação do entendimento anterior do Tribunal no caso em análise. Limitou-se a destacar que se aboliu, na sistemática atual, a possibilidade jurídica do pedido enquanto condição da ação¹³⁴. Importante, ainda, notar que não se cumpriu adequadamente a exigência do art. 489, V, do CPC em vigor no que tange ao dever de identificar os fundamentos dos precedentes invocados e seu ajustamento com o caso em *sub judice*.

Nesse sentido, importante a leitura do voto proferido pelo Ministro Relator no que afeta à aplicação da *teoria da asserção*:

[...]

De outro lado, o exame das condições da ação dá-se em abstrato, segundo as assertivas da parte autora em sua petição inicial (Teoria da Asserção). In casu, não se traduzem flagrantemente impossíveis, quando cotejados com o ordenamento jurídico pátrio, os pedidos declaratórios e condenatórios formulados pela autora da ação. Ainda que se admitisse a necessária desconstituição prévia dos atos que autorizam o procedimento contestado, seria essa questão de mérito no julgamento da causa. É assim a jurisprudência desta Casa: [...]

À luz da causa de pedir apresentada na peça inicial, o magistrado julgará procedentes ou improcedentes os pedidos formulados pela recorrida (condenação em obrigação de fazer, de não fazer e declaração), que em um exame puramente abstrato não revelam impossibilidade jurídica ou falta de interesse de agir.

¹³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.946/SP, ob. cit.*, sem grifos no original.

¹³³ *Ibid.*, p. 10-11.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 12.

Destaco que o presente recurso versa sobre atos judiciais proferidos na vigência do sistema processual anterior. No novo CPC, a possibilidade jurídica foi abolida como elemento de condição da ação, de modo que agora é sempre resolvida no julgamento de mérito.

Tampouco inexistente o interesse processual da autora – que se examina a partir da avaliação sobre os elementos necessidade, utilidade e adequação. A pretensão deduzida pela entidade associativa afigura-se, ao menos neste momento de exame superficial, necessária, útil e adequada para obstar, sanar e reparar os alegados danos que lhe teriam sido (e, possivelmente, ainda podem vir a ser) causados ante a prática que se afirma adotada pelos réus¹³⁵.

Com o teor da decisão, evidenciou-se que os julgadores aplicaram a *teoria da asserção* em sua forma completa, alcançando o interesse de agir, admitindo-o existente apenas pela análise do que foi aduzido pela parte autora. Não obstante, verifica-se que o STJ manteve uma posição que já adotava antes da vigência do CPC atual, como se infere da argumentação trazida no acórdão, com farta referência a julgados anteriores do próprio Tribunal. Caracterizou-se, portanto, o interesse processual *in statu assertionis*, a partir de um *exame superficial*, ponderando-se que a ausência de sua comprovação seria capaz de ensejar, em momento oportuno, o julgamento de mérito do processo.

6.2 – Do Recurso Especial nº 1.431.244/SP

Conforme o consta do relatório emanado pela Ministra Nancy Andrighi, tratou o caso de Recurso Especial interposto em ação de usucapião extraordinário ajuizada pelos recorrentes, com intuito de terem reconhecida sua exclusiva propriedade sobre o imóvel objeto da lide, sendo que o juízo de primeira instância prolatou sentença que extinguiu o processo sem análise de seu mérito em virtude da falta de interesse processual pela inadequação da via eleita, pois os postulantes já eram proprietários de parte do imóvel usucapiendo. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença objurgada, de modo que os autores aviaram o Recurso Especial cujo acórdão se vê ora analisado sob o argumento de que a usucapião se mostra como útil e necessária à pretensão deduzida na peça de ingresso¹³⁶.

¹³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.946/SP, ob. cit.*, p. 10-12, sem grifos no original.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.431.244/SP*. Recorrentes: Santirio Pinto de Souza e Dirce Furtado de Almeida Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2016. Diário do Judiciário Eletrônico. Brasília, 15 dez. 2016, p. 1-2. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400167853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 out. 2017.

Verifica-se, portanto, que a discussão acerca do interesse processual se apresenta central no caso em apreço, haja vista que buscam os recorrentes a reversão de sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito por compreender pela inexistência de interesse processual.

