



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ARTUR ORLANDO DE ALBUQUERQUE DA COSTA LINS

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: FUNDAMENTOS, CONCRETIZAÇÃO E LIMITES
DOGMÁTICOS**

Dissertação de Mestrado

Recife
2018

ARTUR ORLANDO DE ALBUQUERQUE DA COSTA LINS

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: FUNDAMENTOS, CONCRETIZAÇÃO E LIMITES
DOGMÁTICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de pesquisa: Jurisdição e processos constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

L759p Lins, Artur Orlando de Albuquerque da Costa
A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos. – Recife: O Autor, 2018. 311 f.

Orientador: Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018. Inclui referências.

1. Processo civil - Brasil. 2. Julgamentos – Brasil. 3. Coisa julgada - Brasil 4. Tutela jurisdicional - Brasil. 5. Nulidade - Direito. 6. Direito processual. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Orientador). II. Título.

347.8105 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-18)

ARTUR ORLANDO DE ALBUQUERQUE DA COSTA LINS

**A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: FUNDAMENTOS, CONCRETIZAÇÃO E LIMITES
DOGMÁTICOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de pesquisa: Jurisdição e processos constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

A banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____ Aprovado _____

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Presidente - UFPE)

Julgamento: _____ Aprovado _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (1º Examinador externo – FESP/PB)

Julgamento: _____ Aprovado _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (2ª Examinador interno - UFPE)

Julgamento: _____ Aprovado _____ Assinatura: _____

Aprovado em: 20 de fevereiro de 2018.

Coordenador: Prof. Dra. Juliana Teixeira Esteves.

AGRADECIMENTOS

Nunca é tarde para se buscar o aperfeiçoamento intelectual!

Por isso, após dezenove anos de graduar-me em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR), resolvi perseguir um antigo sonho - ingressar no curso de Mestrado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) -, logrando êxito em uma disputada seleção de admissão, depois de muito comprometimento, dedicação e esforço.

Agora, nesse momento tão especial de conclusão dessa difícil jornada acadêmica, não poderia deixar de exteriorizar um dos mais sublimes (e, não raras vezes, esquecido) dos sentimentos: a gratidão, por entender que é imprescindível prestar um reconhecimento a todos aqueles que, direta ou indiretamente, em intensidades variadas, contribuíram para alcançar o sonho de me tornar um “mestre”.

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por me conceder a saúde necessária para concluir essa relevante etapa intelectual de minha vida. Depois, preciso agradecer, carinhosa e penhoradamente, aos meus pais, Artur Orlando e Maria Thereza, que, desde sempre, investiram, com todos os seus esforços, na minha educação, participando, sem exceção, de todos os momentos dessa longa jornada, ajudando-me, com isso, a concretizar esse tão almejado sonho.

Nesse momento, cabem duas lembranças especiais: agradeço ao meu avô materno, Ulysses Lins de Albuquerque Filho (*in memoriam*), grande referência na minha escolha profissional, cujos equilíbrio e probidade me inspiraram a ser bacharel em Direito, que, certamente, está orgulhoso por essa minha conquista intelectual. No mesmo sentido, não poderia deixar de agradecer, também, a minha tia-avó, Terezinha Lins de Albuquerque, a quem devo relevantes conselhos nessa caminhada.

De igual modo, agradeço, emocionado, à minha esposa, amiga e parceira de todas as horas, Ana Paula, que, diuturnamente, transmitiu-me a sensatez e a tranquilidade necessárias para superar os momentos mais complicados de angústia e de hesitação, presentes durante o árduo desenvolvimento desta dissertação, renovando, indubitavelmente, os nossos laços de amor, admiração e respeito mútuos.

Aos meus filhos, Júlia e Mateus, agradeço-lhes a compreensão pelas minhas ausências e renúncias em inúmeros momentos de convívio familiar, privações estas que, contraditoriamente, foram essenciais à conclusão dessa dissertação.

A minha irmã, Thaís, e ao meu cunhado, Leonardo, pela torcida e pela constante ajuda nas saídas com os meus filhos, que ajudaram a me dedicar, com mais afinco e tranquilidade, na concepção desse trabalho.

Aos meus sogros, Marçal e Tânia, pelas presenças indispensáveis nos fins de semana junto à Ana Paula e aos meus filhos, as quais, sem dúvida, ajudaram, imensamente, a suprir a minha ausência, bem como à disponibilidade da minha sogra, bibliotecária, em realizar, em conjunto com o bibliotecário Fernando Antônio de Oliveira, a revisão das referências textuais do trabalho.

Aos meus cunhados, Marcelo e Andressa, pela amizade e pela disponibilidade dispendidas para comigo e para com meus filhos, ajudando-me a desenvolver o presente trabalho.

Agradeço, sincera e demasiadamente, ao meu orientador, Professor Leonardo Carneiro da Cunha, referência intelectual desde a época do meu vestibular, quando estudava por suas redações, pelo comprometimento, dedicação e, sobretudo, simplicidade em compartilhar seus profícuos conhecimentos, confirmando algo que sempre pensei a seu respeito - que ele tem o “dom” da docência -, como também pelas várias obras a mim cedidas, cujas leituras enriqueceram por demais esta dissertação.

Ao professor Francisco Barros, amigo da graduação na Faculdade de Direito do Recife (FDR), que, com suas pertinentes, profundas e valiosas sugestões durante a qualificação, contribuiu substancialmente para o aprimoramento do texto, além de sempre se colocar à disposição para um diálogo altamente produtivo.

Ao professor Jaldemiro Ataíde, cujas obras doutrinárias foram essenciais ao bom desenvolvimento do trabalho, bem como ao convívio sempre cortês e à inteira disponibilidade demonstrada ao longo das tratativas para a definição da data de defesa.

Ao professor Sérgio Torres, de quem fui monitor na graduação em Direito, ocasião em que estudei as primeiras noções da Teoria Geral do Processo Civil, como também ao fato de ter aceitado, de pronto e sem qualquer reserva, o convite para participar da minha banca examinadora.

Ao grande amigo e professor, Luiz Henrique Diniz Araújo, que me fez despertar para a necessidade de realização de uma pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado), sempre aberto a ricos debates processuais, os quais, de algum modo, revelaram-se importantes e úteis à conclusão deste trabalho.

Ao jovem e brilhante amigo processualista, Gustavo Azevedo, que, além de contribuir para a escolha do título da dissertação, sempre esteve disposto a dialogar, com profundo saber jurídico, sobre as nuances do tema, auxiliando, verdadeiramente, para a formatação do trabalho, bem como pelo empréstimo de várias obras jurídicas fundamentais ao aperfeiçoamento do texto. Aos não menos brilhantes, e também jovens processualistas, João Otávio Terceiro Neto, Eduardo Campos, Murilo Avelino e Lucas Buril, pelas constantes trocas de ideias e pelos livros cedidos, e por estarem sempre dispostos a ajudar em prol da excelência da dissertação.

À Advocacia-Geral da União, que me concedeu uma licença-capacitação de três meses, para dedicar-me, exclusivamente, a este trabalho acadêmico, estendendo os meus agradecimentos aos amigos Miguel Longman e Juliana Araújo, responsáveis pela autorização oficial da referida licença, bem como à amiga de longa data, Fernanda Lapa, incumbida de me substituir, durante o período do meu afastamento, nas atividades profissionais da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região.

Por fim, agradeço, também, a todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), na pessoa de Maria do Carmo de Aquino (Carminha), pelo permanente apoio destinado ao cumprimento das atividades administrativas necessárias à finalização do curso.

RESUMO

Este trabalho se propõe a demonstrar que passou a existir, no processo civil brasileiro, uma norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*, consagrada num modelo estrutural cooperativo de processo, que, porém, não se reveste de caráter absoluto, podendo ser relativizada em algumas situações excepcionais, que prevejam a ocorrência de vícios processuais insanáveis. Partindo da concepção heurística de Humberto Ávila quanto à distinção entre as espécies normativas (princípios, regras e postulados), conclui-se que o texto disposto no art. 4º do CPC poderá funcionar, *a priori*, como uma norma-princípio da *primazia do julgamento de mérito*, que, através de sua nítida função hermenêutica, poderá ajudar a resolver eventual conflito normativo, como também, em tese, é possível que, desse mesmo texto legal, decorram novas regras relativas à preferência do julgamento mérito, que incidam diretamente na resolução de eventual confronto normativo. Assim, sustenta-se que o modelo estrutural cooperativo de processo se apresenta como o “palco adequado” para a aplicabilidade da norma da *primazia do julgamento de mérito*, pois, num ambiente processual dialógico, todos os sujeitos processuais devem envidar esforços para identificar e superar os vícios sanáveis do processo, em prol da resolução do mérito da causa. Em seguida, procura-se estabelecer uma relação de nítido imbricamento entre os princípios da cooperação, do contraditório e da *primazia do julgamento de mérito*, tendo como consequência a correlação entre os deveres de cooperação (esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio) e a aplicabilidade da mencionada norma fundamental. No desenvolvimento dessa temática, a dissertação defende que o aperfeiçoamento do regime de invalidades processuais trazido pelo CPC vigente valoriza, por via reflexa, a própria concretização da norma da *primazia do julgamento de mérito*, na medida em que passa a exigir do órgão julgador um dever argumentativo muito maior para fundamentar e decretar uma invalidade processual. Em seguida, o texto ressaltará a necessidade de se considerar o “mérito” de uma postulação como a conjugação de sua causa de pedir com o seu respectivo pedido, ao fito de se obter o adequado sentido da expressão “mérito”. Adiante, sustenta-se que, na legislação processual civil codificada brasileira, existem inúmeras regras decorrentes de outros textos normativos distintos do art. 4º do CPC, que concretizam o princípio da *primazia do julgamento de mérito*. Por fim, propugna-se que, no direito brasileiro, há limites dogmáticos que, em situações excepcionais, inviabilizam a aplicabilidade da norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*, até mesmo em decorrência das premissas adotadas pelo modelo cooperativo de processo, no qual todos os sujeitos processuais devem pautar suas condutas na lealdade, a fim de não frustrar expectativas legítimas dos demais, em prol do respeito ao devido processo legal, à boa-fé, à preclusão, à confiança legítima e à segurança jurídica, atributos essenciais num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Modelo cooperativo de processo. Invalidades processuais. Sanabilidade. Princípio da *primazia do julgamento de mérito*. Regras concretizadoras. Limites dogmáticos.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone di dimostrare che, nel processo civile brasiliano, è successo per esistere una norma fondamentale del primato del giudizio di merito, consacrata in un modello di processo strutturale cooperativo, esiste, tuttavia, che non è assoluta e può essere relativizzata in alcune situazioni eccezionali, che prevedono il verificarsi di difetti procedurali insormontabili. Partendo dalla concezione euristica di Humberto Avila della distinzione tra specie normative (principi, regole e postulati), si conclude che il testo esposto nell'art. 4 del CPC può funzionare, a priori, come principio normativo del primato del giudizio di merito, che, attraverso la sua chiara funzione ermeneutica, può aiutare a risolvere qualsiasi conflitto normativo, ma anche, in teoria, testo legale, nuove regole relative alla preferenza del merito di giudizio, che influiscono direttamente sulla risoluzione di un eventuale confronto normativo. Quindi, si sostiene che il modello strutturale cooperativo di processo è presentato come lo "stadion appropriato" per l'applicabilità della norma del primato del giudizio di merito, poiché, in un ambiente procedurale dialogico, tutti i soggetti procedurali devono sforzarsi di identificare e superare i vizi del procedimento, al fine di risolvere il merito del caso. Successivamente, cerca di stabilire una chiara relazione tra i principi di cooperazione, il contraddittorio e il primato del giudizio di merito, risultante in una correlazione tra i doveri di cooperazione (chiarimento, prevenzione, consultazione e assistenza) e l'applicabilità di questa regola fondamentale. Nello sviluppo di questo tema, la dissertazione sostiene che la perfezione del regime di invalidità procedurale portato dall'attuale CPC apprezza, a titolo di riflessione, la stessa concretizzazione della norma del primato del giudizio di merito, poiché inizia a esigere dal corpo aggiudicatore un dovere un argomento molto più ampio per giustificare e decretare un'invalidità procedurale. Successivamente, il testo enfatizzerà la necessità di considerare il merito di una postulazione come la coniugazione della sua causa di richiesta con la sua rispettiva richiesta, al fine di ottenere il significato corretto dell'espressione "merito". Di seguito, si sostiene che, nel diritto processuale codificato civile brasiliano, esistono innumerevoli regole derivanti da altri testi normativi distinti dall'art. 4 del CPC, che implementano il principio del primato del giudizio di merito. Infine, si sostiene che, nella legge brasiliana, esistono limiti dogmatici che, in situazioni eccezionali, rendono la norma fondamentale inapplicabile al primato del giudizio di merito, anche in conseguenza delle premesse adottate dal modello di processo cooperativo, in cui tutti i soggetti procedurali devono condurre la loro condotta in lealtà per non vanificare le legittime aspettative degli altri, al fine di rispettare i dovuti processi di legge, buona fede, preclusione, legittime aspettative e certezza del diritto, attributi essenziali in uno Stato democratico di legge.

Parole chiave: Modello cooperativo di processo. Invalidità procedurale. Sanabilidade. Principio del primato del giudizio sul merito. Regole concrete. Confini dogmatici.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A NORMA DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NA DICOTOMIA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	19
2.1 O neoprocessualismo e o reconhecimento da força normativa aos princípios.....	19
2.2 A adoção da teoria tripartite de Humberto Ávila como referencial teórico para a delimitação conceitual das espécies normativas.....	24
2.2.1 Uma abordagem heurística da distinção entre as espécies normativas.....	26
2.2.2 O dilema da distinção entre princípios e regras.....	27
2.2.3 O conteúdo eficaz dos princípios.....	32
2.3 A <i>primazia da resolução de mérito</i> como norma fundamental no direito processual civil brasileiro.....	33
2.3.1 A sua pretensão de complementariedade e o seu amplo conteúdo eficaz.....	38
2.3.2 A solução de mérito da postulação como o estado ideal de coisas perseguido pelo princípio da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	41
3 O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	48
3.1 O modelo cooperativo de processo como “palco adequado” para a aplicabilidade do princípio da <i>primazia da resolução de mérito</i>	48
3.2 A necessária imbricação entre os princípios do contraditório, da cooperação e da <i>primazia da resolução de mérito</i>	52
3.2.1 Generalidades.....	52
3.2.2 O princípio do contraditório.....	53
3.2.3 O princípio da cooperação.....	57
3.2.4 Deveres da cooperação.....	63
3.2.4.1 <i>Dever de esclarecimento</i>	63
3.2.4.2 <i>Dever de prevenção</i>	66
3.2.4.3 <i>Dever de consulta</i>	69
3.2.4.4 <i>Dever de auxílio</i>	72
3.3 O dever de prevenção como instrumento viabilizador para a concretização do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	73
3.4 O princípio da <i>primazia do julgamento de mérito</i> e sua íntima relação com os princípios correlatos.....	75
3.4.1 Generalidades.....	75
3.4.2 O princípio da <i>primazia da resolução de mérito</i> como conquista incorporada ao sobreprincípio do devido processo legal.....	76
3.4.3 O princípio da <i>primazia da resolução de mérito</i> e o princípio da duração razoável do processo.....	78
3.4.4 O princípio da <i>primazia da resolução de mérito</i> e o princípio da efetividade processual.....	85

3.4.5 O princípio da <i>primazia da resolução de mérito</i> e o princípio da eficiência processual.....	89
3.5 O princípio da boa-fé processual como fundamento e limite para a norma da primazia do julgamento de mérito.....	92
3.5.1 Generalidades.....	92
3.5.2 Boa-fé objetiva <i>versus</i> boa-fé subjetiva.....	98
3.5.3 Cláusula geral da boa-fé processual dirigida a todos os participantes do processo.....	102
3.5.4 Função interpretativa do princípio da boa-fé processual.....	105
3.5.5 Medidas concretizadoras do princípio da boa-fé processual.....	110
3.5.5.1 <i>Generalidades</i>	110
3.5.5.2 <i>A proibição do venire contra factum proprium</i>	113
3.5.5.3 <i>A suppressio e a surrectio</i>	118
3.5.6 Segurança jurídica e proteção da confiança legítima.....	121
 4 O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS E O REFORÇO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO CPC.....	126
4.1 Generalidades.....	126
4.2 A influência do modelo processual cooperativo no regime de invalidades processuais do CPC e a importância da teoria comunicativa das invalidades.....	128
4.3 O trato das invalidades processuais no CPC.....	130
4.3.1 O plano da validade como campo de incidência das invalidades processuais e a presunção de validade <i>prima facie</i> do ato processual.....	131
4.3.2 O pronunciamento judicial como condição necessária para a configuração das invalidades processuais.....	135
4.3.3 O CPC previu um princípio da “sanabilidade” das invalidades processuais?.....	138
4.4 A potencialização da instrumentalidade das formas no CPC.....	142
4.4.1 Generalidades.....	142
4.4.2 A tipicidade mitigada das formas como o modelo de validade dos atos processuais adotado no CPC.....	144
4.4.3 Os princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais como normas abrangidas e derivadas do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	146
4.4.4 A preclusão como elemento limitador da decretação das invalidades processuais.....	151
4.4.5 A causalidade como elemento limitador das invalidades processuais.....	155
4.4.6 O prejuízo como elemento essencial do suporte fático composto da invalidade e as regras dos arts. 282, §§1º e 2º, 283, parágrafo único, e 488, do CPC como normas correlatas e concretizadoras da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	157

5 O CONCEITO DE MÉRITO E A NECESSIDADE DE SUA DELIMITAÇÃO PARA A ANÁLISE JUDICIAL.....	165
5.1 Da dicotomia entre a admissibilidade e o mérito das postulações.....	165
5.2 Da dificuldade em estabelecer o alcance e o exato sentido do termo “mérito”.....	172
5.2.1 A polissemia do termo “mérito”.....	175
5.2.2 O mérito da demanda e o mérito do recurso.....	177
5.2.3 O mérito da postulação decorrente da conjugação da causa de pedir e do pedido.....	179
5.3 O mérito na execução.....	185
5.4 A impossibilidade jurídica do pedido como questão de mérito no CPC.....	189
 6 A CONCRETIZAÇÃO E OS LIMITES DOGMÁTICOS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO CPC.....	 192
6.1 As regras concretizadoras do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito na parte geral do CPC</i>	192
6.1.1 A regra da <i>translatio iudicii</i>	192
6.1.2 As regras gerais dos arts. 139, IX e 317 do CPC, como medidas de suprimento de pressupostos processuais e de saneamento de outros vícios processuais em prol da decisão de mérito.....	195
6.1.3 A manifesta tempestividade do ato processual “premature”.....	197
6.2 As regras concretizadoras do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito na parte especial do CPC (fase de conhecimento)</i>	199
6.2.1 As regras do art. 319, §§1º, 2º e 3º, do CPC e impossibilidade de indeferimento liminar da petição inicial, com fulcro em sua inépcia, quando houver dificuldade na efetivação da citação do réu.....	202
6.2.2 As regras dos arts. 338 e 339 do CPC e o dever típico imputado ao réu de correção da ilegitimidade passiva <i>ad causam</i>	203
6.2.3 A regra geral do art. 352 do CPC e o saneamento das irregularidades e dos vícios sanáveis.....	206
6.2.4 A regra do art. 486, §1º, do CPC como impeditiva ao ajuizamento reiterado de novas ações com vícios semelhantes aos presentes nas ações extintas sem resolução do mérito.....	207
6.3 As regras concretizadoras do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito na parte especial do CPC (fase recursal)</i>	208
6.3.1 Generalidades.....	208
6.3.2 A regra geral da sanabilidade do art. 932, parágrafo único, do CPC.....	213
6.3.3 A regra complementar do art. 932, III, do CPC.....	218
6.3.4 O fato e o direito supervenientes e a regra do art. 933 do CPC.....	222
6.3.5 As regras do art. 938, §§ 1º, 2º e 4º, do CPC como dever geral de correção de defeitos processuais sanáveis no âmbito do tribunal.....	224

6.3.6 O vício insanável da intempestividade recursal como limite dogmático à <i>primazia do julgamento de mérito</i> (a regra do 1.003, §6º, do CPC).....	226
6.3.7 O preparo recursal e as regras do art. 1.007, §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 7º, do CPC em prol da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	233
6.3.8 O julgamento de mérito diretamente pelo tribunal e as regras dispostas no art. 1.013, §§3º e 4º, do CPC em prol da <i>primazia do julgamento de mérito</i>	237
6.3.9 A regra do 1.024, §3º, do CPC e a fungibilidade dos embargos de declaração recebidos como agravo interno.....	241
6.3.10 A regra do 1.025 do CPC e o prequestionamento ficto.....	244
6.3.11 A regra do 1.029, §3º, do CPC e a desconsideração ou a correção de vício formal “não grave” em favor do exame de mérito dos recursos excepcionais.....	248
6.3.11.1 A <i>ausência de prequestionamento como vício insanável</i>	252
6.3.11.2 A <i>inexistência de repercussão geral como vício insanável</i>	253
6.3.12 As regras dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC e a fungibilidade de mão dupla entre os recursos especial e extraordinário em prol do exame de mérito dos recursos excepcionais.....	255
6.4 Os limites dogmáticos à aplicabilidade do princípio da <i>primazia do julgamento de mérito</i> no sistema recursal	260
6.4.1 Generalidades.....	260
6.4.2 Cabimento recursal.....	263
6.4.3 Interesse recursal.....	268
6.4.4 Legitimidade recursal.....	271
6.4.5 Inexistência de fato impeditivo e extintivo do poder de recorrer.....	272
6.4.6 Regularidade formal recursal.....	275
6.4.7 Tempestividade e preparo recursais.....	281
7 CONCLUSÕES	282
REFERÊNCIAS	285

1 INTRODUÇÃO

O processo civil contemporâneo somente pode ser satisfatoriamente compreendido quando atendidas as exigências que são impostas pelo conceito de “Estado Constitucional”.

A partir desta constatação, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal n. 13.105/2015) inseriu-se no contexto do Estado Democrático de Direito, na medida em que encampou suas características, exigindo, de um lado, a observância à legalidade, à isonomia, à segurança jurídica e à confiança legítima, inerentes ao Estado de Direito, de onde se extrai, outrossim, a boa-fé objetiva, relacionada com a honestidade ou lealdade, que deve nortear o comportamento de todos os sujeitos processuais, colaborando para a decisão final de mérito, assegurando, por outro lado, a legitimidade, a liberdade e a participação, fundamentos do Estado democrático¹.

De fato, o atual Código de Processo Civil brasileiro trouxe profundas inovações no sistema processual civil pátrio, ao contemplar, em seu capítulo inicial (arts. 1º ao 12), numa clara inspiração do CPC português, as normas fundamentais do processo civil brasileiro, quando consagrou, expressamente, princípios constitucionais de natureza processual, bem com outros princípios e institutos complementares, que não possuem sede constitucional.

Logo em seu art. 1º, o Código de Processo Civil brasileiro impõe que o processo civil deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, as quais, também, devem ser consideradas, reciprocamente, como diretrizes à aplicação das normas componentes do texto codificado².

Para o desenvolvimento da pesquisa proposta, adota-se como *marco teórico* o *neoprocessualismo*, fase metodológica do direito processual civil, a partir de qual se consagraram (i) a sua constitucionalização; (ii) a transformação da hermenêutica

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 209, p. 349-374, 2012.

² “A utilização, no art. 1º do CPC, do termo “valores” não é boa, pois poderia dar margem a decisionismo, fragilizando a autonomia do direito e facilitando o solipsismo judicial. (...). O processo civil e, de resto, as decisões judiciais não devem basear-se em “valores”, mas em “normas” (CUNHA, Leonardo Carneiro da). “Normas fundamentais no novo CPC brasileiro”. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. SILVA, João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (Org.). São Paulo: Forense, 2017. p. 98).

jurídica, com a diferenciação entre texto e norma, o reconhecimento da atividade criativa do órgão jurisdicional e a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador; e, por fim, (iii) a força normativa dos princípios, cuja relevância é imprescindível aos fins propostos por este trabalho³.

Num cenário nacionalmente delimitado, advindo da legislação processual civil vigente, consolidou-se uma nova norma fundamental extraída do texto do art. 4º do CPC - a da *primazia do julgamento de mérito* - em detrimento do reconhecimento de eventuais nulidades sanáveis que servem de obstáculos à produção do resultado normal e esperado do processo, que é o seu enfrentamento do mérito e a consequente satisfação do direito material nele discutido.

A tarefa proposta se *justifica*, considerando-se que ainda não há, na doutrina brasileira, nenhuma obra específica que trate dogmaticamente do conteúdo normativo, da natureza jurídica e das consequências práticas da norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*⁴.

Cuida-se de tema extremamente relevante, pois se relaciona diretamente com questões essenciais da atual conjuntura jurídico-processual brasileira, quais sejam, o papel dos sujeitos processuais na relação processual, o modelo estrutural de processo cooperativo, o imbrincamento com vários outros princípios processuais, o aprimoramento do atual regime de invalidades processuais e o reforço da instrumentalidade das formas, tal como concebidos no CPC, revelando-se indispensável, *ipso facto*, um estudo sobre a importância teórica e prática da aludida norma fundamental.

Pretende-se, assim, uma análise normativa da *primazia do julgamento de mérito*, consagrada no modelo cooperativo de processo, enquanto fator determinante da atuação jurisdicional, traçando-se um perfil dogmático desta norma e se identificando seus efeitos jurídicos na prática.

Contudo, a presente dissertação reconhece que tal norma fundamental não se reveste de caráter absoluto ou irrestrito, pois encontra limitações no modelo

³ DIDIER JR., Fredie. “Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo”. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 258-259.

⁴ “A norma é fundamental porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis – é também por isso uma norma de interpretação das fontes do Direito Processual e aplicação de outras normas processuais” (DIDIER JR., Fredie. “Comentários ao art. 1º”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1).

comparticipativo de processo, podendo ser relativizada, portanto, em algumas situações excepcionais, que serão examinadas ao longo deste trabalho.

A par disso, objetiva-se enaltecer a magnitude desta nova norma fundamental, mas, concomitantemente, delimitar o seu alcance dentro do modelo cooperativo de processo encampado no Brasil, em prol do respeito ao devido processo legal, à boa-fé objetiva, à preclusão, à confiança legítima e à segurança jurídica, atributos essenciais num Estado de Direito.

Como reflexo, procura-se contribuir com a apresentação de um subsídio teórico para lidar, adequada e corretamente, com o tema proposto e com o seu notório crescimento nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial pátrios.

A *hipótese* deste trabalho ampara-se na abordagem heurística de Humberto Ávila⁵, a qual, por sua vez, reside na premissa essencial de que os dispositivos legais podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa (princípios, regras e postulados). Então, para os fins desta dissertação, sustenta-se que o texto disposto no art. 4º do CPC poderá funcionar como ponto de referência tanto para a construção de um princípio da *primazia do julgamento de mérito*, de caráter impositivo e não apenas recomendatório, dele decorrendo relevantes consequências jurídicas, quanto para a criação de regras atinentes à prioridade da solução de mérito⁶.

Entretanto, embora adote a concepção heurística de Humberto Ávila como seu marco teórico para distinguir as espécies normativas, este trabalho entende que, a partir do texto do art. 4º do CPC, somente se poderá construir a norma da *primazia do julgamento de mérito* como norma-princípio ou como norma-regra, mas não como postulado, porque, na condição de norma-princípio, já estará exercendo a mesma função daquela outra espécie normativa, ao servir como diretriz hermenêutica para a aplicação de diversas normas.

Com efeito, do texto estatuído no art. 4º do CPC, pode-se construir, *a priori*, a norma-princípio da *primazia do julgamento de mérito*, como também, em tese, desse mesmo texto legal, é possível extrair novas regras relativas à preferência do

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 74-77.

⁶ Guastini, a propósito, discorre sobre o assunto, ao asseverar que “*normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado*” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131).

julgamento de mérito, que incidam diretamente na resolução de eventual confronto normativo⁷.

Demais disso, para além da concepção heurística de Ávila, este trabalho sustentará, igualmente, que existem inúmeras regras ao longo do diploma processual civil brasileiro, decorrentes de textos normativos diferentes do art. 4º do CPC, que concretizam o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, regras estas que serão oportunamente tratadas no seu último capítulo.

Eis, portanto, o *objetivo* fundamental do presente estudo: propor uma construção teórica, que, além de reconhecer a significativa relevância da norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*, permita encontrar legítimos limites dogmáticos à sua aplicabilidade, até mesmo em decorrência das premissas adotadas pelo modelo cooperativo de processo, no qual todos os sujeitos processuais devem pautar suas condutas na lealdade e na boa-fé objetiva, a fim de não frustrarem as legítimas expectativas dos demais.

Será utilizado o *método* hipotético-dedutivo no desenvolvimento do estudo, colocando-se, frequentemente, a hipótese em teste, para, mediante um raciocínio crítico, formular propostas específicas para a solução dos problemas apresentados.

Relativamente às *fontes de pesquisa*, informa-se que os escritos doutrinários consistiram na principal fonte utilizada na pesquisa, sem prejuízo da análise crítica de alguns precedentes oriundos tanto de tribunais ordinários como das cortes superiores do ordenamento jurídico pátrio, também importantes para a compreensão e o desenvolvimento racional desse trabalho.

Para se atingirem os objetivos propostos, deu-se preferência às fontes doutrinárias nacionais, mas com algumas incursões pontuais em escritos de direito

⁷ A título de exemplificação, poder-se-ia cogitar que a criação de uma regra sobre o cabimento do agravo de instrumento contra decisão que verse sobre competência, ainda que sem texto específico neste sentido, amparada numa interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC (tese, aliás, lançada por Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha), decorre da análise conjugada dos textos dispostos no art. 4º e no inciso III do art. 1.015, ambos do CPC. Tal regra se revela, nitidamente, como uma norma em prol da *primazia do julgamento de mérito recursal*, porque cria uma nova hipótese de cabimento do agravo de instrumento além daquelas taxativamente previstas no rol do art. 1.015 do CPC. Pontue-se, a esse respeito, que o STJ parece ter encampado tal entendimento, ao entender que o agravo de instrumento é o recurso cabível para impugnar decisão interlocutória relacionada à definição de competência, “*permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda*”, pois a demora na análise desses casos pode “*ensejar consequências danosas ao jurisdicionado e ao processo*” (REsp nº 1.679.909/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/11/2017, DJ de 01/02/2018).

estrangeiro de origem latina (português⁸ e italiano), por representarem referenciais teóricos pioneiros no trato da temática em estudo, sem qualquer pretensão, porém, de realizar direito comparado, pois fugiria aos propósitos desta dissertação.

Em linhas gerais, serão respondidos os seguintes questionamentos com a presente dissertação, a saber: *em que espécie normativa se encaixa a norma fundamental da primazia do julgamento de mérito? Que relação há entre o novo modelo cooperativo de processo e a referida norma fundamental? Como o aprimoramento do sistema de nulidades processuais no CPC repercutirá na concretização da norma fundamental da primazia do julgamento de mérito? Houve uma nova reformulação do princípio da instrumentalidade das formas no CPC? Se sim, como isso reverberou na norma fundamental da primazia do julgamento de mérito? Qual é a correta acepção jurídica do termo “mérito”, para fins de aplicabilidade desta norma? Quais são as regras positivadas no CPC, decorrentes de outros textos diferentes do seu art. 4º, que concretizam o princípio da primazia do julgamento de mérito? Existem limites dogmáticos legítimos à aplicabilidade dessa norma no âmbito do processo civil brasileiro? Se sim, quais os comportamentos a serem adotados pelo juiz e pelas partes quando presentes tais limites? Mesmo em tais situações, a referida norma fundamental deve ser aplicada no caso concreto?*

Para tentar responder a estas e a outras indagações, dividir-se-á a dissertação em seis capítulos, correspondendo o primeiro à introdução.

No segundo, fixar-se-á o marco teórico da pesquisa: a teoria tripartite de Humberto Ávila, para fins de distinção das espécies normativas, a partir da qual se examinará, especificamente, a concepção heurística do problema, tal como já delineado nas linhas anteriores, para as quais se remete o leitor.

No terceiro capítulo, sustentar-se-á que o modelo estrutural cooperativo de processo se apresenta como o “palco adequado” para a aplicabilidade da norma da *primazia do julgamento de mérito*, pois, num ambiente processual dialógico, todos os sujeitos processuais devem envidar esforços para identificar e superar os vícios sanáveis do processo, em prol da resolução do mérito da causa, de modo a evitar, com isso, a

⁸ Caso se faça um paralelo entre o CPC português (vigente desde 2013) e o CPC brasileiro, perceber-se-á a existência de muitos pontos em comum entre os dois diplomas legislativos. Em primeiro lugar, ambas as exposições de motivos indicaram a necessidade de racionalizar, simplificar e tornar célere a realização da atividade jurisdicional. Em segundo lugar, aproximaram o processo civil da Constituição, emprestando-lhe mais uniformidade e efetividade, e, além disso, em ambos, houve um fomento ao contraditório participativo e à cooperação processual. Por fim, percebe-se que a *primazia do julgamento de mérito* esteve em foco em ambas as reformas processuais.

decretação da sanção de invalidade processual, que, em regra, deve ser a última medida a ser adotada no processo⁹.

Ademais, ainda neste capítulo, procurar-se-á estabelecer uma relação de nítido imbricamento entre os princípios da cooperação, do contraditório e da *primazia do julgamento de mérito*, tendo como consequência a correlação entre os deveres de cooperação (esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio) e a aplicabilidade daquela norma fundamental, como também realçar a proximidade entre o princípio da *primazia do julgamento de mérito* com o sobreprincípio do devido processo legal e outros princípios (duração razoável do processo, efetividade e eficiência processuais).

Por fim, ainda neste terceiro capítulo, dar-se-á ênfase ao trato do princípio da boa-fé processual, que, embora seja considerado como um dos fundamentos basilares para a *primazia do julgamento de mérito*, também pode funcionar, paradoxalmente, como uma limitação a essa mesma primazia.

No quarto capítulo, examinar-se-á o regime das invalidades processuais adotado no CPC, que, embora tenha tido poucas modificações de conteúdo, estabeleceu importantes alterações sistêmicas, ao sofrer, claramente, interferência do modelo cooperativo de processo, que conferiu nova concepção ao contraditório, emprestando significativa valorização à participação na prolação das decisões judiciais.

Aliás, o aperfeiçoamento do sistema de regras específicas de invalidade presente no CPC valoriza, por via reflexa, a própria concretização da norma da *primazia do julgamento de mérito*, porque passa a exigir do órgão julgador um dever argumentativo muito maior para fundamentar e decretar a invalidade processual, abrindo-se espaço, *ipso facto*, para a sanção dos defeitos processuais em inúmeras situações previstas no CPC.

E, na parte final deste capítulo, abordar-se-á o reforço formal e material que foi conferido ao princípio da instrumentalidade das formas no CPC, advindo também do modelo cooperativo de processo, de modo a prestigiar o máximo aproveitamento dos atos processuais defeituosos.

⁹ Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara ensina que: “A decretação de nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito somente serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo” (in “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. In: SANTOS, Evandro Marcelo dos; OLIVEIRA, Thaís Miranda de (Org). *Direito e processo em evolução: estudos em homenagem ao professor Antônio Pereira Gaio Júnior*. Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 15.

No quinto capítulo, diante da “polissemia” do vocábulo “mérito”, mediante uma comparação conceitual entre as diversas acepções da palavra “mérito”, pretender-se-á delimitar, especificamente, no âmbito jurídico-processual, o seu conceito como um elemento necessário para se aplicar, de modo escorreito, a norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*.

Ainda nesse capítulo, a dissertação ressaltará a necessidade de se considerar o “mérito” de qualquer postulação como a conjugação de sua causa de pedir com o seu respectivo pedido, visando a se obter o adequado sentido da expressão “mérito”, máxime quando se adota, como marco teórico, o modelo cooperativo de processo, do qual decorre uma obrigatoriedade de fundamentação analítica não só dos pronunciamentos jurisdicionais, como também das próprias postulações das partes.

Demais disso, o trabalho defenderá, ainda no decorrer do quinto capítulo, que, em virtude do desaparecimento da categoria das “condições da ação” na ordem jurídico-processual brasileira, o CPC passou a considerar a impossibilidade jurídica do pedido como, efetivamente, uma questão de mérito, o que demonstra mais um exemplo de valorização da norma da *primazia do julgamento de mérito*.

Por último, no capítulo sexto, analisar-se-ão, detalhada e sistematizadamente, todas as regras positivadas no CPC, algumas delas já existentes na vigência do CPC/1973, outras que foram apenas aprimoradas e, por fim, muitas regras novas com conteúdo originário, que atendem à norma da *primazia do julgamento de mérito*, presentes ao longo de todo o texto codificado, ora na parte geral, ora na parte relativa à fase de conhecimento e, por fim, no sistema recursal.

Ao final, no tópico derradeiro do sexto capítulo, a pesquisa apontará e justificará, fundamentadamente, quais os legítimos limites dogmáticos existentes na atual ordem jurídica, que inviabilizam, em situações excepcionais, a aplicabilidade da multicitada norma fundamental tendente a dar prioridade na solução de mérito do processo, atingindo, com isso, o escopo integral desta dissertação.

2 A NORMA DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NA DICOTOMIA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 O neoprocessualismo e o reconhecimento da força normativa dos princípios.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, sobretudo ao longo da última década, cresceu o fenômeno da constitucionalização do direito¹⁰, um dos principais desdobramentos do chamado neoconstitucionalismo¹¹, cuja influência impulsionou, intensamente, o surgimento de novas construções acerca dos princípios que regem o processo¹².

A partir desse fenômeno, assistiu-se ao desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, traduzida no reconhecimento da força normativa da Constituição, cuja ideia foi impulsionada a partir da teoria formulada por Hans Kelsen¹³, que produziu reflexos em todos os ramos jurídicos, de modo a condicionar o comportamento de todos os segmentos do Poder Público¹⁴.

Neste contexto, a perspectiva da legalidade passou a ser compreendida em função das diretrizes constitucionais, em um processo de filtragem do direito infraconstitucional a fim de se adequar às normas contidas na Constituição Federal. E essa nova hermenêutica constitucional repercutiu no campo do direito processual civil, exigindo-se a necessidade de releitura das garantias do processo, do procedimento e de

¹⁰ Sobre os pressupostos para a constitucionalização do direito, confira-se: GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trad. Miguel Carbonelli. Madrid: Editorial Trotta, 2009. Especificamente no processo civil brasileiro: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A constitucionalização do processo no direito brasileiro”. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coords.). *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, passim. No direito estrangeiro, confira-se: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione - problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

¹¹ O fenômeno do “neoconstitucionalismo” é de difícil delimitação e conceituação, por se tratar de doutrina baseada no pensamento de juristas das mais diversas correntes jurídico-filosóficas, ostentando alguns fundamentos diversos, mas que, a despeito disso, apresenta traços em comum, que refletem as recentes alterações ocorridas na teoria jurídica.

¹² Ana Paula Barcellos sintetiza que, do ponto de vista metodológico-formal, o “neoconstitucionalismo” baseia-se em três premissas fundamentais: (i) a *normatividade* da Constituição, que reconhece as disposições constitucionais como normas jurídicas, dotadas de imperatividade; (ii) a *superioridade* da Constituição, sendo ela a fonte mais elevada da ordem jurídica; e (iii) a *centralidade* da Constituição no sistema jurídico, que exige a compreensão e a interpretação dos demais ramos do Direito a partir das disposições constitucionais (In: “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Lex, n. 15, p.2, jan/mar.2007).

¹³ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 25. Nesse mesmo sentido, defendendo que as normas constitucionais devem adquirir a maior eficácia possível, confira-se: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. e notas Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 21-22.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353.

todas as normas jurídicas (princípios, regras e postulados), especialmente daquelas previstas no texto da Constituição, com aplicação imediata e geral.

A partir disso, surge, na ciência processual, uma nova etapa metodológica denominada de *neoprocessualismo*, que pode ser entendida como a faceta processual do neoconstitucionalismo, trazendo consigo a revisão das categorias processuais e novas premissas teóricas aptas a facilitar a interpretação do Direito.

Uma das principais inovações do *neoprocessualismo* foi a ascensão dos princípios à categoria de norma jurídica, ao lado das regras e dos postulados normativos, reforçando-se a necessidade de uma metodologia diferente da dedutiva, impondo-se uma prática mais argumentativa, direcionada ao balanceamento dos princípios para a solução mais justa dos casos concretos e suas singularidades¹⁵, quando não houver regras específicas para resolvê-los.

Contudo, a despeito deste prestígio às normas principiológicas, não se deve supervalorizá-las em detrimento das regras, que são normas mais específicas, com maior grau de densificação e de aptidão à decidibilidade, tendo, justamente por isso, maior vocação para servir diretamente como razão imediata para a norma de decisão do caso¹⁶, as quais só devem ser afastadas quando inobservem, formal ou materialmente, a norma superior que determina a sua produção, ou quando forem superadas¹⁷ no caso concreto.

Com efeito, a baixa densidade normativa e o caráter semântico aberto de alguns textos não se prestam a autorizar o emprego indiscriminado de qualquer significado nem autorizam que decisões judiciais possam legitimar-se, apenas, no alargamento demasiado do âmbito de aplicação de princípios desconectados da realidade constitucional.

¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 133.

¹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. 2017.202 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2017.

¹⁷ Na prática, a superabilidade de uma regra poderá ocorrer, quando, diante de circunstâncias excepcionais do caso concreto (que podem se relacionar às condições de possibilidade fáticas e jurídicas), criar-se uma exceção à sua aplicação, afastando-se (total ou parcialmente) as consequências antevistas no preceito. Realmente, elas são dificilmente superadas, exigindo-se, para tanto, a presença simultânea de requisitos formais e materiais, pois como apregoeou Ávila, “as regras também envolvem valores e carecem de ponderação, podendo, em circunstâncias excepcionais, ser superadas. Elas devem, em situações normais, ser obedecidas, porque sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais. Em geral, não são absolutas, mas também não são superáveis com facilidade” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 122-123).

Sem dúvida, decisões desta natureza tornam inseguro e inconsistente o sistema jurídico, pois acabam servindo como uma “saída” para uma atuação *decisionista* ou *solipsista* do órgão julgador com a sua indistinta utilização para justificar, superficialmente, qualquer tese jurídica¹⁸.

Em alguns julgamentos que solucionam o conflito com amparo, única e exclusivamente, em princípios, sobressai-se, às vezes, uma volatilidade exarcebada, uma fluidez descompromissada com as bases hermenêuticas neles utilizadas, tudo em prol de um simulacro de “efetividade processual”. Tais situações ganham peso por força do dinamismo cada vez mais veloz da sociedade contemporânea, acarretando, em contrapartida, uma imensa insegurança jurídica e uma desestabilização das legítimas expectativas normativas.

Nesta perspectiva, é certo que as mudanças culturais modeladoras da denominada “modernidade líquida”, expressão cunhada por Bauman¹⁹, quais sejam - a imediatidade e a maior dinamicidade em relação à “modernidade sólida” -, repercutiram em todos os ramos do conhecimento humano, inclusive na ciência do Direito.

Examinando tal situação sob a ótica desta “modernidade líquida”, em que a solidez e a segurança das relações processuais tendem a perder espaço para a exigência de resultados da vida contemporânea, não há como prevalecer a fluidez e a liquidez de algumas decisões judiciais, que revelam o exarcebado descomprometimento em suas bases axiológicas²⁰ e legais nelas utilizadas, afetando, sobretudo, as relações jurídicas postas à apreciação do Poder Judiciário.

Deste modo, ao exercer sua função judicante, o juiz não pode ignorar os prévios textos normativos, devendo adotar a lei como paradigma, não sendo correto defender, portanto, que a produção da norma jurídica ocorre, apenas e exclusivamente,

¹⁸ Neste sentido, cumpre trazer à baila a crítica de Carlos Ari Sundfeld, para quem “a aplicação imediata de princípios em decisões judiciais em detrimento da disciplina normativa pertinente permite a concretização de pré-compreensões não fundamentadas do julgador, livrando-o da tarefa interpretativa e esvaziando por completo o conteúdo da regulamentação prevista pelos órgãos competentes. O problema não estaria no caráter autoaplicável dos princípios em si, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos” (SUNDFELD, Carlos Ari, “Princípio é preguiça?”, *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 287).

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *A Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001. O referido sociólogo polonês criou a expressão “modernidade líquida” para denominar o formato atual da condição moderna, compulsiva e obsessiva, capaz de impulsionar e intensificar a si mesma, em consequência do que, como ocorre com os líquidos, nenhuma das formas consecutivas de vida social é capaz de manter seu aspecto por muito tempo.

²⁰ “Muitas vezes, os princípios são utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor” (MICHELON, Cláudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261-285).

no decurso da solução de um caso concreto²¹, conclusão esta que tem ensejado sérios problemas como o solipsismo, o pan-principiologismo²² e a aplicação de princípios *per saltum*²³, comprometendo, em âmbito nacional²⁴, a própria noção de Estado Constitucional²⁵.

Os efeitos nocivos do modo com que o sopesamento de princípios, ao invés da subsunção, tem sido utilizado no Brasil, também são apontados por Marcelo Neves, que critica veementemente a “compulsão ponderadora”, empreendida de modo maleável e tecnicamente imprecisa, atuando como um estimulante ao casuismo²⁶.

²¹ Como adverte Marcelo Neves, “se afirmarmos que a produção da norma só ocorre no processo concretizador, persistirá a questão de se os juízes e órgãos competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução de caso. Pode-se cair em um realismo decisionista, se esses modelos não forem tratados com os devidos cuidados e, eu diria, com certas restrições” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 8-9).

²² Expressão cunhada por Lênio Streck (In *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 538-539). O referido autor, em outro texto, tece forte crítica a esse respeito: “Com efeito, venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança do juiz na causa? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e da reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio do poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das coligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “suprincípio da promoção pessoal”? (STRECK, Lênio Luiz. “O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto”. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur Editorial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>> Acesso em: 09 out. 2017.

²³ A aplicação de um princípio *per saltum* significa utilizá-lo passando por cima de uma regra que, *prima facie*, afigura-se como razão imediata para a norma de decisão do caso concreto, sem se desincumbir do ônus de invalidá-la ou derrotá-la. Aliás, Humberto Ávila critica a aplicação de princípios *per saltum* em seu texto “Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência””. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 17, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>> Acesso em: 21 out. 2017.

²⁴ “Abundam nos tribunais brasileiros decisões que – invocando princípios como o princípio da dignidade humana, o “princípio da proteção e primazia da juventude”, o “princípio da felicidade”, o “princípio da esperança” – tangenciam por completo a questão da incidência de normas mais densificadas invocadas pelas partes, como se um princípio constitucional tivesse não apenas a força de influenciar a interpretação e construção de normas-regras, ou de invalidar norma de escalão inferior com ele incompatível, mas também o poder de, num toque de mágica, tornar invisíveis as normas mais específicas e densificadas invocadas pelas partes em seus discursos postulatórios, que, assim, não mereceriam qualquer justificação em torno de sua interpretação, de sua (não)incidência, de sua invalidação ou de sua derrotabilidade no caso concreto” (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. cit., p. 15-19).

²⁵ A expressão é forjada por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem: “o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. (...) O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. (...) O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 92-93).

²⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Ob. cit, p. 194. De acordo com o autor, não apenas os princípios, mas também as regras (embora com muito menor frequência) podem ser objeto de

A fim de se evitar tal incongruência sistêmica, é preciso especificar ao máximo os fins do princípio que está sendo objeto de aplicação, diferenciando-o das outras normas, delimitando, portanto, suas consequências, para não se concluir que “*ao final, tudo é a mesma coisa*”, pois isso representaria uma postura anticientífica.

A percepção desses novos sentidos processuais, no Estado Democrático de Direito, além de não poder investir em essências meramente positivistas ou em interpretações casuísticas, não pode decorrer da mera subjetividade do intérprete, sob pena de se ensejar a discutível discricionariedade judicial.

Todo esse conjunto estrutural imputa maior responsabilidade na entrega da decisão judicial, uma vez que a densificação dos princípios deve legitimar-se com o respeito à faticidade do Direito, através da qual o julgador deve, previamente, examinar os fatos específicos da hipótese submetida a julgamento, para somente depois aplicar o princípio que reputa adequado à resolução do caso concreto.

Realmente, a análise estritamente jurídica das alegações das partes casualmente litigantes é insuficiente para compreender conflitos de interesses de vasta dimensão, de modo que o juiz deve individualizar e interpretar a norma abstrata, aplicando-a ao caso concreto, mas, para tanto, precisa, antes de tudo, reconstruir racionalmente o caso concreto, isto é, as afirmações de fato trazidas pelas partes.

Assim, os princípios, a rigor, devem funcionar como “*válvulas de descompressão do sistema*”²⁷, mas sem levar a um decisionismo, na tentativa de reduzir o espectro da discricionariedade do intérprete do direito, e não o sentido inverso, qual seja, o de ampliar a discricionariedade judicial.

Bem por isso, o juiz deve construir normas jurídicas ao interpretar os textos legais, mas não pode fugir dos mínimos limites semânticos neles contidos, sendo que essa interpretação deverá ser comprovada por um método dogmático, que funcione, a rigor, como um instrumento estabilizador ou controlador das incertezas trazidas pela ambiguidade e vagueza do texto normativo²⁸.

sopesamento. Isso é o que se faz quando se constroi exceção a uma regra, excluindo da sua hipótese de incidência uma situação fática em virtude de uma interpretação conforme a Constituição ou de critérios de adequação; isso tudo tem a ver com as possibilidades fáticas de aplicação de regras (Ibidem, p. 106).

²⁷ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz de. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 101.

²⁸ A propósito, colha-se a seguinte lição doutrinária: “A esse respeito, cabe considerar o problema da ambiguidade (na conotação) e vagueza (na denotação) do texto normativo. A primeira significa que as disposições, em particular as constitucionais, não são unívocas, ou seja, ao menos *prima facie*, podem ser-lhes atribuídos mais de um significado. Isso significa a possibilidade de que mais de uma norma possa ser “extraída” de uma mesma disposição normativa ou, mais precisamente, atribuída a esta. Por sua vez, a vagueza refere-se à imprecisão em definir quais são os referentes da norma, ou seja, a

Esta é, aliás, a função de *controle* da dogmática jurídica, que reside, exatamente, em tornar controláveis as *dúvidas* e as *incertezas* na aplicação de uma norma jurídica, permitindo, com isso, comprovar se a interpretação dada ao texto normativo é compatível com os demais enunciados igualmente dogmáticos²⁹.

Com efeito, a dogmática, partindo do Direito vigente, elabora conceitos para solucionar os conflitos devido à vedação do “*non liquet*”, resolvendo-se os casos jurídicos concretos com a menor perda de *consistência* jurídica, ou seja, busca-se decidir conflitos com o menor grau de perturbação social possível.

Vale dizer: a dogmática jurídica é capaz de controlar a *consistência* das decisões judiciais, reduzindo as *incertezas* da linguagem jurídica, estando, pois, intrinsecamente associada à ideia de manutenção da ordem jurídica, visando à obtenção da segurança jurídica, na tentativa de tornar o direito cognoscível e calculável³⁰.

Neste sentido, a dogmática jurídica contribui para superar as perigosas ambiguidade e vagueza dos textos normativos mediante a aplicação de seus conceitos sistemáticos, de sorte que a respectiva interpretação somente será aceitável se estiver de acordo com os padrões dogmáticos.

A par desta função da dogmática jurídica em diminuir as contingências das decisões judiciais, um dos objetos deste trabalho é, exatamente, perscrutar se há, ou não, legítimos limites dogmáticos à aplicação da norma jurídica fundamental do direito processual civil brasileiro, pela qual se pretende conferir *prioridade à solução de mérito* a todas as postulações das partes (iniciais ou recursais).

2.2 A adoção da teoria tripartite de Humberto Ávila como referencial teórico para a delimitação conceitual das espécies normativas

indeterminação dos limites do âmbito dos fatos jurídicos e respectivos efeitos jurídicos que estão previstos na disposição normativa e, pois, na norma. Às vezes, superada a ambiguidade (determinou-se o significado da disposição normativa e, portanto, já se definiu a norma a aplicar), ainda assim surgem problemas de vagueza, tendo em vista a dificuldade de determinar quais os fatos que se enquadram na respectiva norma. (...) Para a superação da ambiguidade de disposições normativas, é fundamental a interpretação do respectivo texto” (NEVES, Marcelo. Ob. cit, p. 6-7).

²⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 96.

³⁰ AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. *Reclamação constitucional: hipóteses de cabimento no Código de processo civil brasileiro de 2015*. 314f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2016, p. 28.

Como visto anteriormente, adota-se como repertório teórico do presente estudo a “*Teoria dos princípios*”³¹ proposta por Humberto Ávila, pois se reputa metodologicamente mais consistente a catalogação da norma jurídica como gênero, do qual se extraem três espécies normativas: princípios, regras e postulados normativos.

Realmente, no processo de regulamentação da vida em sociedade, o ordenamento jurídico se limita, por vezes, a indicar um ideal de coisas a ser alcançado (finalidade); noutras, opta por descrever diretamente um comportamento a ser seguido; por último, uma norma funciona auxiliando o intérprete do direito a organizar e estruturar a aplicação das demais normas (método), inferindo-se, daí, que as espécies normativas se diferem não pela hierarquia, mas pela essência de cada uma delas.

Contudo, é importante advertir, neste particular, que o presente trabalho não pretende analisar, detalhadamente, cada uma das principais teorias contemporâneas (as de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Marcelo Neves) existentes acerca da diferenciação entre as espécies normativas, mas apenas oferecer breves considerações acerca da referida distinção, tomando como parâmetro a teoria tripartite de Humberto Ávila, que servirá de referencial teórico para o desenvolvimento do tema proposto³².

Cumprе rememorar, todavia, que, embora este trabalho concorde com a teoria tripartite de Ávila, adverte-se que a norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*, quando extraída do texto do art. 4º do CPC, não se encaixa na terceira categoria normativa apontada por aquele autor, qual seja, a de postulado normativo, porque, nesta hipótese específica, a mencionada norma não se situará em nível superior aos princípios e às regras, ou seja, não poderá ser considerada como metanorma³³.

³¹ A construção teórica de Humberto Ávila não é unanimemente aceita pela doutrina brasileira, bastando invocar, dentre algumas, a crítica empreendida por Virgílio Afonso da Silva. Confira-se: *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56-65.

³² Aliás, caso se pretendesse destrinchar cada uma das construções teóricas atinentes à distinção entre princípios, regras e postulados normativos significaria, na prática, um inconveniente desvio metodológico.

³³ Segundo Ávila, os postulados, que são denominados de metanormas ou normas de segundo grau, não se prestam a descrever comportamentos ou estabelecer finalidades, mas sim a solucionar conflitos surgidos entre outras normas primárias. Tais categorias normativas não são diretamente descritivas, nem finalísticas, mas se situam no terreno das metanormas. Surgem, assim, com o objetivo primordial de orientarem a aplicação de outras normas da ordem jurídica, atuando no plano metódico superior, e não no plano semântico e axiológico, como objeto de aplicação, tais como as regras e os princípios, não se podendo cogitar, por isso, de pretensão de conflito entre aqueles e os postulados, pois estes situam em um nível acima das outras normas (metanível). Para o referido autor, os postulados dividem-se em normativos aplicativos e hermenêuticos. Os primeiros, que se diferem dos princípios e dos sobreprincípios, situam-se em outro grau, exatamente porque estruturam a aplicação de outras normas (normas metodicamente sobrejacentes), atuando no nível superior denominado metanível aplicativo (metanormas), com função diversa em relação às regras e aos princípios. Na sua opinião, a eficiência

Bem por isso, considerando-se a abordagem heurística de Humberto Ávila, que foi, como dito nas linhas anteriores, adotada como referencial teórico por esta dissertação, pode-se construir, *a priori*, a partir do texto do art. 4º do CPC, a norma-princípio da *primazia do julgamento de mérito*, que, através de sua nítida função hermenêutica, poderá ajudar a resolver eventual conflito normativo, como também é possível, em tese, que, desse mesmo texto normativo, decorram novas normas-regras que possam ser imediatamente aplicadas em prol da prioridade do exame de mérito da postulação.

2.2.1 Uma abordagem heurística da distinção entre as espécies normativas

O presente tópico destina-se, essencialmente, a apresentar, de modo sintético, o caráter heurístico da distinção entre as espécies normativas, encampado por Humberto Ávila³⁴, denominada por ele de “dissociação em alternativas inclusivas”.

Para o autor, “*ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie exclua a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa*”³⁵.

O termo “heurística” significa “*a arte do descobrimento, que estabelece várias ferramentas ou procedimentos para tornar possível uma descoberta*”³⁶, que aqui será empregado, analogicamente, para explicar a abordagem proposta por Ávila para fins de descobrimento da natureza das normas jurídicas³⁷, que serão construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos legais e do seu significado usual.

Em sua proposição, os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for

enquadra-se na mesma categoria de razoabilidade e da proporcionalidade. Todos esses são *postulados normativos aplicativos*. Já os postulados hermenêuticos, por seu turno, destinam-se à compreensão geral (interna e abstrata) do direito (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 142-149).

³⁴ Segundo Ávila, a sua proposta “*diferencia-se das demais porque admite a coexistência de espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo*”, ou seja, “*um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados*” (Ibidem, p. 75).

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 75.

³⁶ Academia Brasileira de Letras. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

³⁷ Para Ávila, tal abordagem heurística, por exemplo, pode ser encontrada no dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente, que “*pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 75-76).

privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos insertos em outros contextos³⁸, ou finalmente, podem originar um postulado normativo.

Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente *comportamental* (regra), *finalística* (princípio) e/ou *metódica* (postulado)³⁹.

Em outras palavras, será o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos legais – se frontalmente finalístico, comportamental ou metódico – que permitirá o enquadramento numa ou noutra espécie normativa, como se verifica da seguinte passagem:

“a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos”⁴⁰.

Bem por isso, percebe-se que Humberto Ávila valoriza uma proposta qualificada como *heurística*, pela qual a distinção definitiva entre princípios e regras somente será possível no plano normativo, que depende, essencialmente, do uso argumentativo que o intérprete faz do enunciado legal.

2.2.2 O dilema da dissociação entre princípios e regras

Humberto Ávila, ao examinar o conceito de princípio, estabelecendo a sua distinção em relação às regras, aponta alguns dos critérios distintivos utilizados pela

³⁸ “Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada” (Ibidem, p. 74).

³⁹ No mesmo sentido, concordando com a concepção heurística de Ávila, confira-se a seguinte orientação doutrinária: “os dispositivos legais podem assumir tanto a função de regra, como de princípio ou de postulado, dependendo-se da perspectiva de análise do intérprete. As conexões valorativas realizadas e a finalidade a ser alcançada conduzem, nessa perspectiva, à especificidade da norma” (SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 109).

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 75.

doutrina, quais sejam: o *critério da natureza da descrição normativa*, o *critério da natureza da justificação exigida para sua aplicação* e o *critério da natureza da contribuição para a decisão*, que serviram e ainda servem como instrumentos legítimos para caracterizar a dissociação entre as mencionadas espécies normativas.

O primeiro critério distintivo entre as regras e os princípios, como dito acima, reside na *natureza da descrição normativa*.

Conquanto ambos descrevam comportamentos e prevejam suas respectivas consequências jurídicas, as regras estabelecem diretamente os comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos, descrevendo objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, conteúdos e efeitos jurídicos) e, de modo indireto, os fins que fundamentam tais comportamentos, ao passo que os princípios estabelecem indiretamente os comportamentos, descrevendo, diretamente, um estado ideal de coisas a ser perseguido pelo intérprete, para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (“*normas-do-que-deve-ser*”)⁴¹.

Os princípios fornecem critérios para tomar uma posição diante de situações concretas que, *a priori*, parecem indeterminadas⁴², pelo que a concretização deles impõe a obrigação da adoção dos comportamentos necessários à realização dos fins eleitos como desejáveis⁴³.

Neste sentido, pode-se apontar também como exemplo o *princípio da cooperação*, previsto no texto do art. 6º do CPC, que estabelece um *fim* (cooperação entre os sujeitos participantes do processo), mas não descreve *imediatamente* quais os comportamentos a serem adotados no intuito de se alcançar o estado ideal de coisas (processo cooperativo), comportamentos estes que podem ser encontrados ao longo do texto codificado, buscando a concretização de um fim *indiretamente* contemplado.

Nesse ângulo da discussão, deve-se priorizar o caráter justificativo dos princípios e o seu uso racionalmente controlado, de modo a privilegiar o exame de sua estrutura, especialmente para encontrar um procedimento racional de fundamentação, que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 78-79.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução. Marina Gascón. Madri: Trotta, 1997. p. 110.

⁴³ Para esclarecer esse conceito, Ávila cita como exemplo o princípio da moralidade, que não foge a esse modelo, porquanto estabelece como finalidade “a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação” (ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, p.2, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 15 abr. 2017).

prestigiados, quanto justificar e controlar a sua aplicação mediante a reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais.

Já as regras, por sua vez, – repita-se – são normas *imediatamente descritivas* porque estabelecem, com maior exatidão, os comportamentos necessários a serem adotados para se atingir o fim *indiretamente* exigido, isto é, nas regras, tem-se a “*previsão de comportamentos*”⁴⁴, que já estão imediatamente descritos⁴⁵. Elas instituem, diretamente, o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, ou seja, as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, ao passo que os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias.

O segundo critério, por sua vez, que reside na *natureza da justificação exigida para sua aplicação*, permite verificar que a diferença entre as categorias normativas não é centrada no *modo de aplicação*, se *tudo ou nada ou mais ou menos*, mas sim no *modo de justificação* necessário à sua aplicação.

De acordo com tal critério, a interpretação e a aplicação das regras – cuja característica primordial é *descreverem imediatamente comportamentos* – efetivam-se mediante uma análise de *correspondência* entre os fatos, de um lado, e a descrição normativa e a finalidade que ela pretende alcançar, de outro.

No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo do enunciado prescrito, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. Daí se afirmar que as regras possuem, em vez de um elemento finalístico, um elemento descritivo⁴⁶.

Por outro lado, a aplicação dos princípios demanda, claramente, a análise mais profunda do caso concreto, porquanto o elemento descritivo perde importância, passando-se a priorizar o elemento finalístico, devendo o aplicador, por isso mesmo, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação da correlação entre os efeitos da

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 78.

⁴⁵ Marcelo Neves refuta tal critério distintivo, ao asseverar que “*não me vislumbra sustentável a tese da distinção entre princípios e regras constitucionais com base no critério da referência a fins. Em primeiro lugar, porque há princípios que não contêm programas finalísticos ou, simplesmente, não são finalísticos (por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade). Em segundo lugar, porque também há regras que incorporam programas finalísticos, referindo-se primariamente a fins, inclusive no plano constitucional*” (NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 35).

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 80.

conduta a ser adotada e a realização gradual do exigido estado de coisas a ser alcançado⁴⁷.

O derradeiro critério de diferenciação utilizado é o da *medida da contribuição para a solução do problema posto*, ou seja, diz respeito ao *modo* como as normas contribuem para a tomada de uma decisão. Por este critério, os princípios, em razão de seu elemento finalístico, *são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que não pretendem gerar uma solução definitiva de uma questão jurídica, mas sim contribuir, ao lado de outras razões, tanto de forma convergente como conflitante, para a tomada de uma decisão final⁴⁸.

Vale dizer, os princípios, por possuírem uma baixa densidade (carga) normativa e alta abstração, possuem a *pretensão de complementariedade*, funcionando como uma das razões que, conjugadas com outras, poderão resolver o problema posto, pelo que a esfera de normatividade de um princípio não exclui a esfera de normatividade de outra espécie normativa, levando em consideração o mesmo comportamento.

Diferentemente, as regras contam com alta densidade normativa e baixa abstração, e, por força do *elemento descritivo* a elas inerente, *são normas preliminarmente decisivas e totalmente abrangentes*, com pretensão terminativa ou de decidibilidade, já que contemplam todos os aspectos importantes para a decisão final, capazes de gerar uma solução específica para o caso.

Elas têm pretensão de decidibilidade, certo que visam a proporcionar uma solução provisória para um problema já conhecido e antecipável (sendo denominadas, por isso, de normas primariamente retrospectivas), devendo ser aplicadas, pois, com exclusividade e abrangência total: se uma norma-regra permite a prática de uma conduta, outra regra não poderia proibir a prática da mesma conduta⁴⁹.

A aplicação das normas-princípio, justamente por isso, é bem diversa: o princípio é uma espécie de norma jurídica aplicável apenas de modo complementar, de

⁴⁷ Para Marcelo Neves, ou as normas estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, não podendo, nesse caso, ser a razão definitiva para uma norma de decisão, caso em que seriam *princípios*, ou então podem atuar como razão definitiva de questões jurídicas, sem atuar como mecanismo reflexivo, caso em que seriam *regras*, sendo ainda possível falar de *espécies normativas híbridas*, que não se enquadrariam primariamente em nenhuma das duas categorias anteriores. Assim, ou as normas servem como mecanismo de reflexão, e são princípios, ou não servem, caso em que são regras, ressaltando a hipótese das espécies híbridas (NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 108-109).

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 83.

⁴⁹ Ibidem, p. 83.

sorte que o exame de correlação entre o comportamento e a promoção do estado ideal de coisas almejado deve considerar ainda se os efeitos da conduta não estão sendo contrários às finalidades descritas pelas demais normas-princípio da mesma ordem jurídica.

Ao aplicar os princípios, o exegeta não apenas interpreta os dispositivos legais, como também decide qual conduta descrita deve ser aplicada definitivamente⁵⁰, ou seja, qual é a maior medida possível de realização dos princípios colidentes dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto⁵¹.

Noutro ângulo da problemática, pode-se afirmar que a estrutura de uma regra tende a oferecer uma maior resistência à sua superação do que a de um princípio, prevalecendo, na primeira hipótese, a ideia da segurança jurídica, certo que *“um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”*⁵².

Realmente, pode-se dizer que as regras possuem uma pretensão terminativa, na medida em que, por pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, geram uma solução específica para a questão, de sorte o dever argumentativo exigido para afastar uma regra, sem dúvida, revela-se muito maior do que aquele exigido para se desconsiderar um princípio.

Então, se existirem regras específicas pertinentes ao tema discutido, estas deverão ser diretamente aplicadas, porquanto, ao revelarem mais claramente a opção legislativa, enaltecem a segurança jurídica⁵³.

Por mais controversa que possa ser a interpretação de um texto normativo, a definição prévia e explícita do que é lícito, operada pelas regras, confere ao direito uma maior previsibilidade do que a aplicação de um princípio, que depende de relações de precedência condicionadas fixadas com base nas circunstâncias de cada caso concreto⁵⁴.

⁵⁰ Sendo assim, poder-se-ia afirmar que, em tese, decidir com base em princípios tende a ser mais discricionário do que decidir com amparo em regras, tal como sugere a metáfora utilizada por Robert Alexy, quando asseverou que *“no espaçoso mundo dos princípios, há lugar para muita coisa”* (ALEXY, Roberty. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135).

⁵¹ LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 52.

⁵³ DIDIER JR, Fredie. “A teoria dos princípios e o projeto do novo CPC”. *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 148.

⁵⁴ Segundo Rafael Bellem, denomina-se essa previsibilidade da aplicação do direito de **“argumento de confiança”**, presente quando existem normas que fixem determinações no âmbito do que é fática e

Assim, mesmo estando sujeitas a um processo subjetivo e complexo de interpretação, as regras definem o que é devido independentemente de sopesamentos e de considerações sobre a importância de sua aplicação e da realização de normas colidentes no caso concreto, enquanto os princípios deixam esta definição a cargo do intérprete.

Portanto, as regras têm maior aptidão à decidibilidade do que os princípios, constituindo-se, pois, no ponto central da aplicação do direito, ao passo que os princípios atuam mais no plano reflexivo, como base justificatória a que se pode referir quando se argumenta em prol de uma determinada construção normativa em forma de regra⁵⁵.