No caso, a Relatora teceu considerações acerca dos pressupostos processuais, chamando-os de *condições da ação*, indicando autores da doutrina processualista brasileira que defendem a verificação do interesse processual *in statu assertionis*, citando dispositivos equivalentes entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015. Nesse sentido, lê-se do voto da Ministra Relatora:

[...]

As condições da ação ingressaram no ordenamento jurídico nacional por influência de Enrico Tullio Liebman, que as definiu como requisitos de ordem processual que devem estar presentes para que seja examinado o mérito de um determinado processo.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, as condições da ação correspondem a “questões prejudiciais de ordem processual” –, que devem ser averiguadas, pela teoria da asserção, conforme o exercício concreto do direito de agir na formulação da petição inicial, pois não podem se confundir com a resolução do mérito da causa.

O interesse de agir é uma dessas questões prejudiciais de ordem processual reconhecidas pelo Direito Processual Civil e previstas nos arts. 3º do CPC/73 e 17 do CPC/2015. Refere-se à necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado para amparar, em um juízo abstrato, a pretensão deduzida no processo¹³⁷.

Ulteriormente, consta do teor da decisão que foi realizada a aplicação em concreto da teoria da asserção ao se analisar que, pelo narrado na exordial, não havia interesse processual dos autores da ação, mantendo a extinção do processo:

[...]

Como se vê, não há utilidade em um eventual julgamento de procedência do pedido de usucapião, pois já são proprietários do imóvel usucapiendo, ainda que em copropriedade com os demais condôminos. Também não haveria necessidade de ajuizamento da presente ação para o acolhimento da pretensão de divisão do citado imóvel, pois, aparentemente, as parcelas ideais do bem já estão distribuídas em seu corpo físico, não havendo controvérsia a respeito dos limites do direito de propriedade de cada condômino¹³⁸.

E prossegue o acórdão do Recurso Especial:

[...]

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.431.244/SP*, *ob. cit.*, p. 3-4, sem grifos no original.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 5-6, sem grifos no original.

Tampouco é suficiente para a obtenção do registro individualizado da fração ideal a menção ao fato da posse ser ininterrupta e exclusiva sobre parcela ideal desse bem há mais de 15 (quinze) anos, com justo título, boa-fé e *animus domini*, o que somente é capaz de, em tese, ensejar a aquisição da propriedade, cuja existência e limites não são controvertidos no presente processo.

Verifica-se, portanto, de um exame puramente abstrato, que não há interesse de agir, pela ausência de necessidade ou utilidade no ajuizamento da presente ação para que fosse reconhecida a propriedade do bem imóvel em questão e a ausência de correlação lógica de utilidade entre a causa de pedir e a pretensão de direito material pleiteada, qual seja, a obtenção do registro individualizado da parcela ideal no Registro de Imóveis.¹³⁹

Em suma, no caso, assim como no julgamento no item anterior, o STJ adotou posição no sentido de que o interesse de agir também deve ser realizado pela aplicação da *teoria da asserção*, o que, pela argumentação e precedentes invocados nos acórdãos, configura a manutenção de entendimento do STJ nessa acepção.

No acórdão em análise, no entanto, não se pôde evidenciar, com mais acerto, se foi adotada a *teoria da asserção* em sua modalidade *mitigada* ou *completa*. Isto pois ocorreu a extinção do processo por não se verificar o interesse de agir, apesar de analisado *in statu assertionis*. Não foi, assim, caso em que não houve comprovação posterior, quando da sentença, do referido pressuposto processual, ponderando que o processo não chegou à instrução probatória.

Entretanto, apesar da peculiaridade do caso ao se proceder à extinção do processo, não houve discussões mais profundas acerca da aplicação análise *in statu assertionis* do interesse de agir em qualquer fase do procedimento, o que se constitui como indicativo de que o STJ se sustenta em entendimento consolidado no sentido da aplicação da *teoria da asserção* de forma completa, isto é, abrangendo todos os pressupostos processuais e em qualquer momento do processo.