2.2.3 O conteúdo eficaz dos princípios

Humberto Ávila divide a eficácia dos princípios em interna e externa, traçando, posteriormente, as subdivisões pertinentes em cada uma das modalidades.

A eficácia interna, que se subdivide em direta ou indireta, refere-se, segundo o autor, ao papel desempenhado pelos princípios em relação ao ordenamento jurídico a que pertencem (atinentes, pois, aos subprincípios e regras), ao passo que a eficácia externa, que pode ser objetiva ou subjetiva, relaciona-se com a função que os princípios exercem no tocante à interpretação dos fatos e das provas⁵⁶.

Então, sob o ângulo interno, os princípios se apresentam como normas relevantes para a compreensão do sentido das regras, sendo a eficácia interna direta quando o princípio é aplicado direta e plenamente sem qualquer intermediação de outros subprincípios ou de regras, hipótese na qual ele exercerá uma função integrativa.

Se, ao contrário, o princípio atuar sofrendo interferência de subprincípios ou de regras, ter-se-á uma eficácia interna indireta, situação em que o princípio poderá exercer diversas funções distintas, a saber: a) função definitória, quando delimita e especifica um comando principiológico superior (sobreprincípio); b) função interpretativa, quando se destinar à interpretação de textos normativos mais específicos, constituindo-se “decisões valorativas objetivas com função explicativa”; c) função

juridicamente possível e devem ser aplicadas sempre que válidas, independente de um juízo sobre a importância da realização de princípios colidentes em um caso concreto, o que tende a reduzir a arbitrariedade na tomada de decisões (LIMA, Rafael Bellem de. Ob. cit., p. 45-46).

⁵⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. cit., p. 114.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 104.

bloqueadora, quando servir para afastar elementos previstos no ordenamento que com ele sejam incompatíveis⁵⁷.

Quanto à eficácia externa, Ávila pontua que os princípios fornecem critérios para se avaliar a pertinência dos fatos e a sua respectiva valoração interpretativa, dividindo, no plano externo, a eficácia em objetiva e subjetiva.

A objetiva contempla, num primeiro momento, a eficácia seletiva dos princípios, ou seja, dentre os fatos postos à apreciação do intérprete, este selecionará aqueles que se situam no cerne dos interesses tutelados pelas normas jurídicas, utilizando-se, para tanto, dos parâmetros axiológicos fornecidos pelos princípios.

Num segundo momento, a eficácia externa objetiva será valorativa, isto é, após selecionar os fatos correlacionados com os valores tutelados pela norma jurídica, o intérprete irá analisá-los sob um ângulo que privilegie os valores tutelados pelo princípio, empreendendo, ao final, um aporte argumentativo para isso⁵⁸.

Relativamente à eficácia externa subjetiva, tem-se que um princípio, quando proíbe intervenções estatais em direitos de liberdade ou quando obriga o Estado a adotar medidas protetivas de direito, funcionando como um direito subjetivo da parte, exerce uma função protetora.

2.3 A primazia da resolução de mérito como norma fundamental no direito processual civil brasileiro

O CPC, tanto no aspecto formal (estruturação) como no âmbito material (conteúdo), revela-se assaz distinto em relação à legislação processual antecedente, sobretudo quando se verifica, no atual diploma processual civil, a existência de uma Parte Geral, contendo normas essenciais à interpretação sistêmica de todas as demais normas presentes ao longo do mencionado diploma legal.

Com efeito, o CPC foi o primeiro Código Processual Civil brasileiro a possuir uma Parte Geral, em que se reúnem as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos procedimentos não-penais, atendendo aos reclamos de uma nova metodologia compatível com o pensamento jurídico contemporâneo⁵⁹.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 106.

⁵⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 188-189.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1, p. 40-41.

Uma das maiores inovações trazidas pelo CPC, inclusive com grande repercussão prática, foi a previsão, em uma parte geral, de normas fundamentais processuais, algumas delas principiológicas, com evidente função hermenêutica, a exemplo dos princípios da cooperação (art. 6º), do contraditório (arts. 9º e 10), e, por fim, o *princípio da primazia da resolução de mérito*, inserto no art. 4º do referido diploma legal, objeto central dessa dissertação.

No Livro I da Parte Geral, precisamente no capítulo I do CPC⁶⁰, podem ser encontrados dispositivos, que compõem a base do direito processual civil brasileiro, explicitando, além de princípios constitucionais já amplamente estudados (a exemplo do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais), outros princípios corolários destes últimos (da boa-fé processual e da cooperação), bem como regras infraconstitucionais (por exemplo, a do respeito à ordem cronológica da conclusão, prevista no art. 12, do CPC), de modo a traduzir a correta denominação do capítulo como “normas fundamentais”, e não apenas princípios fundamentais.

Embora vários destes princípios já estivessem consagrados expressamente pela legislação, quer a nível infraconstitucional, quer a nível constitucional (por exemplo, o contraditório e o devido processo legal), o que demonstrava já haver garantia suficiente para sua aplicação ao processo civil, o certo é que o CPC preferiu entronizá-los em seu capítulo 1, aderindo à tendência de considerar o direito processual civil como um direito constitucional aplicado⁶¹.

No entanto, não existe uma coincidência necessária entre as normas fundamentais do processo civil, presentes na Parte Geral do CPC, como sendo aquelas que produzem, obrigatoriamente, direitos fundamentais, eis que nem todas as normas

⁶⁰ Neste sentido: “O capítulo inaugural alberga uma plêiade de princípios jurídicos que tornam o Código mais permeável à incidência das garantias fundamentais do processo e facilitam a tarefa do julgador em face de situações não contempladas nas regras jurídicas. O respeito aos princípios será dever inarredável do magistrado e das partes nas hipóteses em que necessária a adaptabilidade do procedimento para melhor atender à situação sub judice, o que afasta por completo a falácia, por vezes propagada, de que nesses casos o arbítrio da aplicação fria das leis (*dura lex, sed lex*) seria substituído pelo arbítrio dos juízes. Em uma democracia constitucional deliberativa, não há margem para o arbítrio de quem quer que seja” (FUX, Luiz. “Prefácio”. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 11).

⁶¹ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. “Os princípios processuais no projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Recife, n. 100, 2012, p. 425.

reputadas fundamentais geram direitos desta estirpe, a exemplo das regras dispostas nos arts. 2º e 12, ambos do CPC⁶².

E é, neste contexto de importância, que se encontra a norma fundamental processual civil da *primazia do julgamento de mérito*⁶³, exigindo do intérprete novas premissas interpretativas que enalteçam a precedência *da tutela de mérito* e, por conseguinte, induzam ao máximo aproveitamento dos atos processuais, escapando de um formalismo sem propósito que nada traz de proteção ou de benefício para o processo.

Encampando essa ideia, o CPC, em inúmeras regras presentes ao longo de seu texto, adota uma evidente premissa contrafática, cuja função é inibir ou repreender comportamentos que não atendam a boa-fé processual objetiva e, concomitantemente, cria mecanismos de fiscalização destas aludidas condutas dos sujeitos processuais⁶⁴.

Assim, impende aos aplicadores do Direito respeitar e garantir a observância deste papel corretivo e desta função contrafática do CPC, que se presta a fiscalizar e a implementar balizas corretivas normativas, primando por um comportamento de todos os atores processuais consentâneo com o espírito participativo da nova legislação processual civil.

Cumprido, agora, adotando-se a perspectiva heurística de Ávila, identificar quando a norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito*, extraída do texto do art. 4º do CPC, funcionará como um princípio e quando ela poderá funcionar diretamente como regra aplicável ao caso concreto.

⁶² DIDIER JR., Fredie. “Comentários ao art. 1º”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2.

⁶³ “O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, e que nada mais é do que a execução de decisões judiciais). Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. In: SANTOS, Evandro Marcelo dos; OLIVEIRA, Thaís Miranda de (Org). *Direito e Processo em evolução: estudos em homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior*. cit. p. 14).

⁶⁴ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 89.

Por constituir uma norma jurídica, a *primazia do julgamento do mérito* situa-se no plano deôntico⁶⁵, onde se propõe uma análise do “dever-ser”, sem configurar um valor, situado no plano axiológico, onde se remete à análise do “bom” e não do “devido”, podendo-se levar a “decisionismos” ou “casuísmos” judiciais⁶⁶.

Na prática, percebe-se que, na doutrina processual civil brasileira, não há maiores discussões quanto à conclusão de que, do texto do art. 4º do CPC, decorre uma norma-princípio da *primazia da resolução do mérito*, embora haja posicionamentos contrários, que negam o caráter principiológico àquela norma.

De fato, existem alguns argumentos dissonantes, que sustentam a desnecessidade da criação, no plano dogmático-positivo, de um princípio infraconstitucional, na medida em que a “regra” da primazia da resolução de mérito, na verdade, poderia ser extraída dos textos do sobreprincípio constitucional do devido processo legal e do princípio da duração razoável do processo, que já seriam axiologicamente suficientes para servirem de suporte à extração dessa “regra”.

Igualmente, na mesma direção, já se defendeu que o agrupamento de várias regras em um único diploma legal não significa necessariamente que, dessa simples junção, possa extrair-se legitimamente um princípio, razão pela qual a norma da *primazia do julgamento de mérito* não poderia ser qualificada, rigorosamente, como um princípio.

Neste sentido, Dierle Nunes e Flávio Pedron, por exemplo, discordam que se possa extrair, do texto disposto no art. 4º do CPC, uma norma-princípio, categorizando a *primazia do julgamento de mérito* exclusiva e previamente como uma norma-regra⁶⁷, posição com a qual não concorda esta dissertação.

⁶⁵ “As normas têm caráter deontológico, enquanto valores ostentam caráter axiológico. Ao passo que as normas podem ser reduzidas a um conceito deôntico básico, que é o de dever ou de dever-ser, os valores reduzem-se ao conceito de bom. Os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se forem incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada)” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Normas fundamentais no novo CPC brasileiro”. *Processo civil comparado*. cit., p. 98).

⁶⁶ A distinção está no fato de que os princípios estão em um grau de concretização maior do que os valores, uma vez que já tem em si uma bipartição do tipo jurídica, ou seja, de previsão e de consequência. O princípio indica sempre, portanto, a direção da consequência jurídica devida em função da acolhida do valor no ordenamento positivo (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86-87).

⁶⁷ Segundo estes autores, “(...) não pode a doutrina brasileira começar a inventar princípios que também carecem de lastro normativo. Dworkin (que é um importante autor quando falamos do estudo e das definições contemporâneas sobre o tema) é preciso em afirmar que os princípios são frutos da história institucional de uma dada comunidade, razão pela qual não são inventados por atos criativos individuais, e sim, compreendem um reconhecimento intersubjetivo de uma prática social que espelha

É que a norma extraída do texto do art. 4º do CPC, dirigida assertivamente ao órgão julgador, pela qual “*as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa*”, não pode ser concebida, aprioristicamente, como uma regra, pois não estabelece diretamente as condutas aos seus destinatários, na medida em que elas serão deduzidas, indireta e regressivamente, do estado ideal de coisas estabelecido pelo princípio.

Realmente, não obstante existam sobreprincípios materialmente mais amplos, é plenamente justificável a criação de uma *norma-princípio* específica de natureza *infraconstitucional*, decorrente do texto do art. 4º do CPC, que priorize o julgamento do mérito do processo, especialmente porque quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização, não havendo, inclusive, qualquer óbice à incidência cumulativa de princípios para a resolução de algum conflito normativo.

Ademais, atente-se para uma justificativa pragmática: seria mais simples extrair regras - que priorizem a solução do mérito - de um princípio *infraconstitucional* específico do que se recorrer, para tanto, aos sobreprincípios constitucionais – o do devido processo legal ou da segurança jurídica -, ou ao princípio da duração razoável do processo, sendo isto justamente o ocorrido com a legislação processual civil brasileira, que contém inúmeras regras direcionadas à precedência da solução do mérito, decorrentes de outros textos, distintos do art. 4º do CPC.

uma correção normativa (dizem respeito do que é correto/lícito e do que incorreto/ilícito); isto é, princípios estabelecem normas a respeito de direitos que encontram sua base na normatividade constitucional. Perder isso de vista é correr o risco de desvincular os princípios de sua força normativa e, com isso, desnaturar sua normatividade (para não falar em discurso banalizador). Paradoxalmente, ao ler textos acerca do novo CPC já se começa a perceber a alusão a supostos novos princípios sem que o seu idealizador decline qual seria o âmbito de sua correção normativa ou de vinculação com a história institucional da comunidade jurídica brasileira. A simples existência de novas regras não as habilita a serem aplicadas com a dimensão de normas-princípio. Ainda que tal doutrina se mostre bem-intencionada, é preciso identificar que o uso argumentativo é que estabelece a diferença entre princípios, regras e diretrizes políticas, já que não se mostra plausível a tese de Alexy de uma distinção estrutural (morfológica ou a priori). Logo, quando a doutrina procura afirmar a existência de “novos princípios processuais”, é muito importante assumir um olhar crítico perante tais conclusões. (...) Neste último cenário, princípios sem força normativa acabam por se transformar em meros topoi (lugares comuns, para utilizar a terminologia de Viehweg, em uma argumentação tópica) e abrem a prática jurídica para o risco de uma discricionariedade jurisdicional como já se vem denunciando – e que tanto se quer evitar no Novo CPC. E, aqui, por óbvio, não se impede que novos princípios sejam derivados do sistema processual brasileiro, mas, para tanto, faz-se necessário à literatura jurídica indicar seus supostos e suas aplicações deontológicas. Não basta nominar de modo inovador “algo” como princípio pelo simples interesse criativo ou efeito retórico. Não é o momento de inventar, mas de atuar com fundamentação profunda e criteriosa. Daí a advertência final: “doutrina processual”, convença-nos de seus “novos princípios!” (...) (NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. “Doutrina deve ter prudência e rigor ao definir princípios no novo CPC”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/doutrina-prudencia-definir-principios-cpc>> Acesso em: 03 ago. 2017).

2.3.1 A sua pretensão de complementariedade e o seu amplo conteúdo eficaz

Como já delineado anteriormente, a metodologia jurídica contemporânea reconhece os *princípios* como normas de direito positivo e não como uma fonte de integração de eventual lacuna no ordenamento jurídico, normas estas que podem ser extraídas de qualquer espécie de enunciados normativos, sejam eles constitucionais, sejam eles infraconstitucionais, e, como tal, devem ser aplicadas com pretensão de complementariedade.

Eles – os princípios - não merecem ser entendidos como meros suportes para discussões acadêmicas, certo que se revelam como instrumentos essenciais à interpretação dos preceitos normativos, servindo como balizamentos para sustentarem o papel político-jurídico do processo, ao transmitirem proposições que organizam e disciplinam a natureza do processo como fenômeno de atuação do direito.

Como é cediço, os princípios possuem uma estrutura deôntico-teleológica, visto que não estabelecem, de modo direto, comportamentos a serem seguidos pelo intérprete no momento da aplicação do direito, sendo certo, pois, que os comportamentos necessários à promoção dos fins desejados pelo princípio são inferidos, indireta e regressivamente, pelo aplicador do direito.

Tais condutas ou comportamentos, como já dantes explicado, não configuram mera recomendação ao destinatário (sem conteúdo valorativo), mas sim imposições do princípio jurídico. Se determinado comportamento for adequado para a consecução do estado ideal de coisas, este será levado em consideração pelo intérprete; do contrário, se não atender à finalidade almejada, ele será indevido⁶⁸.

Assim, trata-se de norma jurídica que estabelece um fim a ser atingido pelo intérprete no momento da aplicação do direito, finalidade esta que somente pode ser obtida através de comportamentos específicos necessários à sua concretização.

As regras, diferentemente, via de regra, contêm a descrição das condutas necessárias a serem praticadas para concretizar seu princípio legitimador⁶⁹, como também exercem uma função *definitória* em relação aos princípios, concretizando-os,

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 82.

⁶⁹ RODRIGUES, Daniel Colnago. “O princípio da primazia da tutela de mérito: uma apresentação”. *Horizontes contemporâneos del derecho procesal*. Néstor Gutiérrez Miranda et al. (Coord.). Peru: Adrus Editores, 2014. p. 245.

na medida em que “*delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios*”⁷⁰.

Conforme ressaltado ao longo deste capítulo, a aplicação das normas jurídicas do tipo princípio não pode desconsiderar ou excluir a aplicação de outros princípios, já que estes são aplicados com pretensão de complementariedade, conjugados com os demais princípios que compõem a ordem jurídica, sem qualquer tipo de exclusão entre eles, podendo levar à mesma solução do caso.

Diferentemente, encontram-se as normas-regras, que se aplicam a partir da exclusão das demais, com caráter de exclusividade ou decidibilidade⁷¹.

Na verdade, o argumento que tenta negar o caráter principiológico da *primazia do julgamento de mérito* desconsidera, frontalmente, a tese de que os princípios são aplicados sem pretensão de exclusividade ou de decidibilidade, sendo possível chegar ao mesmo resultado, aplicando-se mais de um princípio ao mesmo tempo (pretensão de complementariedade), o que não ocorre com as normas-regra⁷².

Em decorrência disso, quando a norma *da primazia do julgamento de mérito*, extraída do texto do art. 4º do CPC, estiver funcionando como princípio, não poderá ser aplicada sem considerar as demais normas de caráter principiológico.

Vale dizer, revela-se inconcebível a ideia de que o juiz poderá, lícitamente, aplicar o aludido princípio sem atentar aos demais princípios correlatos que compõem o sobreprincípio do devido processo legal, a exemplo do contraditório substancial, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, da efetividade, da eficiência, da boa-fé processual e, sobretudo, da cooperação.

Segundo Humberto Ávila, a eficácia interna de um princípio refere-se ao papel desempenhado pelos princípios como normas relevantes para a compreensão do sentido dos subprincípios e das regras⁷³, sendo *direta* quando a aplicação do princípio não depender de intermediação de outras normas (subprincípios ou regras) espalhadas ao longo da legislação pertinente, ocasião em que ele exercerá uma função integrativa, permitindo-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras.

Como visto anteriormente, o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, extraído do texto do art. 4º do CPC, possui uma *eficácia interna direta*, já que poderá atuar, em tese, direta e imediatamente ao caso concreto, sem a necessidade de

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 105-106.

⁷¹ Ibidem, p. 102.

⁷² Ibidem, p. 105.

⁷³ Ibidem, p. 85.

intermediação de outras normas jurídicas, a ponto de seu conteúdo eficaz englobar, inicialmente, a *eficácia integrativa*.

Assim, o princípio da *primazia da solução de mérito*, decorrente do texto insito no art. 4º, do CPC, deve ser compreendido como uma norma jurídica de aplicabilidade imediata, de natureza cogente, impositiva de comportamentos às partes e ao juiz, independentemente de previsão legal destas condutas, desde que não existam regras específicas referentes à prioridade da solução de mérito.

Ainda no campo da *eficácia interna*, mas sob o *viés indireto*, percebe-se que o multimencionado princípio exerce, simultaneamente, as funções definitória e interpretativa, respectivamente.

Em primeiro lugar, o princípio da *primazia do julgamento de mérito* cumpre uma *função definitória*, por exemplo, do sobreprincípio do devido processo legal e dos princípios do contraditório e da boa-fé processual, delimitando e especificando os referidos comandos principiológicos.

Em segundo lugar, é indubitoso, outrossim, que o *princípio da preferência da resolução do mérito* traz ínsita consigo a *função interpretativa*, ao promover uma reconstrução de outros princípios a ele correlatos, como os citados anteriormente, permitindo, com isso, o preenchimento de lacunas através da criação de mecanismos que contribuam para a definição do mérito do processo.

Neste diapasão, sobressai-se a relevância desta importante função desempenhada pelos princípios, qual seja, a de orientar o intérprete na busca do significado das normas jurídicas, embora eles não cheguem a determinar de logo quais os métodos e critérios interpretativos a serem seguidos, funcionando apenas como norte para guiar a obtenção do resultado de tal atividade⁷⁴.

Com efeito, através da *função interpretativa* conferida aos princípios, consegue-se fiscalizar que o produto da interpretação não ocasione um resultado contrário àquilo que objetivam concretizar, revelando uma legitimação da solução adotada por aquele incumbido de solucionar o caso concreto⁷⁵.

Então, quando funcionar como uma norma-princípio, extraída do texto do art. 4º do atual CPC, a *primazia da resolução do mérito* exercerá as funções integrativa, definitória e interpretativa, interagindo com os demais princípios correlatos que

⁷⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 41.

⁷⁵ Ibidem, p. 41.

compõem a ordem jurídica processual civil pátria numa nítida relação de complementariedade.

Do ponto de vista da eficácia externa, o princípio da *primazia da solução do mérito* carrega, em si mesmo, as *eficácias seletiva e argumentativa*.

A um, porque caberá ao intérprete (juiz) selecionar fatos relacionados aos valores tutelados pelo princípio (respeito ao contraditório substancial, diálogo, poder de influenciar na formação do pronunciamento jurisdicional) e examiná-los minuciosamente, objetivando dar concreção ao princípio.

A dois, também está presente no referido princípio a eficácia argumentativa, exigindo do Estado-Juiz uma justificativa coerente⁷⁶, plausível e sistêmica para o seu eventual afastamento ou restrição, devendo, em situações tais, ponderar o valor da *prioridade da solução de mérito* com outros valores que com ela contrastar, ou, ainda, colocar no exercício da ponderação os meios alternativos à consecução do princípio.

2.3.2 A solução de mérito da postulação como o estado ideal de coisas perseguido pelo princípio da primazia do julgamento de mérito⁷⁷

Em uma sociedade pluralista como a contemporânea, cuja característica central é o constante reequilíbrio através da **transação de valores**, a dimensão do direito pela intermediação de princípios, devido à sua maleabilidade, apresenta-se como perspectiva possível para a conformação do jurídico com o presente momento histórico, autorizando o **sopesamento constante de valores**, refletido em diversas relações entre os princípios no ordenamento jurídico processual⁷⁸.

⁷⁶ “O caráter da coerência e o da completitude estão ligados estreitamente entre si, mesmo que tal conexão não seja sempre evidente. A incoerência do sistema é a situação em que “há” uma norma e “há” uma outra norma incompatível com a primeira; a incompletitude é a situação em que não há “nem” uma norma, “nem” uma outra norma incompatível com esta. Na incoerência há uma norma a mais (há...há); na incompletitude, há uma norma de menos (nem...nem)” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 1995, p. 202-203).

⁷⁷ Como bem lembrou Leonardo Carneiro da Cunha, “a construção do princípio da primazia do exame do mérito, a partir do texto deste art. 4º, foi percebida por Fredie Didier Jr., em debate travado nas X Jornadas Brasileiras de Direito Processual, realizadas sob a organização do IBDP, de 28 a 30 de agosto de 2014, em Campos de Jordão/SP” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 4º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36).

⁷⁸ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. cit., p. 111.

É preciso que o juiz esteja apto a conferir os princípios processuais que se projetam cristalizados como normas jurídicas relevantes, para que os provimentos jurisdicionais alcancem nível de eficácia e valor suficientes a significar a consecução, em bases sólidas, do resultado jurídico-substancial objetivado.

O direito processual é direito formal, na missão de realizar o direito material e, nessa ordem, cumpre ao julgador interpretar, integrar e aplicar os princípios em confronto de sua “*ratio-especie*” com as situações práticas que se ajustam no desenvolvimento do processo⁷⁹.

Neste sentido, o processo constitui um instrumento para que o juiz chegue à decisão de mérito, não podendo ele – o processo - ganhar contornos mais fortes do que o próprio direito material⁸⁰, pelo que o processo deve promover o encontro entre o desejo das partes de obterem uma tutela definitiva para a sua pretensão e o dever do Estado de prestar tal proteção ao direito material invocado pelas partes.

Conforme bem advertiu Hermes Zaneti Jr., há uma relação de circularidade entre o direito processual e o direito material, pois, se ao primeiro cabe a função de concretizar o segundo, o direito material coloca-se como o valor regente da criação, interpretação e aplicação das regras de processo⁸¹.

Com efeito, o direito tem como finalidade a pacificação social com o menor grau de perturbação possível⁸², razão pela qual “o bom processo é somente

⁷⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. “Da aplicação prática dos princípios processuais: uma proposta de estudo”. *Monografia premiada no concurso de monografias do Poder Judiciário de Pernambuco*. Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, Recife: Tribunal de Justiça, 1990, p. 11-12.

⁸⁰ “A efetiva existência dessas posições jurídicas subjetivas materiais implica igualmente necessidade de essas serem adequada e efetivamente tuteladas. Ao direito, à pretensão e à ação oriundos de determinada relação jurídica material corresponde, nessa perspectiva, direito à tutela dessas mesmas posições jurídicas. Ao direito subjetivo de crédito pode corresponder, dessarte, direito à tutela ressarcitória. À pretensão à incolumidade de determinado direito de personalidade corresponde, assim, direito à tutela inibitória. São exemplos de posições jurídicas e suas respectivas tutelas no plano do direito material” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 157-159).

⁸¹ O referido autor foi preciso na afirmação de que “continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito” (ZANETI JR., Hermes. “Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)”. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 192).

⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 46-47.

aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas”⁸³.

O processo deve buscar, na medida do possível, a equiparação com a realização espontânea do direito: quanto maior for esta aproximação, maior será a efetividade do processo. Ele – o processo – deve dispor de meios para impedir que as mudanças da realidade, como o advento de fatos e argumentos novos no curso do processo, gerem perda da energia gasta pelas partes e pelo Estado, devendo, pois, amoldar-se às novas circunstâncias externas para garantir a consecução de um resultado útil.

Hoje, mais do que garantia de novos direitos substantivos e mecanismos de reivindicação, o acesso pleno à jurisdição significa obtenção da justiça substancial, que não é alcançada, em regra, quando não há o exame da pretensão de direito material pelo Judiciário.

Vale dizer, o acesso integral à justiça deve ser interpretado de forma extensiva, compreendendo a ampla noção de ordem jurídica justa⁸⁴, que abrange: “(i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula geral do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (contraditório substancial); (iv) adequada e tempestiva análise pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade das formas e efetividade dos direitos)”⁸⁵.

Não se pode permitir que o processo, por conta de sua natural demora⁸⁶, perca sua importância, fazendo com que o direito material através dele perseguido possa

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Nasce um novo direito processual”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

⁸⁴ O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 158655-9/PA, registrou que “a garantia de acesso à justiça tem alcance maior do que o simples recebimento, no setor de protocolo, de petição inicial; encerra, também, e nisso se mostra harmônica com as noções do devido processo legal, a tramitação regular, atuando o Estado-juiz nos moldes previstos na legislação instrumental”.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2011. p. 218.

⁸⁶ “Tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a atuação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Trad. J. Guimarães Mengale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 159).

ser entregue àquele que tem razão⁸⁷ por força de obstáculos meramente processuais supostamente intransponíveis⁸⁸.

Em regra, o processo que se encerra sem o julgamento de mérito não cumpre sua função social, ocasionando, não raras vezes, uma situação contraproducente, pois os atos realizados pelas partes e pelo Estado-Juiz, em última análise, são desperdiçados. Quanto menos as crises processuais impedirem o resultado esperado do processo, tanto melhor.

Nas exatas palavras de Bedaque, “*a sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e frustração de esperanças*”⁸⁹, certo que o papel da jurisdição é realizar o direito material, garantindo a eficácia prática do ordenamento jurídico; ao prolatar uma sentença terminativa, o juiz simplesmente afirma, em resumo, que não julgará a pretensão de direito material submetida a julgamento, mantendo, com isso, o estado de dúvida e de incerteza das partes, bem como a situação litigiosa que, no maior das vezes, fundamenta a demanda.

A prolação de sentenças extintivas, que resolvem o processo sem a análise do mérito, implica, em regra⁹⁰, a frustração da prestação jurisdicional, porque, em tais situações, a mensagem que se passa é a de que o Estado-Juiz não exerceu a jurisdição de forma adequada e plena, sendo a proliferação deste tipo de sentença uma medida danosa e problemática para o sistema na grande maioria dos casos.

Ademais, a extinção do processo sem resolução do mérito pode surtir o efeito contrário, já que, em algumas situações, a insatisfação surgida com ditas extinções anômalas do processo poderá acarretar o ajuizamento de uma nova demanda semelhante, desde que com a correção do apontado defeito (nas hipóteses que permitam a repropositura da ação), dando ensejo ao chamado “efeito bumerangue” ou a continuidade do processo, através da interposição do recurso cabível no caso concreto.

⁸⁷ “*El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen*” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 483).

⁸⁸ “*Se o direito processual civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado*” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Processo Civil e sua recente reforma”. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. São Paulo: Forense, 2002. p. 177).

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

⁹⁰ A presente dissertação, neste ponto, valeu-se da expressa “em regra”, porque será demonstrado que, excepcionalmente, haverá situações nas quais a alternativa consentânea com o sistema será a própria extinção do processo sem resolução do mérito (por exemplo, quando houver colusão entre as partes), ou a imediata inadmissão de um recurso, se houver algum vício processual insanável.

De igual modo, as decisões monocráticas e os acórdãos prolatados pelos tribunais, sejam ordinários, sejam de superposição, que concluem pela inadmissão imediata dos recursos ordinários e/ou extraordinários em sentido amplo (recurso extraordinário e recurso especial), sem oportunizar ao recorrente a possibilidade de sanar os vícios processuais neles eventualmente presentes, via de regra⁹¹, também atentam contra o sistema, ao não permitirem o julgamento de mérito do processo.

Assim, deflui-se que a norma fundamental da *primazia da solução do mérito*, decorrente do texto disposto no art. 4º do CPC, poderá funcionar no sistema, em algumas situações, como um princípio, cujo conteúdo normativo, como todo e qualquer princípio, é a definição de um estado ideal de coisas a ser alcançado pelo intérprete a partir de comportamentos necessários à realização desse fim.

Este estado ideal de coisas almejado pelo mencionado princípio consiste na premissa de que tanto o órgão julgador como as partes, sempre que possível, na qualidade de sujeitos colaboradores no processo, devem perseguir a solução de mérito para os conflitos, superando os vícios sanáveis de admissibilidade das postulações, inclusive na fase executiva.

E, para se atingir tal desiderato, o referido princípio atua conjuntamente com outros princípios correlatos, na medida em que se ampara, colateralmente, na lealdade com que os sujeitos processuais devem pautar suas condutas (aproximando-se da boa-fé), a fim de não frustrar legítimas expectativas dos demais sujeitos (aproximando-se da confiança legítima). Vale dizer, deve o juiz garantir que os argumentos das partes sejam contemplados em sua decisão, acolhendo-os ou rejeitando-os de maneira fundamentada, mas garantindo que todos os pontos de sua decisão tenham sido objeto de debate (aproximando-se do contraditório em seu sentido substancial).

Diante disso, deve-se construir a efetividade do processo, através do intenso aproveitamento do princípio da *preferência da solução do mérito*, mediante uma necessária e útil relação com outros princípios processuais, com o emprego de mecanismos e técnicas compatíveis para se obter a tutela jurisdicional adequada e

⁹¹ Utiliza-se, novamente, a expressão “via de regra”, porque será defendido, ao longo desta dissertação, que existem vícios insanáveis que autorizam a imediata inadmissão das postulações das partes, os quais não depõem contra o sistema, a exemplo do erro grosseiro cometido pelo recorrente, quando contrariar uma expressa previsão legal quanto ao recurso adequado, sem que haja qualquer margem para dúvidas, configurando, inelutavelmente, um comportamento culposos (na modalidade da imperícia), que, portanto, não pode beneficiar aquele que o comete, funcionando, em última análise, como um limitador ao alcance do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

perfeita, realizando-se a justa composição do conflito, até porque um processo, que é extinto sem resolução de mérito, em decorrência de alguma invalidade que poderia ser sanada, custa dinheiro, tempo e provoca retrabalho.

Desse modo, erigir a norma da *prioridade da solução de mérito* à categoria de princípio, além de enaltecer as premissas fundamentais do CPC (especialmente no tocante à adoção do modelo cooperativo de processo), terminou por repercutir diretamente na criação de novas regras, ainda que decorrentes de outros textos legais distintos do art. 4º do CPC, que valorizam, sobretudo, a primazia do mérito, bem como influencia, inclusive, as interpretações realizadas pelos operadores do direito da ordem jurídica brasileira, visando à solução definitiva dos casos concretos.

Objetiva-se, pois, um exame aprofundado do *princípio da primazia do julgamento de mérito*, derivado do texto do art. 4º do CPC, no influxo de se alcançar uma conotação mais profunda de direito ao *processo justo*, que reflete um ideal a ser buscado no modelo do novo processo civil cooperativo⁹², com ampla e influente participação dos agentes processuais envolvidos, que, naturalmente, deve ser capaz de trazer resultados positivos na prática.

Afinal, a plena identificação da *primazia do julgamento de mérito* como princípio processual em suas consistências próprias – cujo reconhecimento se impõe para potencializar a sua aplicação – tem uma utilidade insofismável na tentativa de garantir a entrega da prestação jurisdicional adequada e efetiva do direito material.

Diante disso, sobreleva-se a noção do *processo justo*⁹³, como sendo aquele concluído mediante uma decisão justa, que implica correção no procedimento, adequada apuração dos fatos e adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto normativo e aplicação da norma jurídica ao caso concreto⁹⁴.

⁹² Neste particular, a respeito da necessidade de se buscar, precedentemente, a solução do mérito da postulação como finalidade desejada pelo princípio da *primazia do julgamento de mérito*, confira-se a seguinte lição doutrinária: “Tendo sido o objetivo do legislador ao criar o processo ou a fase de conhecimento um julgamento de mérito, naturalmente essa forma de (extinção) final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente esta distinção entre fim normal e anômalo já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 10-11).

⁹³ Lembre-se, na esteira do que assevera Giovanni Verde que o *giusto processo* não decorre da natureza das coisas, tratando-se, na verdade, de um fenômeno mutável, tanto quanto o direito material de que ele constitui instrumento (“Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, p. 305-306, abr./jun. 2000).

⁹⁴ CAVANI, Renzo. *Processo Justo: Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2014. p. 19.

Bem por isso, quando a norma *da primazia da solução do mérito*, extraída do texto do art. 4º do CPC, estiver funcionando como um princípio, prescrevendo que tanto o órgão julgador como as partes, sempre que possível, na qualidade de sujeitos colaboradores no processo, persigam a solução do mérito do conflito de interesses posto sob apreciação judicial, será naturalmente permitido superar (através da correção, conversão ou até mesmo desconsideração), os vícios do processo que impediriam, em tese, uma decisão definitiva.

Este é, portanto, o estado ideal de coisas perseguido pelo princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

3. O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

3.1. O modelo cooperativo de processo como “palco adequado”⁹⁵ para a aplicabilidade do princípio da *primazia da resolução do mérito*

Conforme uma lição tradicional, o direito é composto por três elementos indissociáveis: a norma, o fato e o valor, lição esta que restou denominada de “Teoria tridimensional do Direito”, resultando, daí, que o direito não representa apenas a norma jurídica, mas sim um fenômeno fático predisposto a ser valorado⁹⁶.

Em razão disso, o direito acaba sendo influenciado pelo modo como a sociedade se organiza, isto é, a boa análise do direito implica a sua contextualização com o ambiente ou com a realidade social em que as suas regras foram elaboradas, e, sobretudo, com a finalidade que com elas se pretende alcançar.

Vale dizer: o direito é fato social, reflexo do sentimento de justiça imanente a todo ser humano, embora condicionado pela realidade e pelos valores do grupo, já que a norma jurídica pretende alcançar o sentimento de grupo; é a elevação do sentimento ou da ideia de direito ao discurso jurídico-positivo⁹⁷.

E, nesta conjuntura, o direito processual civil, assim como todo ramo jurídico, por ser um fenômeno cultural, não fica imune às influências externas, sem estar alheio ao momento histórico vivido por determinada sociedade em um dado espaço de tempo, assumindo, justamente por isso, um caráter contingente⁹⁸.

Partindo-se dessa premissa, inspirado em diversos sistemas jurídicos estrangeiros que já o adotavam (o alemão, o português e o italiano), extraiu-se o “*modelo cooperativo de processo*” como o regime processual compatível com o atual CPC, que não elege um ou outro sujeito processual como protagonista, nem determina a condução do procedimento pelas partes, tampouco permite o acúmulo exagerado de

⁹⁵ Em respeito à honestidade intelectual, atribui-se a autoria da expressão “palco adequado” ao Prof. Leonardo Carneiro da Cunha, orientador desta dissertação, que, em uma das sessões de orientação com este autor, pontuou que “o modelo cooperativo de processo seria o palco adequado para a aplicação do princípio da primazia do julgamento de mérito”.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80.

⁹⁷ DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 37

⁹⁸ Afinal, como já dissera Mauro Cappelletti: “*tudo sistema processual é, na verdade, o espelho fiel da concepção da vida que domina num lugar dado e num momento dado da história dos povos*” (in “*Ideologie nel diritto processuale*”. *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969. p. 3-34).

poderes pelo juiz, partindo-se da nítida percepção de interdependência entre os sujeitos processuais.

Assim, o atual modelo processual civil brasileiro “*é o resultado do que dispõem as normas constitucionais e infraconstitucionais deste País com relação às técnicas e categorias jurídicas predispostas à solução de conflitos e às pessoas e conjunto de pessoas encarregadas de pôr em ação as técnicas processuais*”⁹⁹.

Busca-se, no referido modelo, uma condução do processo sem que seja dado destaque a nenhum sujeito processual, cabendo ao juiz distanciar-se das partes somente no momento de proferir a sua decisão, ou seja, o magistrado assume uma dupla posição no processo – paritária na condução do feito e assimétrica na decisão¹⁰⁰, porque, no momento em que profere alguma decisão (seja uma decisão interlocutória, seja uma sentença), o magistrado age como representante do poder estatal, impondo a sujeição a todos os seus cidadãos.

No entanto, esta percepção temática não é nova¹⁰¹, pois Eduardo Grasso, ainda em 1966, já sustentara que a nota fundamental do regime colaborativo consiste na estruturação da relação jurídica processual, que, em lugar de permanecer sob uma ótica triangular, é redesenhada em forma de linhas paralelas, colocando-se, pois, o juiz no mesmo nível em que situadas as partes até o momento de se decidir determinada situação ou a própria causa¹⁰².

No Brasil, por sua vez, o tema passou a ter maior destaque com o advento do *formalismo-valorativo*, quarta fase metodológica da ciência processual civil brasileira¹⁰³, na qual o processo passou a ser encarado como um espaço privilegiado de

⁹⁹ AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 45-46.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. cit., p. 114-115. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso: 28 ago. 2017.

¹⁰¹ Aliás, como bem lembrou Francisco Barros, “*a ideia de cooperação no processo civil não é recente. Vale recordar, por exemplo, o ensaio publicado por Eduardo Grasso na Rivista di Diritto Processuale ainda nos idos de 1966, onde o mencionado autor discorria sobre a colaboração como “critério organizativo das forças operantes no processo” e defendia a formação de uma “comunidade de trabalho” destinada a “estimular e, dentro de certos limites, a obrigar o colóquio*” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. “Os princípios processuais no projeto do novo Código de Processo Civil”. cit., p. 425).

¹⁰² “*In questo quadro, che há soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta a livello delle parti: alla tradizione costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele*” (GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1966, v. XXI, p. 609).

¹⁰³ A referida expressão foi cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao asseverar que “*a expressão formalismo-valorativo visa a demonstrar a condição do direito processual como direito constitucional*

exercício direto do poder pelo povo, potencializando-se o valor participação no processo¹⁰⁴.

A rigor, o *formalismo-valorativo*¹⁰⁵ tenta garantir a igualdade material entre as partes, através do equilíbrio de ônus, faculdades, poderes e deveres a elas atribuídos, de modo a tentar obstruir uma possível influência diferente na atividade cognitiva do juiz, respeitando-se, com isso, a premissa fundamental do contraditório substancial.

Desse modo, emerge uma perspectiva de enfoque do processo civil evidenciada pela atuação colaborativa de todos os sujeitos processuais, demonstrando-se a importância das alegações das partes na formação da decisão judicial e, ao mesmo tempo, um papel proativo do magistrado, num contexto onde as partes defendem seus pontos de vista mediante argumentos, ao passo que o juiz deve analisar todos eles, acolhendo-os ou rejeitando-os, de modo fundamentado¹⁰⁶.

*aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social” (Do formalismo no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213-214). Daniel Mitidiero também adota esta denominação do formalismo-valorativo, porque defende uma reconstrução do formalismo processual, que não deixa de perder importância, mas recebe uma releitura diante dos novos valores consagrados pelo neoconstitucionalismo, não obstante tome os termos como sinônimos (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. cit., p. 51-52).*

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2007, p. 31.

¹⁰⁵ “O *formalismo-valorativo* (ou ‘*neoprocessualismo*’) reconhece a “nova” teoria das fontes, que distingue texto de norma, reconhece a força normativa dos princípios, valoriza o papel dos precedentes jurisprudenciais e expande a utilização e a aplicação das cláusulas gerais. Promove e estimula, ainda, uma profunda revisão das categorias processuais (tutela, jurisdição, processo, ação, cognição, execução, fatos jurídicos processuais, estabilidades, defeitos e invalidades, precedentes, meios impugnativos, etc, que foram originariamente delineados entre o fim do século XIX e o início do século XX. Em terceiro, sustenta que o Direito Processual seja pensado – e praticado – a partir da metodologia própria do Direito Constitucional contemporâneo, isto é, na perspectiva da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao devido processo de direito (e seus corolários e desdobramentos) e à efetividade. Além disso, a fase contemporânea valoriza, em maior escala, o papel de todos os participantes da relação processual, conforme o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à democracia constitucional brasileira” (REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 44-45).

¹⁰⁶ As regras dispostas no art. 489, §§1º e 2º, do CPC, ao estabelecerem parâmetros objetivos para se considerar uma decisão (des)motivada, pretendem, na verdade, inibir o subjetivismo ou solipsismo judicial, pois o julgador terá que atender a um dever de fundamentação mais qualificada, caso não queira considerar, no caso concreto, as disposições constitucionais, infraconstitucionais e os precedentes invocados pelas partes. Como defende Jaldemiro Ataíde Júnior, os referidos dispositivos legais resgataram a categoria jurídica da *incidência*, colocando-a no centro do discurso judicial, seja na aplicação de enunciados normativos, seja na aplicação dos precedentes, cuja importância é inestimável para a adequação da argumentação judicial, pois impõe ao discurso judicial a consideração detida das razões deduzidas pelas partes, o que exige a justificação plausível tanto para a incidência como para a não incidência das normas invocadas pelas partes, caso não as aplique, conferindo um maior grau de consistência sistêmica (“Legalidade, incidência, motivação e controle racional das decisões judiciais”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n.93, p.118-119, jan./mar.2016).

Consoante o atual regime processual civil, o juiz não pode adotar uma postura solipsista, solitária, unilateral, certo que a sua decisão será construída de forma conjunta com as partes, garantindo-se, com isso, que todos os elementos da sua decisão tenham sido amplamente debatidos pelas partes, no curso do procedimento.

No modelo colaborativo de processo, a legitimação da decisão judicial se perfaz no efetivo debate entre os atores processuais para a tomada da decisão final¹⁰⁷, pelo que a aceitabilidade da decisão não reside apenas na qualidade dos argumentos, mas também na estrutura do próprio processo argumentativo, que exige a ampla participação de todos os agentes no desenvolvimento do processo¹⁰⁸.

Como visto, a concepção colaborativa do processo compreende o direito como algo que não é mais pré-dado, passando-se a encarar o direito como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo, que consiste num colóquio, onde todos tomam parte, na medida em que se exerce a cooperação em busca da melhor solução no caso concreto.

Vale dizer, objetiva-se garantir o *direito ao processo justo (equo)*¹⁰⁹, isto é, a um processo não mais estuturado apenas formalmente (estático), mas entendido como *garantia mínima de meios e resultados*, para que seja concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante (*direito ao processo justo*), que nada mais é do que a face dinâmica do devido processo legal¹¹⁰.

Bem por isso, não resta dúvida de que o CPC adotou o modelo estrutural cooperativo de processo, ao estabelecer, no texto do seu art. 6º, que “*todos os sujeitos*

¹⁰⁷ NUNES, Dierle. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 217f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Belo Horizonte, 2008, p. 170.

¹⁰⁸ Sob este ângulo da discussão, Dinamarco ensina que a dialética do processo deve basear-se: “na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e de seus fatos, seja para a correta compreensão das normas do direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recenas formulações, abrange do direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso também que este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas” (DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 319).

¹⁰⁹ Neste sentido, confira-se a seguinte ponderação: “É justamente a concatenação (entrosamento) das normas processuais engendradas pela Constituição que permite a estruturação do devido processo legal. Será devido – e, portanto, justo – aquele processo que respeitar as garantias de justiça dispostas no plano constitucional” (RODRIGUES, Daniel Colnago. Ob. cit., p. 247).

¹¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2007. v. 1, p. 63.

devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, positivando, no plano infraconstitucional, o princípio da cooperação.

Demais disso, o modelo cooperativo no processo civil brasileiro aumentou a importância da boa-fé processual e da confiança legítima, o que comprova a inteira compatibilidade do *princípio da primazia do julgamento do mérito* com esse paradigma, como forma de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, definitiva e efetiva, atendendo, daí, ao princípio da duração razoável do processo.

Enfim, a importância da prevalência da norma *da primazia da resolução do mérito* é, justamente, garantir que o processo, tanto nas instâncias ordinárias, como nas extraordinárias, seja melhor gerido funcionalmente, permitindo-se o saneamento de alguns vícios processuais (dizem-se “alguns”, porque se defenderá, mais adiante, a existência de vícios insanáveis), com a fiel observância do contraditório substancial, possibilitando, com isso, que sejam prolatadas decisões mais fundamentadas, menos propensas, *ipso facto*, a futuras modificações.

Ora, todos os sujeitos processuais, num ambiente cooperativo do processo, devem emendar esforços para identificar e superar os vícios sanáveis do processo, em prol da resolução do mérito da causa, evitando, com isso, a decretação da sanção de invalidade.

Diante destas explanações, chega-se à inarredável conclusão de que a norma da *primazia da resolução do mérito* é plenamente consentânea com o atual modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC, indo mais além, ao ser considerada como uma das premissas fundamentais do referido modelo.

3.2 A necessária imbricação entre os princípios do contraditório, da cooperação e da *primazia da resolução do mérito*

3.2.1 Generalidades

O modelo cooperativo é uma tentativa de explicação científica de determinado sistema de normas processuais, sendo resultado do ser (ciência do direito), enquanto que o princípio da cooperação tem natureza de norma e, como tal, tem pretensão de dever-ser (direito positivo).

Assim, além de representar um modelo estrutural de processo, é possível se falar, igualmente, na cooperação processual como norma jurídica, pelo reconhecimento do “princípio da cooperação”¹¹¹, cujos fundamentos são o devido processo legal, o contraditório e a boa-fé¹¹², destinando-se a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho”¹¹³, potencializando o diálogo aberto entre todos os sujeitos processuais para se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto¹¹⁴.

Em outras palavras, o modelo processual cooperativo é balizado, simultaneamente, pelos princípios do contraditório e da cooperação, cujos conteúdos eficaciais se inter-relacionam reciprocamente, coexistindo, em permanente simbiose, com o princípio da *primazia da resolução do mérito*, razão pela qual se passa, doravante, a tratar, mais profundamente, daqueles dois princípios, que são necessariamente imbrincados com este último.

3.2.2 O princípio do contraditório

A ciência do Direito, de um modo geral, não é estanque, sofrendo variações no espaço e no tempo, de acordo com as diferentes condições sociais em que é aplicada, servindo esta premissa, também, para justificar a mutação, ao longo do tempo, do conteúdo do princípio do contraditório no direito brasileiro, que é dinâmico por natureza, permitindo-se uma constante releitura do texto do art. 5º, LV, da CF/88, de modo a adaptá-lo às necessidades sociais e aos valores que permeiam o sistema jurídico pátrio.

Assim é que a garantia do contraditório, atualmente, não pode se restringir, tão-somente, à tempestiva cientificação das partes acerca dos atos processuais e ao respeito à bilateralidade da audiência, porque, modernamente, não é suficiente, apenas, assegurar essa dimensão formal do princípio do contraditório (direito de ser ouvido, de ser comunicado, de poder falar no processo).

¹¹¹ Segundo Fredie Didier Jr., o princípio da cooperação “*orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais de mero fiscal de regras*” (DIDIER JR., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 127, p. 76, 2005).

¹¹² Neste sentido: DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 124; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 229-305; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 6º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 42.

¹¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 62.

¹¹⁴ GERALDES, António Santos Abrante. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. 1, p. 88.

Não mais se admite a dimensão puramente formal do contraditório, traduzida unicamente no binômio: *informação obrigatória – manifestação possível* (audiência bilateral das partes), entendida como a obrigatoriedade de o juiz dar ciência às partes acerca dos atos e termos processuais, assegurando-se-lhes a eventual possibilidade de, querendo, manifestarem-se. Atualmente, fala-se na vertente substancial do contraditório, que reside no poder de as partes participarem efetivamente no processo e influenciarem na elaboração da decisão judicial.

Vale dizer: o contraditório passa a se solidificar numa acepção muito mais ampla, podendo ser sintetizado no trinômio *informação-manifestação-consideração*¹¹⁵, pois não se efetiva, apenas, com a simples ouvida das partes ou com a sua mera cientificação dos atos processuais realizados, mas também com o respeito à efetiva *participação* das partes no desenvolvimento do litígio, bem como pela possibilidade de influenciarem, em igualdade de condições, a formação do convencimento do magistrado.

Há de prevalecer, pois, a dimensão substancial do princípio do contraditório, não se limitando apenas ao direito conferido às partes de serem informadas sobre as intercorrências processuais, mas, principalmente, correspondendo aos direitos de participação e de reação no processo, com o *plus* do poder de influenciar (direito de influência¹¹⁶) a convicção do julgador¹¹⁷, permitindo o amplo diálogo entre todos os sujeitos processuais, tornando, por isso mesmo, legítimo e democrático o exercício da atividade jurisdicional¹¹⁸.

¹¹⁵ “(...) o contraditório se estratifica em informação – comunicação das partes sobre determinado fato processual -, reação – faculdade das partes apresentarem manifestação sobre o fato processual -, e, necessariamente, consideração, esta última atrelada à imprescindibilidade do provimento jurisdicional enfrentar os argumentos apresentados pelas partes em sua reação. Portanto, o contraditório impõe o direito das partes apresentarem manifestação sobre elementos que aportem nos autos e, principalmente, verem tais elementos considerados pelo órgão julgador” (OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. “Devido processo legal: contraditório (trinômio informação, reação e consideração) e o Novo CPC”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 7, p. 214, jan./jun.2011).

¹¹⁶ “O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 125).

¹¹⁷ “A essência do contraditório, segundo sua acepção mais consentânea com as atuais características do Estado Democrático de Direito, está justamente na possibilidade de influenciar a formação do convencimento daquele magistrado que está efetivamente em vias de decidir e não meramente debater um fundamento em uma determinada fase do processo” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Tutela de contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 17, p. 173, jan./jun.2016).

¹¹⁸ “O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos

Parte-se da ideia de que todos aqueles que serão atingidos pela manifestação do poder estatal deverão ter a oportunidade de debater e influenciar a referida manifestação, pois a participação, como premissa essencial de qualquer regime democrático, legitima o exercício do poder, em qualquer de suas esferas¹¹⁹, donde o processo judicial, para ser efetivo, deve necessariamente ser participativo e dialógico, por meio de uma cooperação mais intensa entre os interessados e o juiz¹²⁰.

A partir disso, vislumbra-se o princípio do contraditório como verdadeiro “*meio assecuratório do princípio político da participação democrática do processo*”¹²¹, evidenciando-se a íntima relação entre contraditório e democracia.

É que, sem dúvida, como o contraditório pode significar a real oportunidade de participação das partes na formação da decisão judicial, essa garantia processual vem a ser um modo de concretização da democracia, servindo como um instrumento de legitimação do exercício do poder jurisdicional¹²².

A potencialização do contraditório num processo judicial não pode atender a interesses exclusivamente individuais dos litigantes, mas, em última análise, do próprio Estado-Juiz, para fins de legitimação do resultado final, obtido em processo pautado na participação democrática de todos os interessados (que podem colaborar com o exercício da atividade jurisdicional) e do juiz.

Essa reconstrução do conteúdo do princípio do contraditório, exigindo-se que o processo seja estruturado de modo dialético e participativo fez com que se privilegiasse o modelo cooperativo de processo, que, em razão disso, passou a ser considerado como uma “divisão de trabalho”¹²³ entre todos os sujeitos do processo.

processuais, sem dúvida, é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61).

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro”. cit., p. 350.

¹²⁰ Neste sentido, convém rememorar que “*seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultado que lhe interesse (ou vice-versa). Mas não é disso que se trata. O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 11).

¹²¹ GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 24, p. 73, mar.2005.

¹²² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 135.

¹²³ A referida expressão foi originariamente utilizada por Barbosa Moreira no artigo intitulado “O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35-44.

Agora, com a valorização do contraditório dinâmico ou substancial, antes de o juiz decidir o caso concreto, cabe-lhe empreender um debate com os interessados, colhendo suas manifestações a respeito da questão a ser solucionada, ainda que possa decidi-la de ofício ou que se trate de uma presunção simples, para evitar que as partes sejam surpreendidas por uma decisão de teor inesperado, as denominadas decisões-surpresa ou de terceira via (*terza via*)¹²⁴, tal como denominadas no direito italiano.

Não mais se toleram, no modelo cooperativo de processo, as decisões-surpresa, seja quanto às matérias de fato, seja relativamente às questões de direito (que outrora passavam ao largo do contraditório, pois eram quase que afetas exclusivamente ao órgão julgador), inserindo o juiz, na relação jurídico-processual, como autêntico sujeito do contraditório, impondo-se-lhe deveres diversos, cujo cumprimento implica, forçosamente, a garantia da participação dos sujeitos parciais do processo¹²⁵.

Em regra, toda questão submetida a julgamento, seja ela fática, seja ela jurídica, antes deve passar necessariamente pelo contraditório substancial¹²⁶, isto é, o juiz tem o dever de provocar o debate prévio sobre aquele tema, oportunizando às partes a possibilidade de interferir na formação do convencimento judicial a respeito daquele tema, de modo a imprimir, com isso, legitimidade decisória no processo de interpretação da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Então, caso seja proferida uma decisão de terceira via, estar-se-á diante de um pronunciamento judicial viciado em sua própria gênese, a se permitir, por isso mesmo, a decretação de sua invalidade, desde que, além disso, seja comprovado o prejuízo à parte pelo cerceamento do seu direito de participação no processo, à luz da regulamentação própria do sistema de nulidades vigente no direito brasileiro.

Infere-se daí que a possibilidade de influenciar a tomada da decisão judicial, ou melhor, de que os argumentos trazidos pelas partes sejam efetivamente

¹²⁴ A doutrina italiana costuma tratar estas decisões inesperadas como “*decisione della terza via*”, porque refletem uma visão jurídica subjetiva do magistrado, sem o contraditório das partes, conforme advertiu MONTESANO, Luigi. “La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2000. p. 22.

¹²⁵ “*Enfim, o ‘processo justo’, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado*” (THEODORO JR., Humberto. “Processo justo e contraditório dinâmico”. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, n. 33, p. 18, 2009).

¹²⁶ As exceções à regra da proibição da denominada decisão-surpresa estão elencadas no parágrafo único do art. 9º do CPC, a saber; a) tutela provisória de urgência; b) tutela de evidência prevista nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC; c) decisão prevista no art. 701 do CPC.

analisados pelo juiz no momento de decidir (dever de motivação) somada à garantia de não-surpresa, segundo a qual a decisão judicial não pode tratar de questão não submetida ao prévio debate das partes, compõem os fins tanto do princípio do contraditório, em seu sentido substancial, como do princípio da cooperação¹²⁷.

Com isso, na perspectiva atual, o juiz passa a ser, claramente, um sujeito do contraditório, assumindo uma posição simétrica¹²⁸ e ativa no diálogo travado no processo, adotando um comportamento proativo, devendo oportunizar às partes o poder de influir a formação do seu convencimento.

Para tanto, o órgão julgador deve necessariamente levar em consideração as alegações fáticas e jurídicas trazidas pelas partes, no momento em que decide o processo, ocasião em que a relação processual passa a ser assimétrica, já que o magistrado exerce a sua legitimidade exclusiva para decidir¹²⁹.

3.2.3 O princípio da cooperação

É a partir das ideias destacadas até aqui que se pode cogitar do princípio da cooperação processual, previsto expressamente no texto do art. 6º, do CPC, segundo o qual *“todos os sujeitos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*, como um novo padrão comportamental, direcionado não só às partes, como a todos os demais participantes do processo, inclusive o órgão julgador.

¹²⁷ Aliás, pode-se afirmar que *“a concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia”* (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 146).

¹²⁸ Neste sentido, confira-se: *“A posição simétrica deve ser garantida na condução do processo, no entanto, no momento de proferir a decisão, haverá, inexoravelmente, em face de ser o magistrado o único legitimado a proferir a decisão, uma mudança na posição, voltando a haver uma assimetria entre as partes, colocando-se o magistrado no vértice da relação processual. Em todo caso, a introdução do princípio da cooperação gera mudanças no processo decisório, pois, além de haver um maior contato entre as partes para sua formação, há uma maior exigência em relação à fundamentação, que, em todo caso, é imprescindível para a garantia de que houve efetivo diálogo e não monólogos”* (PEIXOTO, Ravi Medeiros. *“O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do fato processual”*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, n. 60, p. 110, out./dez.2014).

¹²⁹ Aliás, a inclusão do juiz como sujeito do contraditório, na ótica de Teresa Arruda Alvim Wambier, é uma perspectiva com um certo sabor de novidade, pois, do ponto de vista tradicional, o contraditório era, em certa medida, um instituto exclusivamente às partes. Para ela, a participação do juiz no contraditório consistiria na *“necessidade de que o efetivo diálogo havido entre as partes se reflita na motivação da decisão”*, ou seja, que o juiz realmente analise os argumentos trazidos pelas partes (in *“A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão”*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 168, p. 54-55, fev.2009).

Pode-se afirmar, de proêmio, que o princípio da cooperação se consolidou a partir do redimensionamento do princípio do contraditório, que, como visto, passou a exigir uma participação ampla e efetiva de todos os sujeitos processuais no desenrolar do processo, e, especialmente, conferiu às partes o poder de influenciar a formação do convencimento do juiz e, de resto, a sua própria tomada de decisão.

Enfim, todos os envolvidos no processo possuem o direito de falar e de serem ouvidos, coincidindo-se, então, os fins do princípio da cooperação com os fins do princípio do contraditório, em seu sentido substancial, examinado no tópico anterior.

O conteúdo normativo do princípio da cooperação, como todo princípio, é a definição de um estado ideal de coisas que deve ser seguido pelo intérprete a partir da tomada de comportamentos necessários à realização desse fim, comportamentos estes que podem gerar algumas situações jurídicas passivas (deveres, ônus e sujeição), como os deveres de cooperação, tais como o de esclarecimento, o de prevenção, o de consulta e o de auxílio, os quais serão analisados posteriormente, de modo particularizado.

Tal estado ideal de coisas, no caso, consiste na lealdade com que os sujeitos processuais devem pautar suas condutas, a fim de não frustrar expectativas legítimas dos demais sujeitos, devendo o juiz garantir que os argumentos das partes sejam contemplados em sua decisão, acolhendo-os ou rejeitando-os de maneira fundamentada e garantindo que todos os pontos de sua decisão tenham sido objeto de prévio debate.

Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos em conjunto, atuar ao longo do processo, mediante influências recíprocas, para que legitimem o resultado a ser alcançado, certo que *“só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito”*¹³⁰.

Ao longo de todo o procedimento, há de haver, necessariamente, um debate entre todos os agentes no processo, certo que, na verdade, *“há a cooperação das partes com o tribunal, bem como a cooperação do tribunal para com as partes”*¹³¹.

Vale dizer, as decisões judiciais resultam de uma atividade conjunta dos sujeitos processuais, numa soma de esforços para a melhor solução da disputa,

¹³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p.12.

¹³¹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 172, p. 33, 2009.

impondo-se, daí, que o pronunciamento jurisdicional seja devidamente fundamentado, não precisando, porém, conter apreciação completa das razões invocadas por cada uma das partes, mas apenas daquelas que, em tese, possam infirmar as conclusões da decisão final.

Contudo, não se está a pretender que todos os agentes processuais desempenhem funções num mesmo plano, mas que cada um possa, à sua maneira, influenciar na formação da decisão judicial, por meio de um diálogo franco, eficiente e produtivo acerca dos pontos controvertidos trazidos no processo.

A colaboração não se configura apenas como um poder das partes frente ao juiz (situação processual ativa), mas também como um ônus (situação processual passiva)¹³², certo que se, de um lado, lhes confere a oportunidade de participar na formação do convencimento do magistrado, de outro, as partes, iniludivelmente, terão um ônus de suportar as consequências de eventual comportamento inerte, porquanto o juiz não estará obrigado a levar em conta, na fundamentação de sua decisão, informações que não lhe foram apresentadas pelas partes.

Com efeito, a própria lei confia aos litigantes muitas atividades e providências processuais a serem realizadas nos seus próprios interesses, e, correlatamente, atribui-lhes *ônus processuais*, que nada mais são do que encargos estabelecidos por lei e que devem ser cumpridos pela parte a que se destinam no seu próprio interesse, dentro de um lapso temporal determinado.

Vale dizer, os *ônus processuais* não são uma obrigação, mas sim uma faculdade que o interessado tem no cumprimento de algum encargo processual, cuja realização lhe trará vantagem. Caso haja a inobservância de um ônus processual, a parte destinatária que o descumpriu não fica em situação de ilicitude, mas apenas perde uma

¹³² Enquanto o “poder” representa uma posição jurídica de vantagem, cujo exercício influencia a esfera jurídica de terceiros, gerando deveres a outrem, seja à parte adversa, seja ao Juiz (nisso se diferenciando da faculdade, que, embora também seja uma posição processual ativa, exaure-se na esfera jurídica do próprio agente), os “ônus”, situações mais abundantes no processo civil, “*são aquelas posições jurídicas processuais que requerem o exercício de um ato processual a fim de se evitar um prejuízo ao agente ou para que ele obtenha uma vantagem, sendo classicamente definidos como um “imperativo de próprio interesse”*”. (...) “*Em verdade, por meio da previsão dos ônus, estimula-se o exercício do poder. Porém, com ele não se confunde pura e simplesmente porque, uma vez não exercido o ônus, há consequências negativas ao agente (a não obtenção da vantagem), o que não se observa na noção pura de poder*” (TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 95-97).

vantagem ou a oportunidade de realizar o ato processual que lhe beneficiaria¹³³, sofrendo, na maior das vezes, um prejuízo dentro do processo.

Assim, o interessado a quem incumbia algum ônus e deixa de cumpri-lo, provavelmente sofrerá, por conta disso, um prejuízo processual, mas, em nenhum caso, terá praticado ato ilícito. O *dever processual*¹³⁴, por sua vez, configura algo imposto no interesse de outrem, cuja inobservância põe o desobediente em situação de ilicitude.

Então, ultrapassada a mencionada distinção entre *ônus processual* e *dever processual*, faz-se imperiosa a análise desta dicotomia no âmbito do modelo cooperativo estrutural de processo.

No referido modelo cooperativo de processo, evidencia-se a necessidade de uma participação efetiva e com poder de influência das partes na formação da convicção judicial, mas, em contrapartida, há um considerável reforço da responsabilidade das partes, a partir da presença de *ônus processuais* e da entronização de *deveres correlatos*, que devem ser por elas respeitados.

Exige-se de todos os seus agentes processuais que atuem de modo ético e leal, trabalhando, em conjunto, de modo a evitar o aparecimento de vícios capazes de levar à extinção anômala do processo, sem resolução do mérito, além de lhes caber cumprir todos os deveres mútuos, de esclarecimento e de transparência¹³⁵.

Realmente, do processo, enquanto fato jurídico, irradiam diversos deveres (situações jurídicas passivas) que devem ser seguidos por todos os sujeitos processuais, porque a não observância de um dever pela parte, imposto majoritariamente no interesse público, acarretará a aplicação de sanções próprias, previstas para aqueles atos de litigância de má-fé, catalogados no rol meramente exemplificativo do art. 80 do CPC^{136 137}, ao passo que a inobservância de um poder-dever pelo juiz implicará, em regra, a invalidade do pronunciamento judicial.

¹³³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. cit., p. 278.

¹³⁴ “Os deveres caracterizam-se porque exercidos no interesse alheio apenas. É, assim, a situação jurídica passiva que se destaca pela exigência de uma conduta ou uma omissão no interesse de outrem, sob pena de imposição de sanções (...) São poucos os deveres processuais das partes, porquanto os ônus acabam sendo mais eficientes para impulsionar o processo, servindo de estímulo à necessidade de praticar certos atos processuais a fim de afastar a incidência de uma desvantagem” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 96).

¹³⁵ Esta é a dicção com pequenas alterações do Enunciado 373 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

¹³⁶ Neste sentido, esta dissertação concorda com as lições de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior para quem, embora o texto normativo do atual CPC, na temática da litigância de má-fé, não tenha trazido grandes inovações, se comparado ao CPC/1973, já que as disposições dos arts. 77 e 80 do primeiro são quase idênticas às dos arts. 14 e 17 do segundo, é certo que, sob a égide do atual CPC, para fins de

Como bem delineou Fredie Didier Jr., “os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc”¹³⁸, para fins de definir a premissa metodológica indispensável à compreensão do conteúdo dogmático do princípio da cooperação.

Vale dizer, nesse passo, que o princípio da cooperação atua direta e imediatamente, ao exigir, de todos os sujeitos processuais, o cumprimento dos deveres correlatos¹³⁹, sendo que a eficácia normativa do referido princípio independe da existência de regras jurídicas expressas que imputem a observância desses deveres pelos destinatários da norma, porque o próprio princípio torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo cooperativo¹⁴⁰ e leal¹⁴¹.

O princípio da cooperação, na verdade, determina que os litigantes não tenham comportamentos contraditórios e, assim, mesmo que ausente regra jurídica expressa que autorize um determinado comportamento essencial à concretização do

configuração da litigância de má-fé, não há necessidade de se perquirir sobre o elemento subjetivo da parte nem tampouco acerca da ciência ou da ignorância quanto a certos fatos, pois o atual diploma legislativo positivou, em seu art. 5º, o princípio da boa-fé processual sob a perspectiva da boa-fé objetiva (que será tratado mais adiante), que se funda na tutela da confiança (*A inércia argumentativa no Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 292).

¹³⁷ Francisco Barros, ainda na vigência do CPC/1973, já sustentava que a litigância de má-fé deveria ser aferida sob a perspectiva da boa-fé objetiva, e não subjetiva, como se percebe da seguinte passagem: “(...) os casos de litigância de má-fé devem ser aferidos mediante standards de conduta. Não há necessidade de ‘vasculhar’ o fato psíquico, sendo suficiente para a caracterização da improbidade o ‘desvio de propósito do processo’” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 95).

¹³⁸ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 143. Em sentido contrário, Lúcio Delfino sustenta que a cooperação processual somente pode se dar entre as partes e o juiz, e não entre aquelas entre si, por possuírem interesses antagônicos (“Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, jan-mar/2016, n. 93, p. 149-168). De igual modo, Roberto P. Campos Gouveia Filho defende que não é possível falar em *relação processual* entre as partes, mas apenas entre o juiz e as partes, porquanto o objeto da relação processual é a prestação da tutela jurisdicional. No âmbito processual, podem surgir diversas relações entre as partes (v. g., relação sobre responsabilização por abuso de direito), mas tais relações não têm natureza entre as partes (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, jan-mar/2016, n. 93, p. 255-270).

¹³⁹ “Considerando as funções diversas assumidas pelas partes e pelo juiz no processo, é natural que as suas posições jurídicas sejam distintas, já que possuem interesses diferentes no decorrer do processo: enquanto as partes atuam conforme interesses próprios, o juiz age em prol do interesse público” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 94).