Insta ressaltar, ainda, que apesar do direcionamento do STJ verificado pelos julgados analisados, mostra-se preocupante o fato de os acórdãos não terem realizado maiores considerações quanto à compreensão dos fundamentos que justificam a aplicação da acenada teoria na sistemática processual cível atual, em muito se limitando à invocação de precedentes. Tal prática, além deixar de lado o dever de fundamentação expresso no art. 489 do CPC, sobretudo ao se apreciar o disposto no §1º, V, do referido dispositivo legal, pode abrir caminho para que se entreveja uma repentina mudança de compreensão dos ministros do

¹³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.431.244/SP, ob. cit.*, p. 6, sem grifos no original.

Tribunal sobre o tema. Isto porque, ao se apartarem das discussões cruciais no âmbito do processo civil, a saber, acerca de sua função enquanto importante procedimento e ferramenta do Poder Judiciário na concretização do papel do Estado Democrático de Direito, qual seja, na garantia dos direitos fundamentais, pode-se vislumbrar cenário em que a dinâmica forense, sobretudo voltada à produção dos julgadores e dos Tribunais, sobreponha-se à preocupação em se garantir um processo justo e devido, com respeito às garantias e direitos fundamentais, voltado à concretização da justiça e à finalidade pública do processo.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as acepções pública de processo e a compreensão de que se vive um período de supremacia do processo civil constitucional, *neoprocessualismo*, *processo constitucionalizado* ou, ainda, *fase do formalismo-valorativo*, percebe-se que o processo civil é concebido mais que como instrumento de solução do conflito individual existente entre as partes. Sua função enquanto definidor sobre quem é o titular de determinado direito ou o devedor de dada obrigação se apresenta em conjunto com a efetivação dos direitos fundamentais e da distribuição da justiça.

Noutro giro, percebe-se o processo para além de instrumento para a concretização do direito material, superando-se a fase *instrumentalista* do processo, compreendendo-o como dotado de relevância e interesse públicos no que afeta à garantia da paz social, à distribuição do direito material e à garantia e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, compreendidos tanto em sua técnica quando em seu resultado prático, vislumbrando-se um processo verdadeiramente eficiente e eficaz.

Dessa forma, vê-se o processo civil, atualmente, como essencial para que o Estado Democrático de Direito possa cumprir sua função enquanto garantidor dos direitos fundamentais de cada cidadão, motivo pelo qual foi criado, de modo que a garantia da tutela jurisdicional justa, cooperativa, democrática e efetiva se mostra crucial para o próprio alcance da *razão de ser* da atual concepção de Estado em que estamos inseridos.

Nesse sentido, tecendo todas as vênias aos autores que sustentam a aplicação mitigada da teoria da asserção ou mesmo sua não incidência, mostra-se mais adequado, no entanto, na singularidade deste trabalho, filiar-se à necessidade da consideração dos pressupostos processuais *in statu assertionis* em sua perspectiva ampla e completa.

Mostra-se forçosa, nessa linha, concordar que os pressupostos processuais perderam grande parcela de sua função desde a unificação do processo em uma só fase, considerando que, atendidos ou não, estar-se-á, via regra, diante de uma relação jurídica que envolve postulantes, demandados e um órgão julgador, de modo que já existiria uma relação processual.

Do mesmo modo, a aplicação da *teoria da asserção* no que se chamou de forma mitigada leva ao agravamento do problema da ineficiência do processo, considerando que não se exigiria a comprovação do interesse processual em fase postulatória, prosseguindo-se o feito por toda sua fase instrutória, com a produção de toda a variedade de provas,

diligências, custas, despesas, abalroamento das varas judiciais e dispêndio de tempo e recursos do Judiciário para, ao final, quando do momento do julgamento, colocar-se o critério formal do pressuposto processual do interesse de agir acima do interesse público da solução da demanda, do pronunciamento judicial e da distribuição da justiça material, verificando-se como verdadeiro exemplo de formalismo exacerbado, desprovido de significado. Isto porque o cenário criado pela aplicação da teoria da asserção de modo mitigado é a de um processo apto a atingir sua finalidade, tendo perpassado por todas as fases do procedimento, mas que é extinto por simples aspecto formal e de política judiciária.

Evidencia-se inviável, igualmente, a defesa do afastamento *in totum* da teoria da asserção para exigir da parte autora, quando da propositura da ação, demonstração cabal de sua legitimidade e, sobretudo, interesse processual, mesmo porque consistiria em violação ao acesso à justiça, direito constitucional afirmado pela CF/88, afastando o procedimento dos fins de interesse público do processo civil.