¹⁴⁰ Nos dizeres de Lorena Barreiros, utilizando-se da classificação principiológica dada por Humberto Ávila, o princípio da cooperação processual possui eficácia interna, direta e indireta, e eficácia externa, objetiva e subjetiva, podendo ser aplicado no ordenamento jurídico de modo direto e imediato (Ob. cit., p. 187-193).

¹⁴¹ DIDIER JR, Fredie. *Os fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 22.

devido processo equitativo, o princípio da cooperação funciona como justificativa de tal conduta¹⁴².

Dito de outro modo: na hipótese de inexistência de uma regra específica neste sentido, o próprio princípio da cooperação garantirá a imputação do dever específico ao agente processual destinatário da norma, certo que “*ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)*”¹⁴³.

Assim, se determinado comportamento não atende ao fim almejado pelo princípio, ele é indevido, mas se ele ser adequado para se alcançar o fim almejado pelo princípio, a conduta deve ser observada pelo intérprete.

Sendo assim, são os comportamentos necessários à promoção do estado ideal de coisas estabelecido pelo princípio (processo cooperativo), estabelecidos indiretamente, que determinarão qual a eficácia de determinado fato jurídico, integrando tal eficácia com algumas situações jurídicas passivas (deveres).

A maior parte da doutrina brasileira tem demonstrado grande preocupação quanto à atuação do juiz inserido no modelo cooperativo de processo, talvez em decorrência da ampliação do diálogo processual ou até para evitar o autoritarismo judicial, de modo que, na ordem jurídica atual, passaram a ser imputados notadamente ao órgão jurisdicional os deveres de cooperação.

Tem-se dito, recorrentemente, que a decisão judicial é um ato volitivo de poder e, como tal, a ele devem corresponder os instrumentos aptos ao controle da atividade judicial, razão pela qual se trata, tecnicamente, de um *poder-dever*, ou seja, de uma situação jurídica mista para o juiz. Vale dizer: não obstante seja um *poder*, isso não significa, todavia, que não haja imposição de situações jurídicas passivas ao seu exercício, as quais serão representadas por deveres de ordem processual que recaem, outrossim, sobre o órgão jurisdicional.

Estes poderes-deveres ou deveres funcionais, que decorrem do processo (fato jurídico – fonte de eficácia jurídica), em virtude dos comportamentos indiretamente estabelecidos pela norma-princípio da cooperação, são dirigidos, como se disse acima, a todos os sujeitos processuais, inclusive ao órgão jurisdicional, sendo

¹⁴² DIDIER JR, Fredie. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 198, p. 213-225, out.2010.

¹⁴³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 143.

aproveitada, para melhor sistematização da matéria, a classificação adotada pelo direito civil, útil para a compreensão do perfil dogmático do princípio da cooperação^{144 145}.

De acordo com tal sistematização, os deveres de cooperação, situações jurídicas que passaram a integrar a eficácia do fato jurídico, após o reconhecimento da norma-princípio da cooperação, são reconhecidos como imposição também do princípio da boa-fé processual, a saber: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consulta e d) dever de auxílio.

E, neste particular, é indubitoso que a maioria destes deveres, em maior ou menor grau, representam mecanismos para viabilizar a concretude da norma da *primazia da resolução do mérito*, na medida em que tornam efetivo o seu conteúdo fundamental, que, como sabido, é dar preferência a um julgamento meritório do processo, examinando-se, efetivamente, a pretensão de direito material.

3.2.4 Deveres da cooperação

3.2.4.1 Dever de esclarecimento

O dever de esclarecimento (*chiarificazione*)¹⁴⁶, também chamado de ‘dever de informação recíproca’, constitui “*uma ferramenta que visa evitar mal-entendidos na comunicação processual*”¹⁴⁷, na tentativa de se conterem decisões amparadas em falsas premissas fáticas ou equivocados pronunciamentos acerca do direito posto sob a apreciação judicial.

A propósito, Fredie Didier Jr. fundamenta o dever de esclarecimento no próprio dever de motivação da decisão judicial, erigido a nível constitucional (art. 93,

¹⁴⁴ Para melhor compreender esta classificação, confira-se MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. cit., passim e SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. cit., passim.

¹⁴⁵ Para Antônio do Passo Cabral, o princípio do contraditório não pode ser lido apenas como fonte de direitos processuais, isto é, de ser informado de todos os atos processuais, de se manifestar e de influenciar na decisão do julgador, mas também de deveres, pois há limites para o exercício do contraditório, como o respeito à boa-fé objetiva (CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 126, p. 59-81, ago. 2005).

¹⁴⁶ TROCKER, Nicolò, *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 325.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro”. *Revista do Advogado – O novo Código de processo civil*. São Paulo: AASP, 2015. n. 126, p. 50.

IX, da CF/88) e a nível infraconstitucional (art. 489, §1º, CPC), bem como no cabimento do recurso de embargos de declaração (art. 1.022, do CPC)¹⁴⁸.

O dever de esclarecimento, como se sabe, tem natureza recíproca, porque se dirige tanto ao juiz como às partes, incidindo, outrossim, nos demais sujeitos do processo, a exemplo dos auxiliares de justiça.

O magistrado tem o dever de esclarecer às partes os seus pronunciamentos (dever de esclarecer), de modo a torná-los mais claros àqueles que ficarão submetidos, bem como de pedir esclarecimentos junto às partes quando tiver dúvidas sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (dever de se esclarecer)¹⁴⁹.

Igualmente, tanto o autor (inclusive porque a petição inicial deve ser coerente e clara, sob pena de inépcia, conforme as regras dispostas no art. 330, §1º, incisos I, II, III e IV, do CPC), como o réu, têm o dever de esclarecer o magistrado acerca de eventuais dúvidas, fáticas ou de direito, em relação às suas alegações, salvo se houver causa legítima que os impeça, sob pena de lhes ser aplicada a sanção de inadmissibilidade da postulação, caso o esclarecimento, na situação concreta, seja essencial para se proferir um julgamento de mérito.

Sendo assim, as partes devem redigir suas postulações, de modo claro e coerente, bem como prestar esclarecimentos sobre os fatos e os fundamentos jurídicos da causa que estejam confusos ou obscuros, quando requisitados pelo juiz, a ponto de facilitar a correta compreensão a respeito das posições externadas pelas partes¹⁵⁰.

Como visto, tal dever possibilita às partes o esclarecimento da sua manifestação, evitando-se, com isso, que haja uma extinção do processo sem resolução do mérito amparada numa eventual falta de esclarecimento fático ou jurídico relevante ao deslinde da controvérsia¹⁵¹.

¹⁴⁸ “(...) O dever de esclarecimento decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar clara as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 145).

¹⁴⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. cit., p. 65.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Do pedido”. In: ARRUDA ALVIM, Angélica et al (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 427.

¹⁵¹ Segundo Antônio do Passo Cabral, “cada agente processual, para que se instale um efetivo discurso, deve esclarecer seus pontos de vista e alimentar a formação da opinião dos demais: inclusive o juiz, revelando se e como as alegações das partes estão, até aquele momento, condicionando o seu entendimento. O magistrado pode solicitar que as partes indiquem suas razões de maneira clara e sem divagações desnecessárias; deve, igualmente, expor as conclusões que vem tirando do debate a cada momento, as dúvidas que ainda possui a respeito de certos temas, etc. Dessa forma, evita distorções

Esta exigência de prestar informações ou esclarecimentos de uma parte em desfavor de outra, ou até mesmo do juiz para com as partes, deve-se amparar em alegações verossímeis, consubstanciada em provas ou indícios de que aquele esclarecimento é necessário e de que o sujeito os detenha¹⁵².

Trata-se, pois, de um dever inerente à necessidade de eventuais informações guardadas pelo Estado-juiz e até mesmo pela parte contrária, que serão úteis na formação da convicção judicial, como forma de garantir a correta aplicação da lei e da pacificação de um conflito existente ou prestes a acontecer, contribuindo, inclusive, na prevenção de demandas desnecessárias¹⁵³.

Um exemplo clássico do dever de esclarecimento reside na hipótese regulada pelo art. 321 do CPC, que impõe ao magistrado ordenar a emenda da petição inicial, caso perceba que a peça está ininteligível pela falta de um ou mais dos requisitos exigidos pelos arts. 319 e 320, ambos do diploma processual civil, situação na qual o juiz deve “indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

De igual modo, como outro exemplo deste dever de esclarecimento, é possível que o juiz determine, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las numa espécie de interrogatório informal, para que o juiz se esclareça melhor quanto a algum fato controvertido, conforme autoriza a regra do art. 139, inciso VIII, do CPC¹⁵⁴, dispositivo inspirado na ZPO alemã, que também serviu de suporte à previsão do art. 266, nº 2, do atual CPC português¹⁵⁵.

Outro exemplo elucidativo reside nas normas previstas no art. 357, §§1º e 3º, do CPC, pelas quais, após o saneamento do processo, as partes podem pedir esclarecimentos ao magistrado, e, nas causas de maior complexidade fática ou jurídica, este poderá designar audiência para saneamento cooperativo com as partes, oportunidade em que o juiz, a depender do caso, convidá-las-á a esclarecer suas alegações.

comunicativas geradoras de um déficit informacional” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143).

¹⁵² CAPONI, Remo. “Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001”. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, v. 4, p. 545, 2006.

¹⁵³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 159-163.

¹⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 6º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 41.

¹⁵⁵ “O art. 266, nº 2, do atual CPC português, prevê que “o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”.

Ademais, lembre-se que, em quaisquer hipóteses, sempre que se concretizar o esclarecimento solicitado pelo órgão jurisdicional, este deverá intimar a contraparte para tomar ciência e se manifestar sobre aquele, pelo que se ela tivera dado, ao ato obscuro, sentido diverso do aclarado pela outra parte, poderá, neste momento, exercer plenamente o seu direito de defesa¹⁵⁶.

Por fim, insta ressaltar que o atendimento do dever de esclarecimento, neste contexto, deverá servir como instrumento para que se produza o julgamento de mérito, sem que tal exigência implique, necessariamente, um pronunciamento qualificado ou “profundo” de mérito.

3.2.4.2 Dever de prevenção

O dever de prevenção, por seu turno, não é recíproco, porque dirigido apenas ao juiz, consistindo na prevenção feita às partes para o aperfeiçoamento de suas petições e manifestações (articulados), informando-lhes sobre a possibilidade de frustração de suas posições jurídicas devido ao mau uso da técnica processual¹⁵⁷.

Assim, o dever de prevenção exige do magistrado uma atuação destinada a *prevenir* as partes sobre o uso inapropriado da técnica processual, que pode prejudicar a tutela de seu direito material, pretendendo-se, com isso, assegurar a efetividade do processo, obrigando-se o juiz, apenas, a apontar a(s) deficiência(s) ou falha(s) das postulações das partes, dando-lhes a chance de corrigi-la.

Vale dizer, o juiz tem o dever de alertar às partes de que essa ou aquela atitude gerará essa ou aquela consequência processual, advertindo-as quanto ao risco de **perecimento** do direito material pela presença de um vício de natureza formal, para que este seja corrigido, evitando-se, com isso, a decretação de invalidade da postulação.

Deste modo, o dever de prevenção relaciona-se, intimamente, com o tema das invalidades processuais, certo que o juiz deve cuidar para que a prática de um ato processual defeituoso não impeça a própria apreciação do *meritum causae*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SILVA, Paula Costa e. *O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 405.

¹⁵⁷ O CPC português reflete bem esta ideia, ao prever, em seu art. 508, nº 3, que “pode o juiz ainda convidar qualquer das partes a suprir insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido”.

¹⁵⁸ “A funcionalização valorativa das formas faz com que as invalidades tenham que ser excepcionais, devendo ser evitadas sempre que possível. Dessa premissa, decorre outra obrigação especificamente aplicável ao sistema das invalidades. É o denominado dever de prevenção, destinado a evitar a

No entanto, embora grande parte da doutrina defenda que o dever de prevenção não é recíproco por se relacionar apenas ao órgão jurisdicional¹⁵⁹, este trabalho sustenta que as partes possuem, correlatamente, um *ônus da articulação fundamentada de suas postulações*, para com o julgador e para com a parte adversa, ou seja, o ônus de formular perfeitamente, com clareza e apuro técnico, os seus pedidos em suas peças produzidas ao longo do processo.

Da mesma forma que se exige o respeito ao dever de prevenção pelo juiz, exsurge o ônus correlato das partes de aperfeiçoarem suas postulações, suprimindo as deficiências apontadas pelo órgão julgador (o chamado “ônus da postulação bem fundamentada” dirigido às partes)¹⁶⁰.

Ora, o exercício desse *ônus de aperfeiçoamento máximo das postulações* pelas partes, em última análise, consiste na prática de uma conduta totalmente cooperativa não apenas em relação ao juiz, que, em tese, examinará a postulação com um maior rigor técnico, bem como relativamente à parte contrária, que poderá exercer o contraditório de modo mais efetivo¹⁶¹.

Francisco Barros, de há muito, defendia que o dever de *completude* nada mais era do que a derivação do dever de veracidade, ambos direcionados e vocacionados para o respeito à probidade processual, reconhecendo que as partes,

pronúncia de nulidade. O juiz deve diligenciar para que os atos processuais não sejam praticados de forma viciada e desleal, ou, quando já identificado o defeito, para que este seja corrigido rapidamente” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 243).

¹⁵⁹ Por todos, confira-se Miguel Teixeira de Sousa, para quem “o dever de prevenção é um dever do tribunal perante as partes com uma finalidade assistencial, pelo que não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal” (SOUSA, Miguel Teixeira de *Estudos sobre o novo processo civil*. cit., p. 67).

¹⁶⁰ Dentro desta perspectiva, Miguel Teixeira de Souza cita quatro áreas de aplicação do referido dever, a saber: (I) a explicitação de pedidos poucos claros; (II) o carácter lacunar da exposição de fatos relevantes; (III) a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e (IV) sugestão de uma certa atuação pelo sujeito parcial do processo. Assim, para o autor português, o tribunal tem o dever de exigir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de terceiro” (*Estudos sobre o novo processo civil*. cit., p. 65-66).

¹⁶¹ “(...) O art. 489, §§1º e 2º, do CPC, que exige uma justificação analítica das decisões judiciais, não é aplicável apenas às decisões judiciais, sendo ele uma via de mão dupla, exigindo, como consequência, a justificação analítica de todas as postulações dos demais sujeitos processuais (...) Isso permite revisão de diversos ônus que já existiam na legislação e que agora precisam passar por uma nova leitura, assim como ocorreu com a motivação das decisões judiciais” (DIDIER JR, Fredie. PEIXOTO, Ravi. “O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ”. Editorial 191. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial-191>> Acesso: 29 out. 2017.

obviamente, sempre deveriam expor os fatos atinentes à causa de modo verdadeiro¹⁶²
163.

O exercício desse dever pelo juiz precisa, a rigor, ser efetivado através de questionamentos – e não de sugestões –, instigando as partes à reflexão sobre determinados de seus arrazoados, a fim de que elas próprias, se acharem interessante, introduzam alterações ou prestem esclarecimentos sobre aspectos fundamentais ao seu pedido ou causa de pedir ou à sua tese de defesa.

Realmente, tal modalidade de dever, como visto, não pode ser utilizado como um instrumento que possa ajudar uma das partes em detrimento da outra, a fim de se compatibilizar com a exigência da imparcialidade, funcionando como um modo de aperfeiçoamento e fortalecimento da prestação jurisdicional.

Atento a esta mesma preocupação, Miguel Mesquita¹⁶⁴ esclarece que o dever de prevenção está ligado à ideia de gestão processual substancial, devendo ser exercido naturalmente de modo a que o magistrado não se torne conselheiro das partes, até porque a sugestão de atuação não incumbe ao julgador, mas deve partir do advogado, sob pena de se afrontar a própria imparcialidade do primeiro e a própria exigência de isonomia entre as partes. Aliás, caso permitidas sugestões materiais pelo órgão julgador, a pretexto de configurar um conduta cooperativa, estar-se-ia violando a autonomia processual da parte e de seu advogado em traçar as estratégias processuais que entendam como adequadas naquele caso¹⁶⁵.

Então, o dever de prevenção pretende assegurar, ao fim e ao cabo, a efetividade processual, permitindo-se a oportunidade de correção de uma falha sanável encontrada na postulação da parte, mas sempre aliada a uma cautela extremamente relevante, para que, com tal conduta, o juiz não viole a sua imparcialidade e, por conseguinte, a própria relação de isonomia processual.

¹⁶² SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 76-79.

¹⁶³ Na ótica desta dissertação, o dever de completude, no processo civil, representa uma característica daquilo que é completo, integral, ou seja, sem defeitos, de forma que o termo “completude” é utilizado, no texto, como o ônus da parte de aperfeiçoamento de suas postulações, buscando, ao máximo, torná-las perfeitas e integrais, sem defeitos ou imprecisões técnicas.

¹⁶⁴ MESQUITA, Miguel. “Princípios de gestão processual: O Santo Graal do Novo Processo Civil?” *Revista de legislação e jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, nov-dez/2015, ano 145, n. 3995, p. 98-102.

¹⁶⁵ “Não pode o juiz atuar como alguém que vá suprir tal falta; deve apenas apontá-la, dando à parte a chance de corrigi-la, sob pena de violar os próprios princípios da imparcialidade e da isonomia e assim desmanchar aquilo com que se pretende de um processo cooperativo” (AUILO, Rafael Stefanini. Ob. cit., p. 86).

Perceba-se, por fim, que o dever de prevenção, em regra, não se confunde com o dever de esclarecimento¹⁶⁶, na medida em que aquele consiste no chamamento das partes para corrigirem eventuais vícios formais sanáveis e, com isso, alcançar a decisão de mérito, seja no âmbito da ação, seja na esfera recursal, e não chamar as partes apenas para elucidarem ou esclarecerem suas alegações.

Entretanto, é certo que existem situações limites, nas quais a falta de elucidação das postulações pode constituir um vício formal relevante, de sorte que os deveres de prevenção e de esclarecimento não podem significar conceitos estanques ou separados, podendo coincidir em alguns momentos (numa relação de continente e contido), como, por exemplo, na hipótese da regra prevista no art. 321 do CPC¹⁶⁷.

3.2.4.3 Dever de consulta

Acompanhando uma tendência mundial, a exemplo de vários países como Alemanha¹⁶⁸, Portugal¹⁶⁹ e Itália¹⁷⁰, restou expressamente consagrada, no direito processual civil brasileiro, a regra do “dever de consulta” para o órgão jurisdicional, positivada no art. 10 do CPC, segundo a qual “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁶⁶ O dever de prevenção possui, na prática, um âmbito mais amplo de abrangência em relação ao dever de esclarecimento, pois “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. cit., p. 66), tese também sustentada por GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. cit., p. 199-213).

¹⁶⁷ Esta dissertação entende que a regra do art. 321 do CPC, para além de representar uma concretização do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, conforme será demonstrado no último capítulo, serve ao exercício tanto do dever de esclarecimento quanto do dever de prevenção pelo órgão jurisdicional, a depender da situação concreta observada, pois o magistrado pode, com base no dispositivo citado, ordenar tanto meros esclarecimentos dos pedidos como até mesmo a necessidade de se adaptá-lo para emendar a petição inicial.

¹⁶⁸ Segundo o §139 da ZPO alemã, é defeso ao juiz decidir sobre questões de direito que não tenham sido submetidas ao crivo do contraditório previamente.

¹⁶⁹ O art. 3º do CPC português dispõe: (...) 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

¹⁷⁰ O CPC italiano, em seu art. 101, 2, dispõe que: “Se ritiene di porre a fondamento dela decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quarenta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

O dever de consulta, a bem da verdade, impõe ao magistrado um dever de zelo pelo contraditório dinâmico ou substancial, exigindo-se-lhe proporcionar o debate prévio entre as partes, oportunizando-lhes a manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito não suscitada no processo, evitando, com isso, as chamadas decisões-surpresa, tão nocivas ao regime processual cooperativo, e, de resto, ao próprio sistema jurídico¹⁷¹.

As decisões-surpresa são aqueles pronunciamentos judiciais de cunho decisório em sentido amplo, em que o órgão julgador decide, com amparo em questões fáticas ou jurídicas, inclusive as que ele pode conhecer de ofício, sem que haja prévia intimação das partes para deliberarem justamente sobre tais questões que podem, em tese, ser essenciais à conclusão do julgamento.

Dessa forma, mesmo que se permita ao juiz reconhecer, de ofício, certas matérias fáticas ou jurídicas, faz-se necessário consultar, previamente, as partes para se manifestarem a respeito delas¹⁷². Com isso, nota-se que a necessidade de se atender ao dever de consulta acarretou, na verdade, uma reconfiguração da antiga máxima *iura novit curia*¹⁷³, porque ao juiz caberá se pronunciar sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, somente depois de consultar previamente as partes, colhendo suas manifestações a respeito do assunto¹⁷⁴.

Como se percebe, o atendimento do dever de consulta pelo juiz, para além do princípio da cooperação, concretiza, outrossim, o princípio do contraditório, entendido este sob o viés substancial, que assegura aos litigantes o poder de influenciar

¹⁷¹ Sobre o dever de consulta, Miguel Teixeira de Sousa ensina que: “(...) salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de facto, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela” SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. cit., p. 66). Confira-se, nesse mesmo sentido, o artigo: “Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meios de redução das desigualdades no processo civil” (SANTOS, Igor Raatz dos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 192, p. 47-80, fev. 2011).

¹⁷² “E aqui, entra uma distinção que é muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido (...) Há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo magistrado ex officio. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo. Mas o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem a respeito” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 93-94).

¹⁷³ Neste sentido, confira-se o Enunciado 282 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Para julgar com base em enquadramento diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10”.

¹⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 6º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 43.

o juiz na solução da controvérsia, bem como na ideia de impossibilidade de prolação das decisões-surpresa ou de terceira via¹⁷⁵, tal como denominadas no direito italiano.

Nestas eventuais situações, as partes são surpreendidas com um fundamento – de fato ou de direito – que não foi debatido no processo, sendo que a única forma de se insurgirem contra tal decisão será pela interposição de um recurso, que, não raras vezes, torna-se inviável¹⁷⁶.

Então, o dever de consulta visa exatamente a garantir que o princípio do contraditório não seja esvaziado a ponto de se tornar mais uma norma estéril, sem aplicabilidade prática, fazendo com que este princípio adquira mais força e contornos mais objetivos, mediante a superação daquele dogma de que o contraditório estaria atendido com mera audiência bilateral das partes¹⁷⁷.

Sendo assim, o dever de consultar, previamente, as partes impõe ao órgão jurisdicional que, antes de prolatar certa decisão, as intime quanto à orientação jurídica a ser adotada naquele caso, permitindo, com isso, uma dupla consequência: a um, abre a possibilidade de as partes influenciarem diretamente na tomada de sua decisão; a dois, evita eventuais decisões-surpresas, que tratem sobre argumentos inesperados.

Com efeito, pretende-se, a partir do atendimento deste dever, evitar as decisões-surpresa, servindo como proteção à situação jurídica processual da parte, que precisa ser previamente ouvida para participar da formação da decisão judicial, representando, de outro lado, respeito à própria segurança jurídica, já que decisões inesperadas, via de regra, abalam a confiança legítima do jurisdicionado em relação ao Poder Judiciário¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Sobre o tema específico, confira-se: SANTOS, Welder Queiroz dos. *Vedação à decisão surpresa no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2012.

¹⁷⁶ Neste particular, convém reportar-se ao ensinamento de Loic Cadiet, para quem o ato de julgar possui uma finalidade *curta*, que seria correspondente à sua função *técnica*, qual seja, a de reparar um prejuízo ou sancionar uma infração, e uma finalidade *ampla*, relacionada com a função *ética* do julgamento, a qual, por sua vez, conecta-se com a ideia de que todos pertencem à mesma sociedade e que ambos os litigantes possam obter a sua parte no sistema de cooperação no qual deve funcionar essa sociedade (CADIET, Loic. “A justiça civil francesa entre eficiência e garantias”. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*. São Paulo: RT, 2017. p. 39).

¹⁷⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. cit., p. 32.

¹⁷⁸ “Cumpre assinalar, finalmente, que a problemática ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra iura novit curia venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito” (OLIVEIRA, Carlos

Bem por isso, obtém-se, com o respeito ao dever de consulta, o aumento da confiança do cidadão no Poder Judiciário, na medida em que se espera, de modo legítimo, que as decisões judiciais considerem, apenas, alegações sobre as quais as partes puderam exercer o seu direito de influenciar o juízo¹⁷⁹.

3.2.4.4 *Dever de auxílio*

O dever de auxílio, por sua vez, dirige-se ao órgão jurisdicional, que precisa amparar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o seu exercício de direitos ou faculdades, ou, ainda, o cumprimento de ônus ou deveres processuais.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa¹⁸⁰, existe, no Direito Português, o dever genérico e atípico de auxílio, donde ao juiz, sempre que possível, caberá uma postura ativa para remover os obstáculos impeditivos ao exercício de poderes pelas partes, tentando garantir-lhes a maior igualdade possível, quando uma parte não lograr ultrapassar determinado obstáculo encontrado no processo.

Com o atendimento deste dever, objetiva-se promover a “paridade de armas” do processo, concretizando-se neste a igualdade material das partes, quando o juiz auxiliará a parte hipossuficiente na superação de eventuais limitações ao exercício do seu direito de ação, devido exatamente à disparidade entre os litigantes.

O dever de auxílio manifesta-se, ordinariamente, na impossibilidade de acesso a informações e documentos diretamente pelas partes, sendo necessário que a parte interessada requeira tal auxílio ao órgão jurisdicional, a exemplo da regra prevista no art. 396 do CPC, pela qual o juiz pode determinar a exibição de documento ou coisa que se encontre em poder da outra parte.

É o que ocorre, outrossim, na hipótese prevista no art. 319, §1º, do CPC, exigindo-se do juiz auxiliar o autor da ação a perfectibilizar a sua petição inicial, mediante a autorização de diligências para a obtenção de algum dado identificador do réu, como, por exemplo, a indicação de seu domicílio e de seu CPF, para fins de realizar

Alberto Alvaro de. “O juiz e o princípio do contraditório”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 19, p.12, jan./mar.1994).

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. cit., p. 147.

¹⁸⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. cit., p. 65. No entanto, esta dissertação não concorda com a amplitude conferida ao dever de auxílio pelo referido autor português, pois, do modo como traçado por ele, não existe tal tipo de dever no sistema brasileiro, que admite apenas os deveres específicos e típicos de auxílio, expressamente previstos em lei, a fim de que haja compatibilização com a inarredável exigência de imparcialidade do órgão julgador.

o ato citatório, quando o demandante não dispor desse elemento, evitando-se, com isso, o indeferimento da petição inicial nesses casos.

O modelo cooperativo de processo não se compadece com a ideia de que o juiz possa proferir um pronunciamento desfavorável contra uma das partes que não conseguiu remover um obstáculo para a demonstração dos fatos alegados e de suas postulações, sobretudo porque o dever de auxílio se comporta como uma das manifestações do princípio do contraditório, ao tornar efetivo o seu conteúdo fundamental, que reside na possibilidade de influenciar no teor da decisão judicial.

Entretanto, sustenta-se, por fim, que tal dever é subsidiário, só podendo ser aplicado quando as partes não lograrem êxito em sua tentativa originária, necessitando, justamente por isso, do auxílio do Poder Judiciário para concretizar a solicitação, não se admitindo, portanto, um dever genérico de auxílio¹⁸¹, o que poderia, em tese, violar, em algumas hipóteses excepcionais, a imparcialidade do órgão jurisdicional.

3.3 O dever de prevenção como instrumento viabilizador para a concretização do princípio da *primazia do julgamento de mérito*

O dever de prevenção, para além de representar uma nítida manifestação dos princípios da cooperação e do contraditório, funciona como instrumento viabilizador da concretização do princípio da *primazia da solução de mérito*, ao permitir, sempre que possível, a sanção dos defeitos processuais sanáveis em prol do julgamento de mérito.

Tal dever de prevenção, rigorosamente, deve ser aplicado em dois momentos distintos: reflete-se, primeiramente, na conduta do juiz voltada à prevenção da ocorrência dos vícios processuais (momento prévio), bem como deve ser atendido, também, já quando existente o vício (momento posterior), pretendendo-se a sua sanção, para se evitar a decretação da sanção de invalidade¹⁸².

Seja como for, percebe-se que o CPC, na verdade, foi estruturado com ênfase ao dever de prevenção, na medida em que previu, ao longo de todo o seu texto,

¹⁸¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 148.

¹⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 177.

vários exemplos deste tipo de dever¹⁸³, que, a toda evidência, corporificam regras concretizadoras do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, o que, de resto, também ratifica o modelo cooperativo de processo.

Realmente, a grande maioria das regras que concretizam o *princípio da primazia do julgamento de mérito*, decorrente do texto do art. 4º do CPC, são reflexo do modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC, **que impõe ao órgão julgador um dever de prevenção**.

Em outras palavras, o juiz tem o dever de prevenir as partes para não cometerem eventuais vícios, defeitos, incorreções, imprecisões em suas postulações, ou, caso ocorram, possam ser sanados, evitando-se a decretação da invalidade processual, a fim de possibilitar o exame do mérito da postulação¹⁸⁴.

Na fase de conhecimento, invocam-se, desde logo, apenas a título exemplificativo, duas regras que consubstanciam o dever de prevenção: a primeira decorre do art. 139, inciso IX, do CPC, que institui a necessidade de o juiz determinar o suprimimento de vícios processuais e a segunda, do art. 317 do CPC, segundo a qual se impõe seja dada às partes, antes da prolação de uma decisão sem resolução do mérito, a oportunidade para, se possível, corrigir o vício identificado.

De igual modo, invoca-se, como outro exemplo, o dever de o magistrado, antes de indeferir a petição inicial, por força de um suposto defeito da postulação, solicitar a emenda da petição inicial, dando a oportunidade ao autor de corrigir o vício sanável, previsão positivada no art. 321 do CPC.

De mais a mais, especialmente na instância recursal, o dever de prevenção se torna muito evidente, servindo como uma espécie de mecanismo de mitigação da preclusão consumativa, valorizada na legislação processual civil pretérita, que servia como um “escudo protetor” dos órgãos jurisdicionais para as indesejadas inadmissões imediatas de recurso, numa clara manifestação da chamada “jurisprudência defensiva”.

Para tanto, remete-se à regra do art. 932, parágrafo único, do CPC, cujo texto aponta para uma “norma geral de salvabilidade recursal”, objetivando garantir ao recorrente a possibilidade de suprir uma insuficiência documental ou até mesmo sanar

¹⁸³ No sexto capítulo desta dissertação, serão tratadas, sistematicamente, outras regras, decorrentes de diferentes textos legais, que consubstanciam o dever de prevenção, concretizando sobremaneira o princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

¹⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. v. 3, p. 45.

vícios no recurso interposto, antes de eventual decisão de inadmissibilidade recursal, viabilizando a admissão do recurso e o seu consequente julgamento de mérito.

3.4 O princípio da *primazia do julgamento de mérito* e sua íntima relação com os princípios correlatos

3.4.1 Generalidades

Como já ensaiado anteriormente, o capítulo 1 do CPC apresenta um rol não exaustivo¹⁸⁵ das normas fundamentais do processo civil, certo que há outras normas da mesma magnitude ao longo daquele diploma legal, que não estão consagradas no mencionado capítulo, a exemplo do princípio do autorregramento da vontade no processo (art. 190 do CPC) e da regra do dever de observância obrigatória dos precedentes vinculantes (art. 927 do CPC).

No aludido capítulo I, foi previsto, dentre outros, o *princípio da primazia da solução de mérito*, precisamente em seu art. 4º, cuja redação dispõe que “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”, objeto central desta dissertação¹⁸⁶.

Do referido texto legal, decorrem, simultaneamente, três princípios que se inter-relacionam recíproca e necessariamente, quais sejam, o da *primazia da solução de mérito*, o da duração razoável do processo e, por fim, o da efetividade da jurisdição, que serão sistematicamente tratados, para uma melhor compreensão do presente tópico.

Nesta conjuntura, torna-se fundamental uma reanálise de muitos temas, que precisam ser reavaliados e redescobertos, dentro de uma sistemática processual distinta em comparação com a anterior, positivada no CPC/1973, na qual todos os participantes devem colaborar para que seja tomada a melhor decisão, representando um

¹⁸⁵ O atual CPC foi redigido em conformidade com a Teoria Geral do Direito Contemporâneo, dedicando, com isso, um capítulo próprio para tratar das normas fundamentais do Processo Civil, as quais não se encontram, porém, taxativamente previstas, apenas, entre os arts. 1º a 12, daquele texto legal, porque algumas delas se encontram espalhadas ao longo do Código, bem como há outras normas fundamentais constitucionais não replicadas na legislação processual civil infraconstitucional (como, por exemplo, o devido processo legal nem a proibição de prova ilícita).

¹⁸⁶ Encampando essa ideia, sobreveio o enunciado n. 372 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a seguir descrito: “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”.

modelo colaborativo de processo, no qual a legitimação da decisão judicial se perfaz no efetivo debate entre os atores processuais para a tomada da decisão final.

Bem é dizer: não obstante todas estas novidades, é imperativo que se enxerguem as referidas inovações com “novos olhos”, no influxo de se alcançar a verdadeira finalidade do processo, que deve voltar-se para a delimitação e a contenção do exercício do poder e para que o resultado substancial seja justo, obtendo-se, enfim, a pacificação social das relações sociais conflituosas, que é um dos escopos da jurisdição.

3.4.2 O princípio da *primazia da resolução de mérito* como conquista incorporada ao sobreprincípio do devido processo legal

Como já delineado algures, o devido processo legal é um sobreprincípio¹⁸⁷, cujo texto não sem razão é redigido na forma de cláusula geral, pois seu conteúdo somente pode ser determinado a partir do contexto histórico-social de uma determinada cultura jurídica, não sendo possível afirmar abstratamente qual seria o seu conteúdo mínimo¹⁸⁸.

Ademais, o devido processo legal, graças especialmente à sua amplitude¹⁸⁹, autoriza a integração de premissas da ideologia constitucional vigente a ponto de permitir, num Estado Democrático de Direito, por exemplo, a incorporação

¹⁸⁷ “Ao assegurar o devido processo legal, a Constituição assim o fez de forma categórica (art. 5º, LIV). Ocorre, porém, que o conteúdo e o alcance da norma perpassam – e muito – a mera disposição textual, de modo que sua busca conduz a uma análise conglobada da ordem constitucional. Assim é que se verifica ter a Constituição brasileira indicado algumas garantias basilares da justiça. Grosso modo, processo devido (e, portanto, justo) é aquele que contemple, ao menos, um juiz natural, independente e imparcial (art. 5º, LIII), com observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), que prime pela igualdade entre as partes (art. 5º, “caput”), repudie as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), e que assegure, àquele que tem razão, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), sendo esta proteção, por fim, conferida mediante decisão motivada (art. 93, IX)” (RODRIGUES, Daniel Colnago. Ob. cit., p. 247).

¹⁸⁸ Neste particular, invoca-se a lição de Lucas Buril de Macêdo, para quem “a cláusula geral do devido processo legal, como texto legislativo dotado de abrangência e desprovido de consequências palpáveis, não pode ser definida simplesmente a partir de sua leitura. Nitidamente, dela é possível extrair o princípio do devido processo legal, a sua norma mais notável, mas também diversas outras normas, tanto outros princípios como regras” (in “A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 216, p. 377).

¹⁸⁹ Neste sentido: “Porque a Constituição, embora preveja o ‘devido processo legal’, não o conceitua nem indica suas funções, dúvidas surgem relativamente à sua funcionalidade. Essas indagações crescem quando se constata que vários dos elementos normalmente deduzidos no ‘devido processo legal’ são previstos em dispositivos específicos da própria Constituição, gerando a impressão de que a sua previsão expressa é supérflua” (ÁVILA, Humberto. “O que é “devido processo legal”?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 33, p. 58, 2008).

jurídica de valores democráticos em seu conteúdo, determinando, por conseguinte, a releitura de todos os subprincípios que dele decorrem.

Como há vedação ao retrocesso social em matéria de direitos fundamentais, para utilizar a expressão de J.J. Gomes Canotilho¹⁹⁰, uma vez incorporada determinada garantia ao sobreprincípio do devido processo legal, ela não poderá ser abandonada posteriormente, ainda na mesma ordem constitucional vigente.

Assim, antes de ser possível extrair determinado subprincípio do devido processo legal, ele deve ter sido incorporado por este anteriormente. Isso se dá justamente porque não é possível extrair abstratamente o conteúdo do devido processo legal, sem considerar o contexto histórico-social de determinado sistema jurídico.

No atual contexto histórico-social brasileiro, contudo, é possível extrair vários princípios do sobreprincípio do devido processo legal, a exemplo do princípio da cooperação, que consiste na norma que determina aos sujeitos processuais agirem com lealdade para que se atinja da melhor forma a decisão de mérito justa e efetiva, bem como o da efetividade processual, na medida em que não é devido o processo que reconhecer o direito de uma parte, mas não o realizar, efetivá-lo na realidade empírica.

É possível, ainda, extrair o princípio da eficiência processual previsto no art. 8º do CPC, porque, no cenário jurídico contemporâneo, o devido processo legal não pode mais se vincular a um processo com rígido procedimento, através de fases detalhadamente descritas, mas sim, como dito acima, adequar-se às peculiaridades existentes na hipótese concreta, para, enfim, implementar, na prática, um processo adequado e eficiente¹⁹¹.

Ademais, ainda a propósito, Fredie Didier Jr. elenca como outro exemplo o princípio da boa-fé processual, que pode ser encarado como um subprincípio do devido processo legal, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana (todos sobreprincípios), ao argumentar que o processo, para ser devido (estado de coisas que se busca alcançar), precisa ser cooperativo e leal¹⁹².

Nesta conjuntura, sobressai-se um questionamento interessante a ser colocado: será que a decisão de mérito integraria o conteúdo do chamado “processo

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Ob. cit., p. 103.

¹⁹¹ No ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha, “*O due processo of law exige que o processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência, se houver observância do juiz natural, da isonomia, da duração razoável do processo, do contraditório, da adequação. O processo, por sua vez, será eficiente se atingir o resultado pretendido de modo satisfatório*” (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, p. 79).

¹⁹² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 49.

justo”, ou melhor, seria possível sustentar a existência de um princípio da *primazia do julgamento de mérito*, como elemento componente do estado ideal de coisas perseguido pelo devido processo legal?

A resposta é afirmativa.

É que a *primazia da tutela de mérito*, iniludivelmente, compõe o *standart* jurídico do devido processo legal, configurando mais uma conquista incorporada a este sobreprincípio, imbricado necessariamente com os princípios da cooperação e do contraditório, caracterizados pela busca da racionalidade prática, através de uma lógica dialética, na qual o protagonismo é preterido em favor da participação.

Com efeito, a garantia constitucional do devido processo legal, para ser fiel e plenamente cumprida, pressupõe o exame e a solução meritória dos litígios postos à apreciação do Poder Judiciário, sendo certo que “*o processo só será justo se inclinar, sempre que possível, pela tutela de mérito*”¹⁹³.

O devido processo legal também aponta para um julgamento de mérito, eis que o cumprimento integral dos escopos do processo, pacificando a sociedade, passa pela solução definitiva da lide, de sorte que a extinção anômala do processo, sem resolução de mérito, representaria, na maior das vezes, uma situação atípica.

Neste sentido, pode-se afirmar que o princípio da *primazia do julgamento de mérito* cumpre uma função definitiva, por exemplo, do sobreprincípio do devido processo legal, dos princípios do contraditório e da boa-fé processual, delimitando e especificando os referidos comandos principiológicos.

Bem por isso, forçoso é concluir que, para se concretizar um processo justo, deve-se atender às mínimas garantias contidas na cláusula geral do devido processo legal, sem preterir qualquer das normas componentes deste sobreprincípio¹⁹⁴.

3.4.3 O princípio da *primazia da resolução de mérito* e o princípio da duração razoável do processo

¹⁹³ RODRIGUES, Daniel Colnago. Ob. cit., p. 249.

¹⁹⁴ Consoante Dinamarco, “*a generosa idéia do processo justo e equo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 181).

Não é novidade afirmar que o fator tempo configura um elemento delicado no processo, sendo antiga aquela advertência de Francesco Carnelutti de que o tempo é um inimigo contra o qual se luta sem tréguas, mostrando-se, a cada dia, um agente corrosivo de direitos e um fator de desestabilização¹⁹⁵.

Na Itália, o problema da lentidão da justiça, de há muito, já preocupava os juristas, razão pela qual Nicolò Trocker, já em 1974, sustentara que, por ser dinâmico, o processo encontra no fator “tempo” um de seus elementos característicos e naturais, sendo que, desde o momento da propositura da demanda em juízo, deve passar por várias fases intermediárias ligadas estrutural e funcionalmente, necessitando certo lapso de tempo antes de chegar a seu final natural, que é a sentença¹⁹⁶. E justamente na sua duração parece estar sua face mais problemática e vulnerável¹⁹⁷.

No âmbito nacional, desde a incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro, do Pacto de São José da Costa Rica, por força de previsão constitucional, que recepciona direitos enunciados em tratados internacionais com *status* de norma constitucional (art. 5º, §1º, CF/88), é indubitoso que tais direitos passaram a ser considerados como direitos e garantias fundamentais¹⁹⁸.

Então, numa sociedade contemporânea, em que tudo se sucede com uma velocidade inimaginável, numa dinamicidade exorbitante, a preocupação com a celeridade de um processo judicial, aliada a uma adequada solução do conflito, aumenta numa relação diretamente proporcional.

No entanto, esta justa preocupação em impor maior velocidade na entrega da prestação jurisdicional não pode ser tão excessiva a ponto de prejudicar a qualidade desta última, ou seja, é preciso impor agilidade sem se descuidar, porém, das garantias constitucionais processuais. Nas concisas, mas cirúrgicas palavras da doutrina

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic book, 2000. v. 1, p. 31.

¹⁹⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. cit., p. 271.

¹⁹⁷ Antonio Palermo, Juiz do Tribunal de Roma, dizia, já na metade do século passado, que o grande número de processos a que submetido o juiz italiano era uma das causas da apressada redação das decisões e da conseqüente insuficiência ou incongruência da respectiva fundamentação. Tal problema adquiria maior relevância nos grandes tribunais, onde maior o número de processos, bem assim mais complexas as causas, relativamente aos tribunais menos importantes (*in Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 170).

¹⁹⁸ Depreende-se-se daí que, no Brasil, “o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vinha sendo expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata” (TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilações indevidas”. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 259-260).

pátria: “*não se trata de fazer bem ou fazer logo. Precisamos fazer bem e com presteza*”

199.

Como visto, a ideia de *processo* está intimamente relacionada com o *tempo*, porque seu resultado depende da prática de vários atos, sendo necessário esperar, não raras vezes, o decurso de um longo lapso temporal, pelo que uma das maiores preocupações da doutrina moderna é com a diminuição do tempo do processo e, de resto, com a efetividade processual.

Embora seja certo que o efeito deletério da demora processual atinja, em maior proporção, a parte vencedora da ação, não é menos exato afirmar, outrossim, que a parte vencida também sofre com o prolongamento injustificado e imotivado da lide, certo que a falta de uma solução judicial definitiva gera, naturalmente, uma espécie de “ansiedade” para ambos os litigantes, diante da incerteza gerada sobre como aquela relação jurídica controversa será desenhada e definida judicialmente²⁰⁰.

Bem é dizer: o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva, certo que a demora no julgamento de um processo judicial cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática²⁰¹.

O processo civil moderno não comporta mais uma visão conformista de sua inoperância, necessitando de novas interpretações que tornem o sistema processual mais dinâmico e efetivo, oferecendo resposta tempestiva àqueles que se valem desse método estatal de resolução de controvérsias.

Ao inserir em seu texto normativo a garantia constitucional da duração razoável do processo, o CPC pretendeu reforçar a necessidade observância do referido princípio constitucional, exigindo uma tramitação adequada e tempestiva dos processos

¹⁹⁹ ASSIS, Carlos Augusto de. “Técnicas aceleratórias e devido processo legal”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, jul-set/2016, nº 95, p. 77.

²⁰⁰ A demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo evidente, pois tanto o autor como o réu perdem, simultaneamente, em razão do prolongamento injustificado da lide, pois “*trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um “dano marginal”, na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiências na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido*” (CABRAL, Antônio do Passo. “A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil”. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 75).

²⁰¹ “*Na realidade, todos saem prejudicados com a demora processual, sendo afetadas, inclusive, as próprias garantias fundamentais em si mesmas, porque os princípios básicos ao processo justo (tais como o acesso à justiça e o devido processo legal), não refletem sua verdadeira eficácia em virtude da intempestiva prestação jurisdicional*” (THEODORO JR., Humberto. “Direito fundamental à duração razoável do processo”. cit., p. 83-98).

judiciais, aí incluída não só a atividade judicial cognitiva, como também a conduta necessária à satisfação prática do direito material²⁰².

Não basta que a sentença tenha sido proferida em tempo razoável, mas a concretização da atividade judicial executiva da pretensão deve, igualmente, ser obtida tempestivamente, sob pena de se tornar uma prestação insegura, ao não garantir efetividade na tutela do direito material.

Neste particular, é indubitável que o CPC pretende resguardar a aludida garantia constitucional da duração razoável do processo, na medida em que tenta (re)construir todo um sistema voltado à produção de um resultado eficaz e útil do processo sem as malsinadas dilações indevidas²⁰³ e desmotivadas.

No entanto, a celeridade processual não pode ser tão cultuada, tal como um fetiche, onde muitas vezes dá o tônus de certas tomadas de posição pela jurisprudência pátria²⁰⁴, sendo certo, daí, que a preocupação deveria estar concentrada na razoável duração do processo, e não na celeridade-aceleração-finalização de um problema trazido à solução do Judiciário pelo jurisdicionado²⁰⁵.

Partindo dessa premissa, Francisco Barros afirma que:

“a duração razoável do processo não se limita ao cumprimento célere de todas as etapas previstas em lei para o procedimento, mas se impõe também como limite à atividade legislativa do Estado, como obrigação positiva de estruturação dos órgãos jurisdicionais, como redefinição das rotinas utilizadas, etc”²⁰⁶.

Não se deve pretender, a todo custo, obter a celeridade processual sem a devida observância das exigências do novo modelo cooperativo de processo, a exemplo do respeito ao contraditório substancial e da necessidade de fundamentação analítica das

²⁰² A par disso, “a garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 8).

²⁰³ Conforme ensina Fredie Didier Jr., “a expressão “dilações indevidas” representa um conceito jurídico indeterminado e aberto, o que impede de considera-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados” (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 109).

²⁰⁴ RAMOS, Glauco Gumerato. “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no amanhã”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 239, p. 428, 2015.

²⁰⁵ “O direito à razoável duração do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1, p. 266; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 13).

²⁰⁶ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. “Os princípios processuais no projeto do novo Código de Processo Civil”. cit., p. 433.

decisões judiciais, que constituem, claramente, dilações devidas, consentâneas com as garantias constitucionais processuais²⁰⁷.

Dito de outro modo: um processo sem dilações indevidas “*será aquele no qual cada dia decorrido foi capaz de lhe agregar valor, cada atividade desenvolvida teve um sentido na lógica do processo, sem desperdícios, qualquer que seja a sua causa*”²⁰⁸.

Sendo assim, a necessidade de observância e de respeito às mencionadas premissas do modelo colaborativo de processo pode acarretar, em inúmeras situações, um natural prolongamento processual, que não precisa ser totalmente evitado, exceto nas hipóteses de manifesto abuso do direito²⁰⁹.

Nestas situações de “evidente abuso do direito”, deve-se imputar as sanções pela má-fé processual às partes que agirem desta forma ou, até mesmo, em situações excepcionais, decretar a própria inadmissibilidade da postulação, como uma espécie de limitação à aplicabilidade da primazia do julgamento de mérito, quando estiver presente comportamento violador da boa-fé objetiva.

Tome-se como exemplo a interposição de recursos evidentemente protelatórios, contrários a teses firmadas em precedentes obrigatórios, pelos conhecidos litigantes habituais (Fazenda Pública, bancos públicos e privados, empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos).

Aliás, o direito fundamental à duração razoável do processo constitui um *princípio* erigido em sede constitucional, redigido em forma de *cláusula geral*, impondo um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado-Juiz, prevendo, em seu suporte fático, um *termo indeterminado* – duração razoável – e *não comina consequências jurídicas pelo seu descumprimento*.

²⁰⁷ “O sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo” (...) “Se todos têm direito a um processo sem dilações indevidas, daí se extrai que ninguém tem direito a um processo sem as dilações devidas”, certo que o processo somente será efetivo e eficiente, quando produzir resultados constitucionalmente adequados e legítimos, os quais, evidentemente, demandam algum tempo para serem alcançados na prática” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 08).

²⁰⁸ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. “Os princípios processuais no projeto do novo Código de Processo Civil”. cit., p. 433.

²⁰⁹ “Pelo abuso do direito, tem-se um mecanismo de limitação ao exercício de situações jurídicas subjetivas, sempre que esse exercício se revelar danoso a terceiros, ainda que potencialmente. (...) A boa-fé é fundamento axiológico-normativo presente em todo o ordenamento jurídico e responsável por servir de parâmetro para considerar o exercício de determinado direito subjetivo como inadmissível. O abuso de direito ganha, sob essa concepção, a tarefa de conformar a autonomia privada aos valores que o ordenamento jurídico pretende, por meio daquela situação subjetiva específica, tutelar. E, certamente, dentre esses valores, destaca-se a boa-fé” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 77-84).

Então, deve-se, por isso, examinar as particularidades do caso concreto, para, em seguida, observar se os respectivos atos processuais estão sendo praticados com um atraso indevido, pois existem, excepcionalmente, situações legais permissivas quanto ao excesso do lapso temporal previamente fixado na legislação, sem que isso comprometa o devido processo legal tampouco a própria duração razoável do processo.

Por essa linha de pensar, o procedimento tem um valor considerado em si mesmo, não apenas porque possibilita a participação direta e efetiva de todos os agentes processuais envolvidos no caso, como também a garantia de influência destes últimos na tomada da decisão judicial (a dupla faceta do contraditório substancial), e, a partir disso, funciona como instrumento de proteção a um sobreprincípio constitucional - o devido processo legal -, que representa uma das balizas do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, surgiram novas táticas e métodos de procedimento do processo, na tentativa de se alcançar a efetividade e a eficiência processuais no julgamento de casos repetitivos, que conferiram uma maior racionalidade ao sistema jurídico, com observância da isonomia e da segurança jurídica.

Tenha-se como exemplo a regra do art. 313, inciso IV, do CPC, segundo a qual se suspenderá o processo que tramita individualmente quando admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, prática que, se respeitado o lapso temporal para o julgamento do incidente previsto no art. 980, *caput*, do CPC²¹⁰, poderá carregar consigo a economia processual e colaborar para reduzir a enorme quantidade de demandas repetitivas, pois determina o sobrestamento destes processos até que se profira decisão definitiva que abranja todos aqueles suspensos, evitando o trâmite desnecessário e o risco de decisões judiciais conflitantes a respeito do mesmo tema.

Mas, se, de um lado, o processo precisa transcorrer numa duração razoável, de outro, precisa-se garantir a qualidade da decisão judicial, já que, em um

²¹⁰ Embora se trate de uma regra inovadora que poderá contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, não se desconhece, por outro lado, que nem sempre tal medida resultará na solução sistêmica mais eficiente para a litigiosidade de massa, certo que o sobrestamento das demandas de massa, pelos tribunais de superposição (STF e STJ), em virtude da admissão de determinado IRDR, pode repercutir negativamente nos juízos inferiores (TRF's, TJ's e juízos de primeiro grau), quando permanecerem suspensas, por um longo período, sem qualquer conclusão, a exemplo daquele caso em que o STF, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada em 25/04/2008, demorou quase nove anos para decidir que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, à luz do art. 195, I, “b”, da Constituição Federal (STF, RE n.º 574.706/PR (200670000305599), Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, j. 15/03/17, DJ de 16/03/17).

dado momento, transitará em julgado, a qual deverá ser analiticamente fundamentada, após ultrapassadas todas as etapas procedimentais necessárias para tanto, com o devido respeito das supracitadas exigências do modelo cooperativo processual.

Embora as técnicas aceleratórias trazidas pelo CPC sejam efetivamente necessárias na metodologia jurídica contemporânea, dada a exigência da criação de mecanismos destinados a prover mais rápido o jurisdicionado vitorioso, também é certo que o empenho em acelerar o processo não pode ser feito a qualquer custo, sob pena de causar enorme prejuízo às garantias fundamentais processuais²¹¹.

Em epítome: a duração “razoável” do processo será aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita, em tempo adequado, uma análise particularizada da pretensão e da defesa, sem se descuidar da qualidade.

Enfim, faz-se mister atingir um “equilíbrio temporal” na tramitação de um processo judicial, até porque a própria litigância pode ser, pela demora na sua solução, uma sanção em si mesma²¹², não se podendo, por outro lado, permitir o que Giuseppe Tarzia denominou de “sono do processo”²¹³. E esse desejado “equilíbrio temporal” deve, inexoravelmente, decorrer de um ambiente cooperativo processual, dentro do qual todos os agentes envolvidos possuam atribuições delimitadas e próprias e as exerçam oportunamente, com a otimização do tempo de suas respectivas intervenções no processo.

Posta assim a questão, conclui-se que a busca pela resolução do mérito não se contrapõe à garantia da duração razoável do processo, considerando-se que esta última há de ser entendida a partir de um referencial mais amplo do que a mera aceleração ou desformalização dos procedimentos, levando-se em consideração a adequada e a efetiva tutela de direitos, a ser obtida através de uma sentença de mérito prolatada com o respeito das exigências do modelo cooperativo de processo.

²¹¹ Nesse sentido, invoca-se a lição de Cabral, para quem “a garantia do contraditório, no sentido de que os sujeitos envolvidos no processo devem ter faculdades e poderes que lhe assegurem a ampla e efetiva possibilidade de influenciar, condicionar a decisão estatal que será tomada, impõe ao processo uma marcha relativamente lenta, na precisa medida necessária para conferir dialeticidade ao processo” (CABRAL, Antônio do Passo. “A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil”. cit., p. 80).

²¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p. 27-28.

²¹³ TARZIA, Giuseppe. “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, p. 18, jan./mar.2001.

3.4.4 O princípio da *primazia da resolução de mérito* e o princípio da efetividade processual

Ultrapassada a discussão quanto à caracterização da duração razoável do processo, cumpre traçar algumas considerações a respeito do outro princípio positivado no texto do art. 6º do CPC, qual seja, o da *efetividade da jurisdição*, que se relaciona umbilicalmente com o princípio da *prioridade de solução do mérito*.

Revela-se diuturna a preocupação da processualística moderna com o desafio de se alcançar um processo verdadeiramente efetivo, que possa assegurar igualdade de tratamento entre os sujeitos processuais²¹⁴, bem como garantir ao litigante, na medida do possível, exatamente aquilo que este naturalmente teria se não precisasse recorrer ao Poder Judiciário²¹⁵.

A efetividade processual transformou-se em um tema comum de estudo nos mais diversos sistemas processuais, sendo, inclusive, apontado como um dos princípios de processo civil com validade transnacional, de acordo com o Projeto Unidroit/American Law Institute²¹⁶, cuja tônica principal foi o debate sobre uma justiça efetiva, pronta e célere, com o dever das partes de evitar propositura de ações temerárias e abuso de processo, de estimular procedimentos eficientes e rápidos, com o seu respectivo dever de cooperação²¹⁷.

Na verdade, a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas, podendo-se afirmar que uma norma será efetiva, quando for cumprida pelos seus destinatários, configurando uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma, sendo, pois, “*uma medida de realização concreta (=posterius fático) dos efeitos calculados in abstracto na norma jurídica (=prius lógico)*”²¹⁸.

Assim, no direito processual civil brasileiro, a efetividade impõe uma noção *empírico-normativa*, consistindo numa norma-princípio que fixa como estado ideal de coisas a vigência de um sistema processual no qual todos os comandos judiciais

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. cit., p. 15.

²¹⁵ DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. cit., p. 319.

²¹⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 29.

²¹⁷ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. “Efetividade processual, princípio da cooperação e poderes instrutórios”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 90, p. 180, abr./jun/2015.

²¹⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 121, p. 290, 2005.

sejam cabalmente cumpridos, tornando-se imunes contra quaisquer atos de descumprimento.

O referido princípio determina (ao legislador, ao juiz, às partes, isto é, a todos os destinatários da norma) a criação de instrumentos jurídicos que viabilizem uma maior efetividade do comando normativo da decisão judicial, isto é, que promovam um maior cumprimento das decisões judiciais, reduzindo os casos de descumprimento, a exemplo da criação de medidas sub-rogatórias, coercitivas, sancionatórias.

Para que se concretize o princípio da efetividade processual, faz-se mister que haja comportamentos legislativos e judiciais necessários ao fiel cumprimento dos pronunciamentos jurisdicionais, e, para tanto, o sistema processual há de ser provido de instrumentos coercitivos suficientes para forçar o cumprimento das decisões, com o mesmo resultado prático do adimplemento espontâneo das normas jurídicas²¹⁹.

Dentro deste contexto, Barbosa Moreira apontava cinco requisitos para que o processo possa atender às condições de efetividade, a saber: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios e aos direitos fundamentais adstritos (implícitos); b) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos); c) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; d) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito; e, por fim, e) o processo deve atingir o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia²²⁰.

Neste sentido, o processo deve ser *formalmente adequado* à realidade do direito material, significando que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado, a ponto de se instaurar uma adequação do processo às particularidades do caso concreto, para que a tutela jurisdicional seja efetiva²²¹.

²¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. cit., p. 77.

²²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 33.

²²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O regime processual das causas repetitivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 179, p. 139-174, jan. 2010.

Se a existência de um procedimento, por si só, é importante para trazer previsibilidade à demanda (garantia formal), também são as garantias inerentes ao devido processo legal verdadeiros direitos fundamentais das partes no processo, a integrarem o procedimento (garantia material)²²².

Destarte, impõe-se destacar que a cognição, como lembra Kazuo Watanabe, pode ser examinada sob a perspectiva horizontal (quanto à amplitude das matérias a serem examinadas, quando, então, fala-se em plena ou limitada, conforme o caso) ou sob a perspectiva vertical (quanto à profundidade do exame a ser feito, quando, então, pode-se falar em exauriente ou sumária, conforme o caso)²²³.

O aprofundamento do exame pelo juiz, ou o grau desse aprofundamento, deve ter em conta, por exemplo, quais serão os efeitos práticos da decisão e, por conseguinte, sua potencialidade em se tornar definitiva.

Por isso, a efetividade da tutela jurisdicional concerne ao *resultado* do processo, ou melhor, à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material²²⁴. Para tanto, o Estado-Juiz deve criar técnicas processuais adequadas e idôneas à tutela dos direitos, que deverão incidir sobre as particularidades do caso concreto, conduzindo à melhor forma de proteger o direito material, sendo que a omissão do legislador (a inexistência de uma norma específica) não legitima a omissão do juiz, não o autoriza a permanecer inerte, devendo o magistrado, nestes casos, colmatar as lacunas e “criar” alternativas, por meio da interpretação da norma jurídica²²⁵, fornecendo uma solução ao jurisdicionado consonante com os direitos fundamentais²²⁶.

²²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. cit., p. 276.

²²³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

²²⁴ WATANABE, Kazuo. Ob. cit, p. 257.

²²⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Suor Orsola: Editoriale Scientifica, 2007, p. 11.

²²⁶ A propósito, sabe-se que alguns autores, com arrimo no texto do art. 139, VI, do CPC, não admitem a ampla flexibilização do procedimento pelo juiz, sendo-lhe permitido apenas dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, com vistas a atender as particularidades do caso, sem que se permita o poder genérico de flexibilização procedimental, que autorizaria o juiz a adaptar as fases e os atos processuais em geral. Neste sentido, confira-se: NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho/2010, n. 184, p. 109-140. Entretanto, esta dissertação adota o entendimento de que é possível, sim, uma ampla flexibilização procedimental empreendida pelo juiz, entendida como uma cláusula geral que deriva da própria exigência da duração razoável do processo e da concepção de acesso à justiça eficiente, desde que haja fundamentação adequada. É que, na atualidade, repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado. Todavia, a lei não estabeleceu qualquer parâmetro ou limite sobre o tema, de modo que a flexibilização procedimental ainda vai demandar muito amadurecimento científico e pragmático, de modo

Assim o é, porque a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva não pode ser comprometida pela inexistência de técnica processual instituída que seja adequada à tutela do direito material²²⁷.

Toda técnica, que é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade.

Surge, daí, a ideia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados²²⁸.

A identificação das necessidades do caso concreto e a escolha da técnica processual apropriada devem ser justificadas mediante a argumentação racional capaz de convencer, isto é, o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as particularidades do caso concreto (definindo as necessidades específicas), o significado da tutela jurisdicional no plano substancial e a técnica processual escolhida²²⁹.

Neste contexto, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do *iter* padrão deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento²³⁰.

A ação não pode ser rotulada simplesmente como o ato inaugural do processo, já que ela se desenvolve paulatinamente para se obter um julgamento definitivo de mérito e, por conseguinte, a tutela jurisdicional do direito material, cuja efetividade depende essencialmente da capacidade do procedimento utilizado, que, por isso, não é, apenas, uma sequência de atos processuais, mas sim uma conformação daquilo que pode e do que não pode ser feito pelo juiz e pelas partes.

que só o cotidiano forense será capaz de modelar o desenvolvimento do instituto em nossa cultura jurídica.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 188-189.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. cit., p. 264-265.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado Constitucional”. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>> Acesso em: 08 ago. 2017.

²³⁰ “(...) Não parece certo vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, consequentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord). *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 126-127).

Exercita-se o direito de ação, que se desenvolve com o fito de permitir o julgamento do mérito, e, na hipótese de reconhecimento do direito material, ainda se mantém hígido o direito de se exigir que os meios executivos do pronunciamento jurisdicional positivo propiciem a efetividade da tutela do direito material.

O direito de ação, portanto, não constitui apenas um direito a uma sentença – a um ato processual, sendo composto, ademais, pelas técnicas processuais adequadas para a efetivação do direito material²³¹, não se exaurindo com o pronunciamento judicial de procedência, exigindo-se que este último se revista da forma adequada à proteção do direito, dispondo dos meios executivos aptos à sua implementação²³².

Enfim, como a jurisdição tem como escopo central a resolução de conflitos (pacificação social), é indubitado que o princípio da efetividade do processo está diretamente relacionado à satisfação do direito material, sobretudo porque um processo tardio, ineficaz e sem real impacto no mundo dos fatos, fracassando na realização do direito material, não terá proporcionado nem a paz social tampouco o desejado desfecho da resolução do conflito.

3.4.5 O princípio da *primazia da resolução de mérito* e o princípio da eficiência processual

O art. 8º do CPC, mesmo impondo ao juiz que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o faça de modo eficiente, não define o que é eficiência, tampouco indica quais serão as consequências da conduta contrária ao disposto no texto normativo.

Cuida-se, pois, de um exemplo de dispositivo normativo que contém mais de uma cláusula geral, dentre elas, a imposição para o juiz observar a eficiência na aplicação do ordenamento jurídico, porquanto há indeterminação tanto no antecedente (pela utilização do termo eficiência) como no conseqüente normativo (ao não estabelecer quais as consequências do agir contrário à previsão textual)^{233 234}.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. cit., p. 250.

²³² Ibidem, p. 260.

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, n. 139, p. 7-8, 1998.

²³⁴ “Há grande confusão quanto à precisão terminológica do termo ou do conteúdo da eficiência. Muitos doutrinadores – nacionais ou estrangeiros – ora chamam a eficiência de eficácia, ora a chamam de efetividade, ora confundem um termo com o outro, ora os tratam como expressões sinônimas (...). A

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, trata-se de norma-princípio relacionada com a *gestão do processo* e com o *princípio da adequação*²³⁵, ao possibilitar o balizamento e a construção de regras pelo juiz a fim de melhor gerir o procedimento que deve conduzir, estabelecendo meios mais apropriados à solução do conflito.

O processo tem de ser “*adequado ao escopo para qual é destinado alcançar*”²³⁶, significando afirmar, justamente por isso, que, no campo da tutela jurisdicional, é essencial a relação entre meio e fim, capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos.

É preciso insistir que a tutela jurisdicional pleiteada há de ser proferida em *procedimento adequado* à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger²³⁷, pelo que o procedimento sofre, invariavelmente, a influência das peculiaridades do direito material afirmado em juízo pelo autor²³⁸.

E essa adequação procedimental, via de regra, pode ser promovida pela lei, pelo próprio juiz, que pode adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, ou, a partir da novidade trazida pelo art. 190, *caput*, do CPC, pelas próprias partes, às quais é dado o poder de regular ou modificar o procedimento, ajustando-o às particularidades do seu caso, mediante um negócio jurídico processual bilateral ou mesmo plurilateral (celebrado entre as partes e o juiz, a exemplo do calendário processual previsto no art. 191, do mesmo diploma legal processual).

Em razão da cláusula geral de negociação processual ou cláusula geral de acordo de procedimento²³⁹, prevista no art. 190, *caput*, do CPC, as partes podem negociar regras processuais, convencionando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A rigor, a consolidação da necessidade de se aumentar o debate da construção da regra adequada à solução da controvérsia implicou a autorização da

eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. cit., p. 66).

²³⁵ Ibidem, p. 80.

²³⁶ TARZIA, Giuseppe. “Il giusto processo di esecuzione”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2002, p. 340.

²³⁷ Galeno Lacerda denomina essa situação *instrumental* de princípio da adequação (In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. I, p. 18-20). Confira-se, neste mesmo sentido: SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977. v. 9, t. 1, p. 1-16.

²³⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, p. 10.

²³⁹ Essa terminologia foi utilizada por NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010)”. Ob. cit., p. 15-26.

flexibilização do procedimento pelo juiz não apenas em casos específicos²⁴⁰, mas em situações genéricas, em decorrência da construção de regras a partir sobreprincípio do devido processo legal, de modo que o juiz, para ajustar o processo às particularidades do caso, deve adaptar, de modo eficiente, o procedimento.

Como visto, o referido princípio dirige-se ao órgão jurisdicional responsável pela gestão de um processo judicial específico, que passa a ser visto como um administrador, um gestor de um determinado processo, atribuindo-lhe a lei alguns poderes para o atendimento desta tarefa de gerir o processo, que deverão ser exercidos do melhor modo possível a emprestar o máximo de eficiência ao processo.

Segundo o princípio da eficiência, desde o início do percurso para a formação da norma individualizada até a efetivação (ou eficácia social) dessa norma, deve-se promover uma gestão racional e adequada do procedimento, com adaptação às peculiaridades do caso em questão, evitando-se dilações indevidas, a partir da realização das finalidades do processo sem a prática de erros ou deficiências consideráveis.

Sendo assim, há de haver um dever de comprometimento do juiz, do qual decorrem a ideia de operosidade²⁴¹, pretendendo-se dar o maior rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado. Em outras palavras, é o agir com eficiência e extrair o máximo de produtividade da atividade judicante com menor dispêndio de tempo e de recursos, certo que *“o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente”*²⁴².

Bem por isso, a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados, ou seja, quanto maior o rendimento de produção, mais eficiente será a atividade desenvolvida, relacionando-se, como qualquer princípio, ao alcance das finalidades previamente estabelecidas (estado ideal), sendo concernente aos meios empregados para tanto.

²⁴⁰ Neste particular, como pontuou Leonardo Carneiro da Cunha, *“as convenções ou os negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso”* (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 667).

²⁴¹ MAZZOLA, Marcelo. *Cooperação e operosidade: a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo da impugnação*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017.

²⁴² DIDIER JR., Fredie. *“Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo”*. *Revista magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, n. 52, p. 38, jan./fev.2013.

Então, a ideia de eficiência é atinente à melhor forma a ser utilizada para se atingir o resultado pretendido, ainda que se escolha o meio mais complicado (menos célere), caso as finalidades do processo sejam melhor atingidas dessa forma, a evidenciar, daí, uma noção *finalístico-normativa*.