Não haveria, ainda, que se dizer em impossibilidade do juiz em enfrentar o mérito do processo quando encerrada a instrução probatória, mesmo porque o processo atual se alicerça nos corolários da proibição do *non liquet*, como se depreende da inafastabilidade do controle jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88 e pelas disposições do art. 4º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro, evidenciando-se que não pode o juiz se eximir de apreciar o processo que lhe é apresentado, havendo ou não prova bastante, tendo o julgador a sua disposição recursos como, por exemplo, o uso das regras de experiência e do ônus da prova, previstos nos art. 373 e 375 do CPC.

Constatou-se, ademais, que o STJ, em seus escassos casos julgados sobre o tema na vigência do CPC, manteve a compreensão existente na sistemática do CPC/1973 no que concerne à incidência da *teoria da asserção* de modo integral na verificação da existência dos pressupostos processuais, entre os quais o interesse de agir, sendo sua comprovação matéria afeta ao mérito do processo. Tal posicionamento se exhibe certo, pelo exposto, apesar de carecerem os acórdãos de maior substrato teórico em suas fundamentações.

Em suma, mostra-se acertada a adoção da *teoria da asserção* de modo integral no que afeta na verificação do interesse processual após a instrução do processo, de maneira a se exigir do julgador o enfrentamento do mérito do processo, garantindo-se a eficiência, a eficácia, a primazia do julgamento de mérito e a pacificação social. Permite-se, assim, a criação da coisa julgada material e, por conseguinte, a distribuição da justiça material e a garantia do direito a uma tutela jurisdicional concreta.

A ausência de comprovação do interesse de agir, dessa forma, deve ensejar o julgamento do mérito, considerando a busca pela realização da função pública do processo, sendo que o julgador, se necessário, pode se valer dos recursos previstos no ordenamento jurídico nesse sentido. Seria inviável e incompatível com a função pública do processo, destarte, realizar a extinção do processo sem julgamento do mérito, posto que consistiria em violação à proibição do *non liquet*, isto é, a vedação do juiz em se evadir de julgar o processo, basilar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como consistiria em formalismo excessivo e vazio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador - BA, IBDP, n. 17, 2009, p. 1-2. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>, acesso em 02 nov. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 02 nov. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 26-39.

_____. Lei n. 11.738, de 16 de julho de 2008. *Piso Nacional dos Professores*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jul 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111738.htm>. Acesso em 12 out 2017.

_____. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 out 1939. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc>>. Acesso em 03 nov. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 09 out 2017.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Lei da Ação Civil Pública*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 jul 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>, acesso em 09 out 2017.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. *Lei da Ação Popular*. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>, acesso em 09 out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 28*. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2010. DJe. Brasília, 17 fev. 2010, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=28.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>, acesso em 10 out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1074*. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 28 de março de 2007. DJ. Brasília, 25 maio 2007, disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>, acesso em 10 out 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.946/SP*. Recorrentes: Trevo Instituto Bandeirantes de Seguridade Social e outros. Recorrido: APATREVO Associação Civil dos Participantes Assistidos Pensionistas e Vinculados do Trevo IBSS. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Diário do Judiciário Eletrônico. Brasília, 09 set. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200554468&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.431.244/SP*. Recorrentes: Santírio Pinto de Souza e Dirce Furtado de Almeida Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2016. Diário do Judiciário Eletrônico. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400167853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 out. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 1.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, n. 233.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013

FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do Processo*. Revista Ética e Filosofia Política. Juiz de Fora - MG, UFJF, n. 15, v. 2, 2012. Disponível em <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf>, acesso em 10 ago 2017.

_____. *A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro - RJ, UERJ, n. 6, v. 6, 2010, p. 475-496. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21581>>, acesso em 10 ago 2017.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 164.

LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas Influências no Novo CPC*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 74-107, out.-dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso De Processo Civil*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2009

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte: Fórum, janeiro, 2009. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>, acesso em 05 nov 2017.

TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como Nova Fase Metodológica do Processo Civil*. Revista de Direitos Difusos, v. 53, p. 13-32, 2011.