É possível que um processo seja *efetivo* sem ser eficiente, atingindo-se o resultado pretendido, mas de modo insatisfatório, demorado ou inadequado. Então, não é errado afirmar que o processo pode ser efetivo, sem ser eficiente, mas, se for eficiente, será necessariamente efetivo²⁴³.

Noutro ângulo da discussão, é sabido que a *eficiência* constitui-se, outrossim, corolário do devido processo legal, sobreprincípio que se concretiza com o estabelecimento de padrões de conduta necessários à revelação de um processo adequado e eficiente, devendo ser capaz de flexibilizar-se, adaptando-se às particularidades do caso concreto, para se alcançar a eficiência²⁴⁴.

Forçoso é concluir que o *princípio da primazia do mérito* tem nítida correlação com o *princípio da eficiência*, na medida em que, via de regra, ao se buscar o resultado definitivo do conflito, mediante um exame do mérito do processo, alcança-se, por via oblíqua, o desiderato da eficiência, pois se utilizou os meios adequados (a melhor forma) com efeitos positivos para atingir a finalidade (o resultado) desejada.

3.5 O princípio da boa-fé processual como fundamento e limite para a *primazia do julgamento do mérito*

3.5.1 Generalidades

A Constituição Federal elencou, em seu preâmbulo, precisamente no art. 3º, inciso I, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, reconhecendo, com isso, a

²⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. cit., p. 78.

²⁴⁴ Neste particular, merece ser reproduzida uma ponderação realizada por Edílson Pereira Nobre Jr., segundo a qual “*não se pode perder de vista que o princípio da eficiência não deverá ser aplicado em detrimento dos direitos fundamentais*” (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. “Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência”. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, Imprensa: São Paulo, v. 22, p. 57, jan. 2006).

existência de um dever fundamental de solidariedade, “*do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade*”²⁴⁵.

Tomando-se como premissa a previsão deste dever fundamental de solidariedade, erigido a nível constitucional, não se pode imaginar um processo como um instrumento tipicamente público de consecução dos objetivos da jurisdição, que garanta liberdade, igualdade, justiça e solidariedade, sem o devido respeito às regras de comportamento.

Neste contexto, a ética processual se apresenta como uma das premissas fundamentais do modelo estrutural cooperativo de processo, pois, assim como as partes devem adotar comportamentos esperados pela sociedade, o juiz deve praticar uma ética de responsabilidade, mediante um esforço de colaboração com as partes, adotando uma postura de exigência deontológica, traduzindo a atuação dele em autoridade, responsabilidade e confiança²⁴⁶.

Primeiramente, cumpre delimitar o aspecto conceitual da ética, como sendo a ciência que estuda o comportamento moral do ser humano em sociedade, apontando para a definição correlata de moral, que, por sua vez, seria o conjunto de condutas reconhecidas como adequadas e convenientes ao comportamento humano em uma determinada sociedade, em um dado momento histórico²⁴⁷.

Nesta trilogia conceitual – ciência, ética e moral –, poder-se-ia complementar a discussão, entendendo que a ética pode servir como “*um instrumento definidor e criador de normas universais tidas como apropriadas a serem seguidas no desenvolvimento das relações sociais*”²⁴⁸. A par disso, seria possível falar em um comportamento ético de todos os sujeitos processuais num processo judicial?

A resposta é afirmativa.

É que, embora o processo se desenvolva a partir de um conflito entre duas partes, que perseguem, em tese, interesses contrapostos, também é certo que ele

²⁴⁵ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 122.

²⁴⁶ MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolter Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 144-145.

²⁴⁷ Por razões óbvias, a presente dissertação não tem a menor intenção de aprofundar a tormentosa discussão quanto à dicotomia entre a ética e a moral, nos planos sociológico e filosófico, mas apenas empreender uma introdução na temática em relação ao processo, de sorte que os conceitos ora trazidos, embora superficiais, são plenamente suficientes para compreender o tema proposto.

²⁴⁸ PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 98-100. Em idêntico sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giapichelli Editore, 2004. p. 05.

serve, numa dimensão muito mais abstrata, como instrumento estatal utilizado para alcançar os escopos da jurisdição, dentre eles, a pacificação social com justiça.

Sob essa perspectiva, é plenamente possível falar em ética dentro do processo, através da criação de parâmetros de conduta moral que devem ser fielmente seguidos por todos os atores processuais, limites estes que devem guiar os litigantes para alcançar tais objetivos.

Afinal, a formulação de *standards* de comportamento não é de interesse exclusivo dos sujeitos processuais, mas também da própria sociedade, para que se mantenha íntegra a estrutura social de forma a coexistirem pacificamente os interesses manifestados por todos aqueles, por mais distintos ou contrapostos que sejam²⁴⁹.

E, reconhecendo-se a ética interna do processo, como vista acima, quais seriam os *standards* que a fundamentariam? Ou melhor, seria possível elencar quais e como seriam as condutas dos participantes do processo, que comprovariam o caráter ético interno de um processo tido como cooperativo²⁵⁰?

Ora, se, até mesmo na guerra ou num duelo, espera-se um comportamento minimamente ético e leal de seus contendores²⁵¹, a relação jurídico-processual, de igual modo, sujeita-se, outrossim, a parâmetros de conduta ou a *standards* comportamentais mínimos garantidores do equilíbrio do conflito²⁵², pois o que se espera, ao menos, é que os sujeitos processuais atuem dentro de um certo limite de ética e de lealdade para com os demais e para com o próprio instrumento (processo)²⁵³.

É nesse contexto que se insere a lealdade processual²⁵⁴ no rol dos limites de conteúdo de atuação dos sujeitos processuais, inclusive porque o próprio interesse

²⁴⁹ AUILO, Rafael Stefanini. Ob. cit., p. 58-59.

²⁵⁰ Dentro desta problemática, cumpre rememorar a advertência de Manlio La Rocca, para quem “o respeito pelos outros implica, como é óbvio, não apenas honestidade de propósitos e de ações, mas também um contínuo exame da própria conduta, a fim de que seja conforme tais princípios: o homem probo, portanto, deve sempre se comportar de modo a não ofender também involuntariamente o semelhante” (in *Profili di un sistema di responsabilità processuale*. Napoli: Morano, 1963. p. 89).

²⁵¹ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latim, 2011. p. 45.

²⁵² BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2ª ed. Roma: Società Editrice del ‘Foro Romano’, 1935. p. 106.

²⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 166.

²⁵⁴ Para Francisco Barros, “lealdade, probidade e boa-fé são expressões de tessitura aberta, standards de comportamento correto. Etimologicamente, partem de raízes diferentes, mas convergem para o mesmo significado. Assim, diz-se na doutrina que a lealdade é “um aspecto da probidade”, que o “dever de probidade” é o mesmo que dever de boa-fé”, que a “lealdade é o nome da boa-fé”, sem a preocupação de se fixarem discrimenes entre as expressões” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 67).

público exige que o processo se desenvolva dentro de parâmetros comportamentais socialmente aceitos, buscando-se evitar, precipuamente, que a vitória processual não advenha de malícia, fraude, esperteza, dolo, improbidade, embuste, artifício, mentira ou desonestidade²⁵⁵.

Apropriando-se de uma metáfora, o processo é um jogo²⁵⁶, no qual as partes podem utilizar todos os meios legítimos para defender seus interesses, mas, como em qualquer jogo, devem obedecer às regras previamente estabelecidas, que funcionam, em última análise, como limites à participação processual, sem que haja, enfim, qualquer tipo de “trapaça” ou expediente malicioso²⁵⁷.

Entretanto, em que exatamente consistiria a lealdade processual? Como a lealdade processual poderia impor limites à atuação dos sujeitos processuais de modo a manter intacto, numa relação jurídico-processual, o padrão de comportamento ético fixado pela sociedade?

Na verdade, são perguntas difíceis de serem respondidas, mas Liebman parece ter acertado a resposta, ao asseverar que os sujeitos parciais do processo devem se respeitar reciprocamente na qualidade de contraditores em juízo, eximindo-se de praticar todo e qualquer ato que perturbe a plena aplicação do princípio do contraditório²⁵⁸.

Esmiuçando melhor a resposta citada acima: os sujeitos processuais, na tentativa de não obstar a aplicabilidade do princípio do contraditório, não podem assumir um comportamento processual impeditivo do pleno exercício do direito de resposta da parte adversa nem tampouco tornar impraticável a utilização dos argumentos desta última como forma de convencimento do juiz.

Pode-se dizer, então, que o dever de lealdade processual se traduz no binômio proibição-dever: (I) proibição de utilização de instrumentos colocados à

²⁵⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 157.

²⁵⁶ Segundo Francisco Barros: “(...) A menção ao “jogo”, por outro lado, intuitivamente remete à ideia das “regras”, sem as quais factualmente não se joga. O lícito poderia, nessa ótica, ser assimilado ao *fair play*, à observância “as regras do jogo”. Todavia, se o conceito for limitado ao aspecto procedimental, extrínseco, subtrai-se do controle o exercício exorbitante das faculdades processuais; se não o for, exige que se agreguem novos elementos, sob pena de se estar trocando um lugar-comum (lealdade) por outro (regras do jogo)” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 68).

²⁵⁷ Como sustentou Fernando Soares, o litigante não deve “surpreender o adversário com lances que este não espera, como se aqui se tratasse de um jogo de xadrez onde há pedras temporariamente escamoteadas” (SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 173).

²⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. cit., p. 169.

disposição das partes com fins diversos daqueles já programados e (II) dever da parte de se abster a perseguir a vitória com meios não permitidos pelo ordenamento jurídico como um todo²⁵⁹.

Naturalmente entrelaçado ao conceito de lealdade processual está o de boa-fé processual²⁶⁰, sendo, não raras vezes, até com ele confundido, dada a proximidade semântica de um em relação ao outro, certo que ambas as noções – lealdade e boa-fé processual²⁶¹ – revelam-se, no fundo, como limites ao comportamento livre das partes e do juiz dentro do processo.

Ultrapassadas as noções correlatas da ética e da lealdade processual, passa-se a dar atenção, agora, à norma jurídica da boa-fé processual, que consiste num princípio erigido tanto a nível constitucional (de modo implícito, porque extraído de outros princípios)²⁶², como também ao âmbito infraconstitucional pela previsão expressa inserta no art. 5º do CPC²⁶³.

²⁵⁹ DELLA PIETRA, Giuseppe. *Codice di procedura civile commentato*. Torino: UTET, 1997, p. 685-687.

²⁶⁰ Conforme pontua Aldo Attardi, a boa-fé processual envolve a proteção de dois elementos postos em alteridade: as prerrogativas dos demais partícipes da relação processual e a celeridade do feito. A parte não deve agir de modo a “comprimir ou limitar o direito de defesa” nem desenvolver atividades dilatórias ou supérfluas (ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1994. v. 1, p. 370).

²⁶¹ Francisco Barros adverte que o nó górdio da dicotomia entre o lícito e o ilícito processual reside na aferição do elemento subjetivo da conduta, ao afirmar que: “(...) a intenção do agente seria o divisor de águas entre o lícito e o ilícito processuais; a violação ao dever de lealdade estaria em “todo e qualquer ato inspirado na malícia ou má-fé. Entretanto, essa técnica enfraquece o alcance do dever de lealdade, mediante indevida redução de seu espectro impositivo. Não atinge, por exemplo, casos de “desconhecimento ou má compreensão da técnica processual”, escusa que se fundamenta no baixo nível dos cursos jurídicos e que, generalizando-se, cria uma esfera de imunidade incompatível com as necessidades éticas do sistema. Como afirmado em outra sede, se a advocacia é atividade essencial à administração da justiça, “não se pode incentivar a participação de advogados desqualificados, reconhecendo em seu favor a inaplicabilidade de normas éticas processuais”” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 68).

²⁶² Conquanto não haja dissenso quanto ao status constitucional do princípio da boa-fé processual, ainda que previsto de modo implícito, ecoa na doutrina pátria uma divergência acerca de seu verdadeiro fundamento constitucional. Enquanto alguns autores extraem esse princípio do princípio da solidariedade social como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme previsão do art. 3º, inciso I, da CF/88 (VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163), outros reconhecem o princípio do contraditório como suporte para o princípio da boa-fé processual (CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. cit., p. 59-81), e, por fim, Fredie Didier Jr. sustenta que todas as opções seriam dogmaticamente corretas, já que é possível extrair o princípio da boa-fé processual de mais de um princípio encartado na Carta Magna, tais como o da solidariedade social, da igualdade, do contraditório, ou dos sobreprincípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. cit., p. 86-89).

²⁶³ Contudo, é certo que, a partir da positivação deste princípio no plano infraconstitucional, a preocupação em localizar os seus fundamentos constitucionais perdeu força, visto que, para a sua aplicação, revela-se suficiente, por si só, o texto do art. 5º do CPC, inclusive porque, mesmo na ausência de regras, não raras vezes, o princípio tem eficácia direta e imediata, garantindo a tutela de situações jurídicas ativas e passivas.

O princípio em exame dita o comportamento de todos que, de qualquer forma, participam do processo, consubstanciando uma norma de conduta, da qual se deflui a irrelevância das boas (ou más) intenções quando da prática do ato processual, abandonando-se o estado psicológico do agente, objetivando, por isso, proteger a confiança razoável da contraparte ou de outro sujeito processual.

Contudo, cumpre esclarecer que esta dissertação adota a compreensão de que o princípio da boa-fé processual, conquanto seja considerado como um dos fundamentos basilares para a *primazia do julgamento de mérito*, também poderá funcionar, simultaneamente, como uma limitação a essa mesma primazia, quando se estiver diante, por exemplo, de comportamentos contraditórios e desleais (proibição do *venire contra factum proprium*²⁶⁴).

Com efeito, o respeito ao princípio da boa-fé processual, além de servir como fundamento da aplicabilidade da norma da primazia do julgamento de mérito, poderá funcionar, em algumas situações, paradoxalmente, como um limite para se alcançar o *julgamento do mérito*.

Para comprovar a assertiva acima reproduzida, basta invocar a hipótese de colusão entre as partes, que fingem litigar em juízo, praticando, ao longo da relação processual, atos processuais simulados, com o objetivo de alcançarem um fim vedado por lei, podendo prejudicar, com isso, terceiros que não integram a relação processual.

Quando ambas as partes se valerem de um simulacro de processo, visando a um objetivo ilegal, o juiz tem a obrigação de proferir uma decisão “*que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé*” (art. 142, do CPC), que deverá ser, neste caso, a extinção do processo sem resolução de mérito.

Note-se que, nesta peculiar hipótese, a extinção do processo sem resolução do mérito não ocorrerá, como no maior das vezes, por força da ausência de qualquer pressuposto processual de admissibilidade (em sentido estrito), mas sim porque funcionará como o mecanismo típico para punir o engodo perpetrado pelas partes.

Bem por isso, em situações tais, evidencia-se uma nítida quebra da boa-fé processual, devido à fraude perpetrada por ambas as partes, ao fito de alcançar objetivo

²⁶⁴ Nas palavras de Alberto Maurino, “*é inadmissível que um litigante pretenda fundamentar seu acionar com o aporte de fatos e razões de direito que contradizem seus próprios atos, que assumam uma atitude que venha a se colocar em contraposição com seu anterior proceder*” (MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho em el proceso*. Buenos Aires: La ley, 2001. p. 109).

vedado em lei para prejudicar terceiros²⁶⁵, autorizando-se o juiz, convencido do conluio pelas circunstâncias do caso concreto, a extinguir o processo sem resolução de mérito. Com isso, impede-se que as partes em colusão obtenham resultado contrário à ordem jurídica, aplicando-se-lhes as respectivas sanções por litigância de má-fé (art. 80, III, do CPC).

Como se vê, o princípio da boa-fé processual, nesse exemplo, funcionou como um verdadeiro limite à aplicabilidade da primazia do julgamento de mérito, pois se impôs ao órgão jurisdicional, na hipótese de colusão entre as partes, decretar, inexoravelmente, a extinção do processo sem resolução do mérito, justamente para punir comportamentos fraudulentos desta natureza.

Por fim, informa-se, antecipadamente, que, no último tópico do capítulo final desta dissertação, serão apresentados, sistemática e separadamente, outros exemplos nos quais o respeito princípio da boa-fé processual servirá como elemento limitador do alcance da norma da *primazia do julgamento de mérito*.

Em situações desta natureza, caso devidamente comprovada a contraditoriedade no comportamento praticado pela parte interessada, deve-se inadmitir a sua postulação, sem o avanço no julgamento de mérito.

3.5.2 Boa-fé objetiva versus boa-fé subjetiva^{266 267}.

Como se sabe, a boa-fé revela-se, de há muito²⁶⁸, como elemento influenciador na formação dos institutos jurídicos²⁶⁹, contendo, ao longo do tempo,

²⁶⁵ Uma das possíveis manifestações de tal fenômeno é a *sham litigation*, doutrina já recorrente nos Estados Unidos da América, que trata sobre a utilização do aparato jurisdicional, por determinadas empresas, sem que haja qualquer perspectiva de sucesso, configurando, na verdade, uma finalidade oculta, camuflada, de prejudicar concorrentes, visando atingi-los negativamente, a fim de que encontrem dificuldades financeiras, estruturais e de reputação.

²⁶⁶ Para compreender esta relevante distinção conceitual, cumpre trazer à tona a lição de Clóvis do Couto e Silva, pela qual a “boa-fé objetiva” e a “boa-fé subjetiva” não se distanciam ontologicamente, mas apenas remetem a “graus de intensidade” diferentes” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34).

²⁶⁷ Embora não se desconheça que a cláusula geral da boa-fé restou fortemente consagrada no Direito Privado, fruto da contribuição do direito obrigacional alemão (precisamente no §242 do BGB), é certo que as proposições defendidas ao longo desta dissertação são fundamentadas nas premissas teóricas do direito processual civil brasileiro, por força do objeto central deste trabalho, que tenta aprofundar as particularidades dogmáticas do princípio da *primazia da resolução do mérito*.

²⁶⁸ O Código Civil alemão, inovou o papel da boa-fé no Direito Privado, ao dispor, em seu §242, com grande repercussão, que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com considerações pelos costumes do tráfico”, sendo a boa-fé amplamente acolhida pelo direito estrangeiro, caracterizada pela conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivistas.

²⁶⁹ “A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar a sua importância. A atividade criadora dos

várias significações na dogmática jurídica, mas, via de regra, era considerada em seu aspecto subjetivo, relacionada com a intenção dos sujeitos de direito²⁷⁰, embora “atribuir-se à boa-fé processual conteúdo subjetivista implica dotá-la de menor rigor, nos confrontos com a sua manifestação na seara contratual”²⁷¹.

No entanto, é a outra acepção de boa-fé, que interessa neste contexto, aquela que se destaca do subjetivismo para se localizar objetivamente no comportamento do agente, trazendo consigo a exigência de uma ordem ético-jurídica, certo que compete à boa-fé, neste sentido objetivo, exercer a “*função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais*”^{272 273}.

Com efeito, mais recentemente, a boa-fé passou a ser estudada sob o ângulo objetivo, sendo, num primeiro momento, assim reconhecida no âmbito do direito privado pátrio (com o advento do CDC e do CC)²⁷⁴, estendendo-se, posteriormente, para o âmbito do direito público brasileiro, já que a atuação da Administração Pública deve amparar-se no princípio da moralidade, que, por sua vez, envolve a prática de condutas éticas e coerentes, reprimindo-se os comportamentos contraditórios.

No entanto, para os fins perseguidos por esta dissertação, faz-se necessário empreender um corte metodológico, para que o tema em destaque seja abordado sob o viés processual²⁷⁵, o que se fará doravante.

magistrados romanos (...) valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas acciones ex fide bona, nas quais o arbítrio do iudex se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico. Modernamente, fato similar ocorre com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o §242 do BGB” (SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. cit., p. 32).

²⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 5º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 37.

²⁷¹ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 70.

²⁷² SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 36.

²⁷³ Através da boa-fé, sob o ângulo objetivo, garante-se a “*consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 412).

²⁷⁴ “O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro, não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão (...). Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do objetivo a que visam (...) O princípio da boa-fé contribui para determinar o que e o como da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 33).

²⁷⁵ “A tarefa de conceituar a boa-fé objetiva, porém agora sob o enfoque processual, mostra-se complexa. Afinal, também no processo civil ela assume a classificação de cláusula geral que contém em si um princípio, de modo que a vagueza e a indeterminação fazem com que a construção de uma

Neste particular, diz-se que a boa-fé objetiva é uma norma de conduta, relacionando-se aos comportamentos de lealdade, honestidade e probidade a serem adotados por todos aqueles que participam do processo, estando, pois, vinculada à ideia de confiança, distinguindo-se da boa-fé subjetiva, que existe apenas no campo fático, atrelada à ideia de vontade, estando vinculada à crença ou ao estado de consciência, ao psiquismo do indivíduo, traduzindo-se pela íntima convicção de atuação conforme o direito²⁷⁶.

Vale dizer: a boa-fé objetiva impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas, não se confundindo, portanto, com a exigência da boa-fé subjetiva nas relações sociais (elemento volitivo), fundada no voluntarismo e no individualismo, que configura, na verdade, “*um elemento de suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto*”²⁷⁷.

Segundo o citado art. 5º, do CPC, “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”, texto que consubstancia o princípio da boa-fé processual, albergado nitidamente na nossa ordem jurídica pátria, impondo, em essência, que a conduta de todos os participantes do processo seja coerente, homogênea e não contraditória, de modo a se exigir um conteúdo mais ético, que evite a frustração de expectativas legítimas dentro da relação processual²⁷⁸.

Realmente, o texto legal refere-se à boa-fé objetiva (sem qualquer conexão com a boa-fé subjetiva), porque impõe condutas a serem tomadas de acordo com a boa-fé objetivamente considerada, sendo irrelevante a intenção com que o agente pratica determinado ato processual²⁷⁹.

Assim, enquanto a boa-fé subjetiva (também chamada de boa-fé crença) é um *fato*, para cuja constatação se faz necessário perquirir sobre a intenção (elemento subjetivo) do sujeito, por outro lado, para fins de comprovação da boa-fé objetiva,

definição prévia e estanke de boa-fé seja inadequada, além de indesejável” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 111-112).

²⁷⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 285-286. Neste mesmo sentido, confira-se: STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002. p. 38-41; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. cit., p. 411; CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. cit., p. 77-78.

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. cit., p. 81.

²⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 5º”. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 38.

²⁷⁹ Neste sentido, orientou-se o Enunciado n. 1 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do *animus* do sujeito processual”.

prescinde-se da averiguação do intuito (do querer) do sujeito, embora o elemento volitivo possa ser agregado à análise objetiva da conduta em tela.

Como visto, a boa-fé objetiva trabalha com padrões comportamentais ou *standards* de conduta generalizadamente aceitos como éticos, leais e honestos, de sorte que, para se avaliar se houve, ou não, violação à norma da boa-fé processual, basta saber se a conduta foi praticada, ou não, conforme esses referenciais éticos, dispensando-se, por isso, a investigação volitiva²⁸⁰.

Enaltece-se, assim, uma comprovação do caráter objetivo da conduta, conferindo-se, em maior intensidade, efetividade à exigência de ética e de lealdade no processo, devido à evidente dificuldade em se demonstrar, na prática, a real intenção do sujeito, ao praticar a conduta questionada²⁸¹, de sorte que, nas hipóteses de violação à boa-fé objetiva, o sistema admite sanções próprias para estas condutas indevidas, que estão descritas no rol meramente exemplificativo do art. 80 do CPC, à luz dos deveres que lhe são correlatos²⁸².

Neste particular, convém alertar que, além das partes, os seus advogados também se submetem ao alcance do dever de lealdade, devendo ser aferido, inclusive, de modo mais rigoroso do que as partes²⁸³, certo que é o advogado quem detém a

²⁸⁰ Sobre a mencionada distinção, confira-se, por todas, a seguinte explicação: “A chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para proteção às expectativas de que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do alter, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte. É a ideia de um “arquétipo moral”, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária tutela objetiva da confiança. Permite-se, portanto, com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e de seus procuradores. Vale dizer, desnecessária é a aferição subjetiva do conhecimento da parte acerca da ilicitude de sua conduta, subjetivismo que, além de implicar em dificuldades no campo probatório, pode, ao mesmo tempo, tornar iníquas as normas repressoras da má-fé processual e perpetuar a utilização do processo para fins escusos. Desta forma, permite-se a punição de quaisquer condutas contrárias à boa-fé processual e não apenas os comportamentos dolosos” (CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. cit., p. 77-78).

²⁸¹ “Ocorre, porém, que, nos dias atuais, é insuficiente ver a boa-fé apenas a partir do prisma da intenção do comportamento das partes. Note-se, inclusive, que muitas vezes a análise do intuito do agente de uma conduta comissiva ou omissiva é de difícilíssima verificação, especialmente no caso das omissões, o que retira a efetividade dessa exigência na relação processual” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 176).

²⁸² “A litigância de má-fé, enfim, consubstancia descrição de conduta, de caráter aberto, intermediária entre a fixação dos deveres processuais e a cominação de sanções, destinada a densificar o princípio da probidade processual. Permite apenas a aproximação entre estes deveres, aos quais rende homenagem, e a realidade empírica, sem a pretensão de ser o elemento determinante do sistema” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 91-92).

²⁸³ *Ibidem*, p. 158-159.

capacidade postulatória de utilizar o instrumento técnico adequado quanto à definição e à escolha das providências processuais cabíveis²⁸⁴.

Sendo assim, entende-se que o advogado também poderá ser eventualmente condenado por litigância de má-fé, caso se demonstre, por exemplo, que ajudou o seu cliente a fazer pedidos absurdos, praticando, com isso, ato tipificado na regra disposta no art. 80, I, do CPC, qual seja, “deduzir pretensão contra texto expreso de lei”.

3.5.3. Cláusula geral da boa-fé processual dirigida a todos os participantes do processo

Embora tenham surgido, inicialmente, no âmbito do direito privado, as cláusulas gerais estenderam-se para outros ramos do direito, notadamente, para o direito processual civil, pois o legislador não tem a capacidade de prever todas as necessidades advindas da legislação material, sem conseguir disciplinar, pois, todos os instrumentos processuais adequados à tutela do direito material.

Tornou-se necessário conjugar a até então predominante técnica casuística, que se caracterizava por elevar, ao grau máximo, a tipicidade dos diplomas normativos, deixando ao intérprete apenas a mera tarefa de subsunção do fato à norma, com outra técnica de criação de textos jurídicos, mais apta a conferir maior efetividade aos direitos por ela tutelados, qual seja, a técnica de legislar por meios do estabelecimento de cláusulas gerais²⁸⁵, que reduz a tipicidade ao grau mínimo, conferindo maior mobilidade ao sistema, geralmente por meio do uso de conceitos jurídicos indeterminados.

Neste panorama, a inserção das cláusulas gerais processuais e dos conceitos jurídicos indeterminados na ordem jurídica processual civil despontou como um das grandes inovações da metodologia jurídica contemporânea, reforçando, indubitavelmente, a criatividade da atividade jurisdicional, pois o órgão julgador é chamado a interferir, mais ativamente, na construção do ordenamento jurídico.

A precisa delimitação conceitual de cláusula geral é, como advertiu Judith Martins-Costa, uma tarefa em relação à qual a doutrina não tem logrado êxito,

²⁸⁴ “As garantias de lealdade ao cliente e de proteção ao sigilo profissional não impõem a aceitação de causas adrede destinadas à obtenção de vantagens ilícitas. Também não se justifica o estado de inocência pueril, pelo qual o advogado dirige relatos fantasiosos à atenção judicial, sem a prudência normal exigida de qualquer um” (SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. cit., p. 159).

²⁸⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 124-125.

pois se limita a apontar as características da técnica legislativa que lhe corresponde²⁸⁶. Para a referida autora, sob a rubrica de “cláusula geral”, compreende-se, concomitantemente, uma modalidade de técnica legislativa (contraposta à técnica casuística), uma espécie de texto normativo e, por fim, as normas que se produzem a partir daquele texto²⁸⁷.

Vale dizer, as cláusulas gerais processuais configuram textos normativos abertos com diretrizes indeterminadas, ao não estabelecer, *a priori*, o significado do pressuposto (termo antecedente) nem tampouco as consequências jurídicas da norma (termo consequente), percebendo-se daí que a dúvida reside tanto no pressuposto (conteúdo) como no consequente (solução legal). Já no conceito jurídico indeterminado, a dúvida se encontra somente no pressuposto (conteúdo), e não no consequente (solução legal), que já está previamente estabelecido em lei.

A redação de uma cláusula geral se vale, propositalmente, de termos gerais, vagos, fluidos, os quais, sem dúvida, resultam da incerteza do seu conteúdo e da extensão do preceito normativo, pelo que o núcleo conceitual, parte dotada de clareza, é mínimo, enquanto o halo conceitual, onde predomina a obscuridade, ocupará a maior parte dessas proposições²⁸⁸, restando ao juiz uma margem de livre apreciação, pois essa técnica o afasta das amarras legais, podendo aproximar-se da realidade social²⁸⁹.

Assim, ao aplicador da norma jurídica caberá identificar o preenchimento do suporte fático e, em seguida, determinar qual a consequência jurídica que dele será extraída, complementando-se que a cláusula geral constitui uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, por permitir uma abertura maior do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos na seara legislativa, que não podem ser positivados mediante a técnica da subsunção, mas sim pelo método da concretização.

Como visto, a partir da valorização das cláusulas gerais processuais, o que, naturalmente, coloca em cena a concretização (no lugar da subsunção), é certo que

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. cit., p. 07.

²⁸⁷ Segundo Fredie Didier Jr., “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, havendo, portanto, uma “indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 51).

²⁸⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 207-208.

²⁸⁹ Com efeito, esse tipo de redação das cláusulas gerais busca “afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais”, ensejando que “o julgador (o órgão aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei”, passando “a agir de um modo semelhante ao legislador” (Ibidem, p. 209).

o Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de dedução e indução²⁹⁰, atento à complexidade da vida²⁹¹, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que trabalha abstrata e aprioristicamente²⁹².

Trata-se, enfim, de uma técnica legislativa, que, além disso, reforça a função do precedente judicial na concretização das normas gerais (regras e princípios), bem como funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Ao redigir o texto do citado art. 5º do CPC, o legislador brasileiro optou, corretamente, pela técnica legislativa da cláusula geral, pois o seu consequente normativo é indeterminado, cabendo ao juiz ditar a consequência no caso concreto, ou melhor, trata-se de uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé objetiva, porquanto “*a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal*”²⁹³.

Rigorosamente, por se tratar de uma cláusula geral de boa-fé, seria despicienda qualquer especificação das condutas contrárias aos referenciais leais e éticos, porquanto o texto normativo do art. 5º do CPC já é, por si só, suficiente para exigir dos jurisdicionados o comportamento dentro dos padrões de probidade admitidos nas convenções sociais respectivas, do início ao fim do procedimento, mormente em decorrência do interesse social que deve nortear o processo.

A partir disso, as partes, através da atuação de seus respectivos advogados, devem comportar-se de acordo com os padrões comportamentais exigidos pelo princípio da boa-fé processual, que se aplicam, reciprocamente, ao órgão jurisdicional e aos auxiliares de justiça, os quais, como representantes estatais, devem agir consoante a boa-fé objetiva, sem quebrar a confiança neles depositada pelos

²⁹⁰ MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 103, p. 79.

²⁹¹ “Quanto mais complexos são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkain, 1983. p. 150).

²⁹² Em última análise, caberia à cláusula geral “o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes” (MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. cit., p. 07; p. 10-11)

²⁹³ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 120.

jurisdicionados²⁹⁴, de modo a evitar a frustração de expectativas legítimas, bem como comportamentos contraditórios.

Enfim, o princípio da boa-fé processual é direcionado a todos os sujeitos que, de algum modo, participem do processo, não importando a qualidade do sujeito processual, seja ele parcial (inclusive a Fazenda Pública), seja ele imparcial, a ponto de seus deveres anexos²⁹⁵ terem observância cogente por todos²⁹⁶.

Deveras, os comportamentos dos sujeitos processuais produzem expectativas legítimas que são protegidas pela boa-fé objetiva, de modo a evitar, por exemplo, a decretação de vícios sanáveis capazes de acarretarem a extinção do processo sem resolução do mérito, quando, na prática, seria possível superar tais obstáculos formais, para ingressar na discussão de mérito da lide.

3.5.4. Função interpretativa do princípio da boa-fé processual²⁹⁷

Sob o ponto de vista dogmático, a doutrina civilista tem atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos²⁹⁸.

No âmbito processual civil, embora todas estas funções sejam relevantes, sobressai-se a primeira função supracitada²⁹⁹, porquanto não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé

²⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 125.

²⁹⁵ “(...) O dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o alter. Mas tais deveres não se manifestam em todas as hipóteses concretas, pois que, em muitos casos, dependem de situações que podem ocorrer, seja no próprio nascimento do dever ou no seu desenvolvimento. A doutrina, contudo, vem encontrando área de acordo na circunstância de que em toda e qualquer vinculação, exceto nas provenientes de atos ilícitos, é possível o surgimento de deveres dessa natureza” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 33).

²⁹⁶ SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais”. cit., p. 784.

²⁹⁷ Confira-se o Enunciado 378 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios”.

²⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

²⁹⁹ “Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado (...). Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delimitador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, da perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 35-36).

processual³⁰⁰, pois este, sem dúvida, promove a reconstrução de outros princípios a ele correlatos, tais como o princípio do contraditório e o da cooperação, permitindo, com isso, o preenchimento de lacunas através da criação de mecanismos que contribuam para a definição de quais seriam os comportamentos éticos, coerentes e leais dentro do processo judicial.

Na verdade, ao se aludir à boa-fé processual como critério a ser utilizado dentro do processo hermenêutico, está-se a exigir que, em caso de dúvida ou obscuridade, a interpretação dos atos processuais privilegie, sempre que possível, o sentido mais conforme a coerência, a lealdade e a honestidade processuais entre as partes.

Tenta-se, com isso, impedir interpretações casuísticas e dirigidas a prejudicar a contraparte³⁰¹, donde se conclui que a boa-fé impõe a proibição de uma interpretação dolosa, que resulte em distorção da declaração volitiva, para dela extrair um sentido que ela não comporta.

Demais disso, o intérprete, para aferir o sentido das expressões, deve observar o seu uso anterior no processo, a fim de evitar interpretações contraditórias, no sentido de que, se uma determinada palavra vinha sendo utilizada, ao longo do processo, em uma certa acepção, não se pode, depois, dar a ela um significado diverso³⁰².

A partir disso, com o advento do atual CPC, que valoriza a autonomia da vontade, o princípio da boa-fé processual servirá para nortear a interpretação de todos os atos processuais postulatórios, dentre eles o pedido, que deve ser interpretado pelo conjunto da postulação (examinando-se o histórico das petições) e de acordo com a boa-fé processual (art. 322, §2º, do CPC).

Na prática, a regra inserta no art. 322, §2º, do CPC, que situa o princípio da boa-fé processual como vetor interpretativo para o pedido e demais atos

³⁰⁰ Rigorosamente, tal princípio exercerá esta função interpretativa, quando se destinar à interpretação de textos normativos mais específicos, constituindo-se, em situações desta natureza, “*decisões valorativas objetivas com função explicativa*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. cit., p. 85).

³⁰¹ Nota-se, por meio do exercício dessa função, a integração do conteúdo das vontades das partes, que mais do que consideradas como sobrepostas uma a outra, devem ser tidas como fundidas, analisando-se a todo o momento o interesse de ambas as partes (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 35-36).

³⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 10ª ed., 2015, p. 393.

postulatórios, afigura-se como indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo, tema complexo no direito processual civil.

Aliás, a postulação em geral deve ser compreendida, pelo juiz, à luz da boa-fé objetiva e de acordo com os usos do lugar da postulação, ou seja, se determinada interpretação se consolidou ao tempo da postulação, não se pode, depois, querer interpretá-la em sentido diametralmente oposto, ignorando o sentido que sempre se atribuiu às palavras empregados no pedido^{303 304}.

Lembre-se, por oportuno, que tais regras interpretativas devem aplicar-se não apenas ao pedido, como também aos demais atos postulatórios, tais como a contestação, a réplica e aos recursos, na medida em que todos consubstanciam, a rigor, declarações de vontade³⁰⁵.

De igual modo, a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé processual, consoante disposto no art. 489, §3º, do CPC, pelo que o decisório deve ser interpretado “*a partir de uma totalidade (do todo para a parte e da parte para o todo – o que se chama de círculo hermenêutico)*”, tendo como norte a boa-fé”³⁰⁶.

Aqui, não se trata de averiguar como os sujeitos processuais devem comportar-se ou agir no processo, mas de como eles devem interpretar o comando judicial, de como eles devem compreender o que foi decidido, consistindo, portanto, “*uma regra de comportamento no ato de interpretação e cumprimento da sentença ou acórdão*”³⁰⁷.

³⁰³ ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 322”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). FREIRE, Alexandre (coord. exec.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 469.

³⁰⁴ Para explicar melhor tal assertiva, invoca-se um exemplo trazido por Alexandre Freitas Câmara, a seguir transcrito: “*Se o autor passou toda a inicial a descrever um vício de consentimento de um contrato, gera-se, tanto para o demandado como para o órgão jurisdicional, a legítima expectativa de que aquela será uma demanda de anulação do negócio jurídico. Pode ocorrer, porém, de o autor escrever, em seu texto, que pretende a rescisão do contrato. O princípio da boa-fé, porém, exige que tal pedido seja interpretado como a manifestação de uma pretensão de anulação (e não de rescisão) do negócio*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 198).

³⁰⁵ Enunciado 286 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “*Aplica-se o §2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatórios, inclusive da contestação e do recurso*”; Enunciado 377 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “*A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos*”.

³⁰⁶ STRECK, Lênio. “Comentários ao art. 489”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 691.

³⁰⁷ Ibidem, p. 691.

Vale dizer, a norma extraída do texto do art. 489, §3º do CPC aponta para um dever de atribuir o sentido ao texto da decisão a partir de um referencial: a boa-fé objetiva³⁰⁸.

Neste particular, revela-se muito oportuno invocar, desde já, uma regra albergada no direito processual civil português, que concretiza o princípio da primazia do julgamento de mérito, a qual, sem dúvida, representa um reflexo desta função interpretativa do princípio da boa-fé processual.

O art. 186, §3º, do Código de Processo Civil português prevê que, se o réu contestar o pedido e alegar ser a petição inicial inepta, por faltar ou ser ininteligível o pedido ou a causa de pedir, será rejeitada a sua arguição, caso, ouvido o autor, em obséquio ao contraditório substancial, verificar-se que o réu, na verdade, interpretou convenientemente a petição inicial em seu favor.

Dito de outro modo: se o contestante conseguiu compreender eficientemente o sentido da demanda, possibilitando-lhe uma defesa plena, não há de se invalidar o ato postulatório, ainda que obscuramente formulado.

Na verdade, o objeto da averiguação, neste ponto, limita-se a se perquirir em saber se o réu, não obstante a imperfeição supostamente empreendida pelo autor, conseguiu apurar o sentido exato que ele pretendeu exprimir, garantindo, assim, a ausência de desvantagem para o demandado³⁰⁹.

Em geral, a parte demandada tem mais condições de compreender a postulação do autor do que o próprio juiz, na medida em que é implicada na situação material controvertida, ao passo que o magistrado conhece apenas aquilo que lhe é trazido nas petições das partes³¹⁰.

O réu sabe exatamente aquilo que o demandante pretende obter, donde algo que pareça objetivamente ininteligível ao juiz pode revelar-se perfeitamente claro à parte contrária, pois esta já conhece os fatos e os fundamentos jurídicos da pretensão deduzida pelo demandante.

Trata-se de regra por demais relevante, aplicável na órbita da interpretação dos atos processuais, especificamente do ato postulatório do autor, oriunda

³⁰⁸ “(...) A boa-fé é fundamento axiológico-normativo presente em todo o ordenamento jurídico e responsável por servir de parâmetro para considerar o exercício de determinado direito subjetivo como inadmissível” (SCHREIBER, Anderson. Ob. cit., p. 114).

³⁰⁹ SILVA, Paula Costa e. *O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. cit., p. 390.

³¹⁰ Ibidem, p. 377.

do direito português, que, embora não tenha correspondência no CPC brasileiro, evidencia uma concretização do princípio da primazia do julgamento de mérito.

De fato, poderia perfeitamente existir uma regra desta natureza na legislação processual civil pátria, em prol da preferência do julgamento de mérito, especialmente porque é compatível com o regime jurídico das invalidades processuais, cuja característica essencial é admitir a decretação da invalidade, apenas e tão-somente, quando houver a cumulação de dois requisitos, a saber: o defeito (no caso, a inépcia da petição inicial) aliado a um prejuízo dele decorrente, que, contudo, não se mostra presente na situação aventada, como se explicará no próximo capítulo.

Ora, como a imperfeição (falta de clareza) do ato postulatório, na prática, não frustrou o exercício do direito de defesa do réu, que compreendeu, sem maiores esforços exegéticos, o sentido da demanda, ou melhor, o vício do ato postulatório (a inépcia da exordial) não prejudicou o atendimento da finalidade (permitir o direito de defesa), sem acarretar nenhum prejuízo à contraparte, de sorte que, *ipso facto*, o ato postulatório não precisará ser invalidado, mas sim aproveitado.

Dessa narrativa, extrai-se uma conclusão inexorável: na ordem jurídica brasileira, o ato processual inepto não será necessariamente reputado inválido, mas apenas quando – e somente quando – dele resultar um prejuízo manifesto à contraparte, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, construído a partir dos textos dos arts. 188 e 277, do CPC, segundo o qual “*não há nulidade se não houver prejuízo*”, que será tratado no próximo capítulo desta dissertação.

Enfim, forçoso é admitir que o juiz deve utilizar, apenas como ponto de partida, a interpretação meramente literal, descartando a compreensão que contrarie formalmente o texto ou nele não encontre o mínimo de correspondência, mas, em acréscimo, deve complementar a tarefa interpretativa, realizando, ao final e ao cabo, também uma interpretação teleológica³¹¹.

Noutro ângulo do debate, como se sabe, a postulação inicial consiste em uma declaração de vontade³¹², e, como tal, precisa ser interpretada, por acarretar importantes consequências práticas³¹³, pelo que deve incidir, nesta tarefa interpretativa,

³¹¹ ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 322”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 469.

³¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 1, p. 03.

³¹³ “*Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação*”

a regra constante no art. 112 do Código Civil, segundo a qual se “*deve atender mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

Deste modo, a vontade é relevante para a interpretação de qualquer ato postulatório³¹⁴, fazendo-se necessário perquirir a vontade manifestada pelo postulante, para que se proceda à correta interpretação do referido ato postulatório³¹⁵.

Por tudo isso, percebe-se que o princípio da boa-fé processual possui uma nítida função hermenêutica, reforçada ao longo de todo o CPC, que coloca a boa-fé objetiva como vetor interpretativo para a resolução de diversas situações processuais (as quais não precisam ser detalhadas agora, por não fazerem parte do objeto central deste trabalho), pretendendo que o produto final do processo se ampare num referencial ético e coerente, representado pelo padrão da boa-fé objetiva.

3.5.5 Medidas concretizadoras do princípio da boa-fé processual

3.5.5.1 Generalidades

O art. 5º do CPC consagrou a norma-princípio da boa-fé processual, da qual se extraem algumas regras concretizadoras, previstas nos arts. 79 a 81, do mesmo diploma legal, que versam sobre a litigância de má-fé e podem dar ensejo à responsabilidade por dano processual causado às partes.

Como já ensaiado anteriormente, o modelo processual cooperativo se mostra como o mais adequado para concretizar o estado ideal de coisas perseguido pelo princípio da boa-fé processual, certo que sua estrutura está amparada sobre valores da

integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão-somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 36).

³¹⁴ O Enunciado 285 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis se orienta neste sentido: “a interpretação do pedido e dos atos postulatórios em geral deve levar em consideração a vontade da parte, aplicando-se o art. 112 do Código Civil”.

³¹⁵ “A postulação em juízo é uma declaração de vontade com no mínimo dois destinatários, a contraparte e o órgão jurisdicional. Por isso, se ambas as partes estão concordes em relação à interpretação da postulação, o problema da interpretação do pedido praticamente deixa de existir, ressalvadas as situações de processo simulado ou fraudulento” (SILVA, Paula Costa e. *O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. cit., p. 377-378).

democracia participativa, da solidariedade social, da ética e da lealdade processuais³¹⁶, conforme já explanado anteriormente.

Contudo, para se harmonizar com o princípio da boa-fé processual, o modelo colaborativo não pode limitar-se a exigir das partes uma atuação conforme a boa-fé subjetiva, mas é imperioso considerar objetivamente a boa-fé enquanto norma de conduta³¹⁷, independentemente da intenção volitiva do agente, estendendo o dever de sua observância além das partes, para atingir também o juiz³¹⁸.

De fato, o órgão jurisdicional se sujeita, no modelo colaborativo, ao atendimento de uma série de deveres de cooperação, que devem ser peremptoriamente atendidos, inclusive para concretizar o princípio da boa-fé processual e evitar, com isso, eventual abuso de poder pelo magistrado, de sorte que a boa-fé objetiva servirá de embasamento para a cooperação³¹⁹.

Por exemplo, para fins de concretização do princípio da boa-fé processual e, de resto, do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, tem-se o dever de prevenção imputado ao órgão jurisdicional, pelo qual o magistrado, sempre que possível, estará obrigado a tentar “salvar” o processo, através de uma conduta leal para com as partes, esforçando-se para alcançar o exame de mérito da questão controvertida.

Neste contexto, pode-se afirmar que existem, sim, legítimas expectativas surgidas no curso da relação jurídico-processual, tanto para as partes como para o juiz, as quais devem ser preservadas, em homenagem à boa-fé objetiva³²⁰ e à visão cooperativa de divisão de trabalho entre as partes e o órgão jurisdicional.

No entanto, ainda que, em tese, possa ser difícil vislumbrar sempre um comportamento cooperativo da parte adversa, a boa-fé objetiva permite que as partes confiem na atuação do juiz como agente responsável por coibir condutas indesejadas mediante a imposição de sanções disponíveis no sistema, até porque ele também se

³¹⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 299.

³¹⁷ “Por meio do estudo dos temas da boa-fé objetiva e da cooperação, buscou-se demonstrar que o sistema processual está pronto para exigir dos sujeitos que dele participam um comportamento qualificado, convergente com seus principais escopos, existindo mecanismos legislativos suficientes para incentivar um comportamento cooperativo, bem como para afastar condutas que inobservem os parâmetros de conduta ditados pela boa-fé” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 155).

³¹⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 302.

³¹⁹ “A boa-fé é, portanto, o parâmetro de conduta imposto aos sujeitos processuais, para que suas condutas sejam convergentes com a cooperação, não sendo demais ressaltar, como veremos mais adiante, que ela é também parâmetro para identificação de desvios de finalidade nas condutas processuais e, assim, permite que seja identificado o abuso do processo, que, uma vez reprimido, acaba por privilegiar a cooperação” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 148).

³²⁰ Neste ângulo da discussão, Brunela Vieira de Vincenzi sustenta que, por meio da observância da boa-fé objetiva no processo, “respeita-se também a legítima expectativa criada na contraparte e nos membros da sociedade, decorrente do comportamento adotado ou até pela imagem do obrigado” (Ob. cit., p. 159).

submete aos deveres de boa-fé e da cooperação, de modo que suas condutas também poderão ser reprimidas, na eventual hipótese de violarem o modelo cooperativo de processo³²¹.

Assim, em caso de violação à boa-fé objetiva, o sistema deve prever sanções processuais adequadas, as quais podem redundar na inadmissibilidade das postulações, inclusive na esfera recursal.

Examinando-se a redação aberta do art. 5º do CPC, percebe-se, claramente, a ausência de descrição de condutas e a indeterminação prescritiva das consequências decorrentes da eventual conduta não-tipificada, ou seja, não há, a rigor, descrição de condutas conforme ou contrárias à boa-fé objetiva, nem tampouco a previsão taxativa das sanções a serem impostas na hipótese de a norma ser descumprida.

Diante disso, a previsão do princípio da boa-fé processual, em forma de cláusula geral, confere poderes aos juízes, que, diante da abertura semântica do texto normativo, podem promover, mais intensamente, o estado de coisas instituído pelo mencionado princípio, já que serão muitas situações não tipificadas na legislação a merecerem a tutela judicial.

Eles – os juízes – terão ao seu dispor, em função da não-descritividade de condutas, um considerável campo argumentativo para definir quais serão as condutas contrárias aos padrões comportamentais éticos, podendo se valerem, em tais casos, de mecanismos de coerção apontados pelo sistema, a exemplo da regra permissiva prevista no art. 139, IV, do CPC.

Quando o juiz aplicar o princípio da boa-fé processual e, com isso, estabelecer seu consequente normativo (solução jurídica), a decisão passa a integrar a

³²¹ “(...) Não se pretende afirmar que as partes esperam, umas das outras, a cooperação, a honestidade e a veracidade sempre. Tal afirmativa seria minimamente ingênua, e bem distante da realidade. O que se afirma é que o sistema tem essa expectativa de comportamento qualificado dos sujeitos processuais, sendo um dos objetivos do processo incentivar a colaboração entre eles e resguardar a confiança emanada no desenvolver da relação jurídica processual. Em outras palavras, e principalmente no que diz respeito ao exercício de posições jurídicas processuais pelas partes não se espera que elas espontaneamente adotem comportamentos convergentes com a boa-fé. Mas os pressupostos fixados como escopos do processo, a compreensão de ser ele um instrumento público, bem como a identificação de mecanismos legislativos existentes com a finalidade de reprimir condutas contrárias à boa-fé e à cooperação, permitem-nos identificar uma expectativa do sistema processual com relação a seus sujeitos, de que entre eles se firmará e se desenvolverá uma relação de colaboração. E, ainda que haja motivos para desconfiança, deve-se confiar nos mecanismos do sistema para repressão de condutas que firam tais expectativas” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 156).

norma jurídica abstrata e edifica a norma concreta a partir da determinação ou concretização de conceito indeterminado contido no enunciado normativo³²².

No entanto, ao concretizar o princípio da boa-fé processual, o juiz terá, obrigatoriamente, que fundamentar a decisão, explicitando os motivos concretos da ocorrência, ou não, da boa-fé objetiva no caso concreto, em fiel observância da regra disposta no art. 489, §1º, II, do CPC, que, embora dirigida aos conceitos jurídicos indeterminados, aplica-se também, num exercício permitido de analogia, às cláusulas gerais, porque ambos constituem normas de textura aberta³²³. Se o juiz assim não o fizer, a decisão será nula, por falta de fundamentação (art. 1.013, §3º, IV, do CPC).

Seja como for, o certo é que as medidas de concretização do princípio da boa-fé processual, em grande medida, coincidem com condutas que também representam a concretização dos princípios da cooperação e do contraditório, dada a grande conexão de conteúdo entre estes princípios³²⁴.

3.5.5.2 A proibição do *venire contra factum proprium*

A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, tido, pela doutrina pátria, como um exercício inadmissível de uma conduta processual contraditória³²⁵.

³²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 5º”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 39.

³²³ “Apesar de o legislador referir-se somente ao conceito indeterminado, a previsão é estendida para conceitos vagos e ambíguos, aí incluída a cláusula geral. No conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago. Já nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem), como também aos efeitos” (GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “Breves considerações filosóficas, metodológicas e dogmáticas a respeito do dever de fundamentação no Novo Código de Processo Civil”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, jan-mar/2016, n. 93, p. 185-186).

³²⁴ “Antes mesmo da previsão do art. 6º do Novo Código, já era possível extrair a cooperação de outros princípios constitucionais, tais como o da democracia, do contraditório, do devido processo legal, da boa-fé e da solidariedade. Essas são suas bases constitucionais, e, mais do que isso, justamente para efetivar esses princípios no processo, o modelo cooperativo é apontado como o mais adequado. Nota-se, portanto, a relação de reciprocidade entre o modelo cooperativo e tais princípios: estes são o fundamento para aquele, ao passo que aquele é o modelo que melhor compreende estes” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 145).

³²⁵ “O *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo (...) A pessoa que manifeste a intenção de não praticar determinado acto e, depois, o pratique, pode ser condenada, em certas circunstâncias, ainda quando o acto em causa seja permitido, por integrar o conteúdo de um direito subjectivo” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. cit., p. 745-747).

De fato, como medida de concretização do princípio da boa-fé processual³²⁶, situa-se a vedação atípica de comportamentos contraditórios durante a marcha procedimental por todos os sujeitos processuais, inclusive pelo juiz, que consiste na máxima *nemo potest venire contra factum proprium* (“ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos”)³²⁷.

Todavia, não se trata de uma “proibição genérica” de toda e qualquer conduta contraditória, isto é, não se proíbe, aleatoriamente, qualquer comportamento contraditório, mas tão-somente aquele que, objetivamente considerado, quebre o dever de confiança³²⁸ no trato jurídico e viole à boa-fé objetiva³²⁹.

Demais disso, a relação entre a boa-fé objetiva e o *venire* será útil, porque a primeira se relaciona com a confiança, pressuposto indispensável para a vedação de comportamentos contraditórios, servindo como “o critério de decisão que faltava para que a boa-fé deixasse de ser uma figura amorfa, preenchendo-lhe o conteúdo da maneira concreta, afastando-se da abstração inerente ao puro conceito de boa-fé objetiva”³³⁰.

Então, como visto, a boa-fé objetiva funciona como uma das bases jurídicas para a incidência da proibição do *venire contra factum proprium*, porquanto, pela incidência do princípio da boa-fé processual, identifica-se um dever de coerência³³¹

³²⁶ Segundo Menezes Cordeiro, “a afirmação de que o *venire contra factum proprium* é aplicação da boa-fé ou, se se quiser, que o assumir de comportamentos contraditórios viola a regra da observância da boa-fé, é comum na doutrina e na jurisprudência”, mas o próprio autor critica tal assertiva, considerando a justificativa como fraca, ao afirmar que “o recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos”. E o autor arremata: “No fundo, a boa-fé funciona, aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou na pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa-fé – para a solução defendida” (Ibidem, p. 752-753).

³²⁷ “O *venire* é relacionado à boa-fé objetiva na sua função corretiva, ou seja, para concretizar a função impeditiva de exercício de direitos desempenhada pela boa-fé: o comportamento contraditório, de modo a contrariar o *standart* da boa-fé em seu sentido objetivo, enseja a proteção da confiança de modo que o exercício do segundo comportamento, apesar de lícito, é impedido pela incidência do *venire*” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 76).

³²⁸ Conforme lição de Anderson Schreiber, confiança que somente pode ser aferida no caso concreto, devendo ser entendida aqui como “uma adesão ao sentido objetivamente extraído do *factum proprium*” e não como um “estado psicológico, subjetivo sobre quem repercute o comportamento inicial” (In A proibição de comportamento contraditório. Ob. cit., p. 92-93).

³²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do ‘*venire contra factum proprium*’”. Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 376, p. 110, 2004.

³³⁰ “Usa-se a referência à boa-fé, portanto, como elemento legislativo de concretização da confiança, que, por sua vez, é o apoio e a justificativa axiológica para a incidência do *venire*” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 79).

³³¹ “A repugnância à incoerência é um sentimento tão inato ao ser humano quanto à própria incoerência. O comportamento incoerente, entendimento como aquele que se põe em desarmonia, em desconexão, e,

ao comportar-se perante a sociedade sempre que, por meio do exercício de uma conduta, tenham sido geradas expectativas em terceiros³³².

Trata-se, na definição de Fredie Didier Jr., de “proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência”³³³, sendo certo que o princípio da boa-fé processual proíbe tais comportamentos contraditórios, que passam, assim, a ser considerados como ilícitos processuais atípicos³³⁴.

Dito de outro modo: na adoção de eventual comportamento contraditório, evidencia-se uma quebra de confiança, porque se pratica uma conduta que, embora legítima se isoladamente considerada, revela-se contrária à boa-fé objetiva, quando, se confrontada com o comportamento anterior, tiver criado na contraparte uma expectativa legítima de que a última conduta não deveria ter sido realizada³³⁵.

Age em desconformidade com um comportamento adequado aquele que recorre contra uma decisão que aceitou, expressa ou tacitamente (art. 1.000 do CPC), ou pede invalidação de um ato cujo defeito foi por ele provocado, isto é, a parte cria dolosamente uma situação maculada por um vício processual para, posteriormente, quando lhe convier, dele tirar proveito (art. 276 do CPC).

São exemplos de ilícitos processuais típicos de proibição de exercício de uma situação jurídica em decompasso com a conduta anterior, capaz de ter criado na outra parte uma legítima expectativa e que, alterada de modo contraditório, cause-lhe prejuízo ou haja potencial prejuízo.

No âmbito do direito processual civil, poder-se-ia encaixar, perfeitamente, a proibição do *venire contra factum proprium* (inerente à cláusula geral

especialmente, em contradição com um comportamento anterior, é condenado em inúmeros registros da cultura universal” (SCHREIBER, Anderson. Ob. cit., p. 8).

³³² Nesse particular, revela-se fundamental a lição de Franscesco Astone: “é preciso que tenha havido uma conduta de um dos sujeitos que gerou, na mesma situação jurídica ou em situações jurídicas coligadas, uma expectativa legítima no outro sujeito, vindo tal expectativa a ser frustrada por uma segunda conduta. Esta última é, isoladamente considerada, lícita e conforme o direito, mas, uma vez ligada ao caso concreto, torna-se ilícita. Se esta última conduta contradiz a anterior que causou expectativa legítima na parte contrária e lhe acarretou prejuízos, há de ser considerada ilícita” (ASTONE, Franscesco. *Venire contra factum proprium*. Napoli: Jovene, 2006, p. 79-80).

³³³ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 126.

³³⁴ Ibidem, p. 126.

³³⁵ Na lição de Anderson Schreiber, “pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (I) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (II) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (III) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (IV) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição” (SCHREIBER, Anderson. Ob. cit., p. 86).

de proteção da boa-fé objetiva) na figura da preclusão lógica³³⁶, que consiste, em linhas gerais, na “*perda da faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com o seu exercício*”³³⁷, certo que ambas as figuras configuram-se a partir da comparação entre condutas incompatíveis entre si, fazendo surgir a possível consequência da ineficácia do comportamento incompatível³³⁸.

Melhor esclarecendo: a preclusão lógica consiste exatamente “*na impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior*”³³⁹, isto é, a prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar outro posteriormente, desde que seja com o primeiro logicamente incompatível.

Ultrapassado o conceito de preclusão lógica, cumpre, agora, saber se tal espécie de preclusão, além de atingir as partes, incide, outrossim, na atuação do juiz.

Trata-se de tema controverso, porque, embora a maioria da doutrina pátria se encaminhe pela admissão da incidência da preclusão lógica também para eventuais condutas assumidas pelo juiz³⁴⁰, há autores que não admitem tal incidência³⁴¹, ao sustentarem que tal modalidade de preclusão somente atingiria as partes.

³³⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Ob. cit., p. 293. Em sentido contrário, porém, Larissa Gaspar Tunala defende que preclusão lógica e comportamento contraditório não podem ser tidos como figuras idênticas, pois, para a autora, o *venire* não se limita às barreiras comumente impostas ao fenômeno da preclusão, porque comprometeria a sua funcionalidade (...) Para ela, o primeiro obstáculo para afirmar a coincidência total entre preclusão lógica e *venire* está na escassez do estudo doutrinário sobre a preclusão lógica propriamente dita, chegando a afirmar que: “(...) São tantas as questões envolvendo o tema, que o enfrentamento de pontos específicos sobre a preclusão lógica é uma raridade: normalmente, os estudos limitam-se a apontar a existência da preclusão tendo por causa a incompatibilidade de condutas, e apenas são citados dois ou três exemplos práticos de situações em que ela se faz presente” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 246).

³³⁷ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 478.

³³⁸ TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 246.

³³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. cit., p. 209.

³⁴⁰ Neste sentido, orientam-se os Enunciados 375 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual “o órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva” e o 376 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, pelo qual “a vedação de comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”.

³⁴¹ Larissa Gaspar Tunala entende que o único fato gerador da preclusão para juiz é a consumação, ou seja, a impossibilidade de rever a decisão anterior se dá pelo simples fato de o tema já ter sido enfrentado, de modo que revisitações comprometeriam a celeridade e a segurança do processo, valores que justamente são protegidos pela preclusão. Para a referida autora, “considerando que a preclusão para o juiz, por ter como causa a consumação de decisão anterior, já impede que o tema seja reenfrantado a despeito de haver risco de decisão contraditória ou não, em um primeiro momento, sequer se faria necessária a incidência do *venire* para o órgão judicial, sendo a preclusão para o juiz um mecanismo bastante eficaz para obstar contradições entre decisões” (TUNALA, Larissa Gaspar. Ob. cit., p. 251-252).

Todavia, esta dissertação adota a tese de que a preclusão lógica pode, sim, atingir o magistrado, que não poderá, mediante a prolação de decisões contraditórias entre si mesmas, quebrar as expectativas legítimas das partes, criadas a partir do próprio comportamento do órgão jurisdicional, o que, de resto, violaria a boa-fé objetiva, porquanto ao juiz também se estende a necessidade de observância do dever de coerência.

Para comprovar tal assertiva, basta invocar um simples exemplo hipotético citado por Fredie Didier Jr., referente à impossibilidade de se julgar improcedente o pedido formulado na demanda, por falta de prova, quando o juiz sequer oferece a oportunidade de produção probatória para a parte autora, jogando antecipadamente o mérito da lide (arts. 355 e 356, ambos do CPC)³⁴².

Realmente, em situações desta natureza, a sentença de improcedência do pedido, sob o argumento de que o autor não logrou comprovar o direito alegado, viola, simultaneamente, a boa-fé objetiva, o princípio da cooperação e a garantia do contraditório, podendo ser invalidada com base em qualquer uma destas três ofensas, por configurar uma manifestação judicial sobre a qual incidiu a figura da preclusão lógica.

Tratando sobre o tema, Antônio do Passo Cabral, amparado na noção de proteção da confiança legítima, vai mais além, ao admitir que até as nulidades absolutas podem deixar de ser reconhecidas, caso tenha transcorrido longo lapso temporal sem que nada a respeito tenha alegado as partes ou decidido o juiz.

Neste contexto, o aludido autor defende a perda do poder do juiz de conhecer uma nulidade absoluta, caso tenha havido um longo decurso de tempo, de modo a criar expectativas legítimas nas partes, fundadas na confiança de que tal nulidade não seria mais conhecida pelo órgão jurisdicional (denominada pelo autor de “preclusão lógica do poder de decidir”)³⁴³.

³⁴² DIDIER JR. Fredie. “Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil”, *Revista autônoma de processo*. Curitiba: Juruá, n. 3, p. 211-212, abr./jun.2007.

³⁴³ “(...) Aqui focamos apenas a hipótese de ausência de decisão. Quando se omite em decidir no saneador, transmitindo aos demais um padrão de conduta significativo, perde o juiz, pela preclusão lógica, o poder de decidir. No que tange aos atos estatais, justifica-se a vedação de condutas incompatíveis no princípio da proteção da confiança, que atua pela estabilização das relações jurídicas, inclusive da relação jurídica processual. A proteção da confiança oferece segurança jurídica na tutela das expectativas dos sujeitos não estatais, forte na preservação das situações constantes e estáveis contra modificações jurídicas posteriores. E mesmo as chamadas ‘nulidades absolutas’ podem precluir por comportamento contraditório. Uma aplicação dessas ideias seria no que diz respeito à preclusão do poder judicial de declarar a incompetência absoluta depois de omissão conclusiva em sentido contrário” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., 128).

Para fins de caracterização da proibição do *venire contra factum proprium*, citam-se como exemplos, no âmbito do direito processual civil, as seguintes condutas contraditórias, praticadas tanto pelas partes como pelo próprio julgador, que configuram hipóteses de ocorrência da preclusão lógica, a saber: a) o recorrente desiste expressamente do recurso, através de uma cota ou petição nos autos, mas, posteriormente, volta atrás na sua manifestação, interpondo o recurso ainda dentro do prazo recursal³⁴⁴; b) o órgão julgador, num primeiro momento, releva a necessidade de preparo do recurso, em face da justa causa, mas, no julgamento respectivo, considera o recurso deserto, por ausência da prova do evento alheio à vontade do recorrente³⁴⁵; c) o tribunal reputa intempestivo um recurso interposto que considerou como termo inicial do prazo a data fixada incorretamente pelo próprio tribunal através de disponibilização do andamento processual pela internet³⁴⁶.

3.5.5.3 A *supressio*³⁴⁷ e a *surrectio*

Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé³⁴⁸, instituto cuja origem remonta à jurisprudência alemã, a partir da aplicação da cláusula geral da boa-fé, prevista no §242 do BGB tedesco³⁴⁹.

³⁴⁴ AgRg no RE nº 613.043/SC, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, j. 09/12/16, DJ de 19/12/16, cujo acórdão concluiu que: “após a desistência da pretensão recursal, devidamente homologada, não cabe à parte processual *retomar* as alegações deduzidas no recurso extraordinário, à luz do princípio da boa-fé processual”.

³⁴⁵ REsp nº 1.116.574/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 14/04/11, DJ de 27/04/11, cujo acórdão concluiu que: “todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou – quando não precisa fazê-lo – a intimação para recolhimento do preparo”.

³⁴⁶ REsp nº 1.324.432/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 17/12/12, DJ de 10/05/13, cujo acórdão concluiu que: “A jurisprudência, coerentemente, deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário. Ainda que não se afirme que o prazo correto é aquele erroneamente disponibilizado pela internet, não é razoável frustrar a boa-fé que deve orientar a relação entre os litigantes e o Judiciário”.

³⁴⁷ Esta expressão foi sugerida por Menezes Cordeiro com objetivo de distinguir este instituto de outros, tais como a caducidade, a decadência, a preclusão e o exercício inadmissível do direito, pretendendo maior rigor científico na nomenclatura a ser utilizada sobretudo nos países latinos (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. cit., p. 797).

³⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. cit., p. 797.

³⁴⁹ “(...) *Foram, no entanto, as perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e, sobretudo, pela inflação, que levaram à consagração dogmática definitiva da supressio. No primeiro caso, registraram-se alterações imprevisíveis nos preços de certas mercadorias, ou dificuldades acrescidas na realização de determinados fornecimentos. Em consequência dessas alterações, o exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes. O segundo,*

A *supressio* seria, então, o efeito de um fato jurídico que tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte³⁵⁰, sendo certo, neste particular, que o exercício tardio de um direito é, via de regra, abusivo e contrário à boa-fé objetiva, na medida em que a inércia do titular do direito por um tempo gerou no outro sujeito da relação jurídica a confiança legítima de que essa situação jurídica não mais seria exercida³⁵¹.

Contudo, importa pontuar que a deslealdade, na *supressio*, não reside no retardamento, em si mesmo considerado, mas sim na violação às legítimas expectativas de quem imaginou que o direito não mais seria exercitável³⁵².

Na realidade, a *supressio* e a *surrectio* são institutos que se complementam, pois decorrem da mesma situação fática, representando duas visões acerca do mesmo fenômeno, sendo a primeira “a perda de uma situação jurídica ativa de vantagem, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo uma expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida”³⁵³, de modo que o exercício tardio desse direito seria abusivo e contrário à boa-fé objetiva³⁵⁴.

Dentro desta problemática, afigura-se muito oportuno, agora, invocar um precedente do STF, que serve como exemplo concreto e emblemático da ocorrência da *supressio* no âmbito do direito processual civil, no qual se superou a decadência do direito de impetrar mandado de segurança, para conceder a segurança requestada, justamente pelo longo transcurso de tempo entre a concessão da medida liminar e o julgamento definitivo de mérito do *mandamus*.

Passa-se a examinar tal precedente oriundo do STF³⁵⁵, por demais adequado e apropriado, para caracterizar a figura da *supressio* como mecanismo facilitador do julgamento de mérito.

através do chamado direito da valorização monetária, marcaria, pelas aplicações permitidas à supressio, a sua consagração definitiva” (Ibidem, p. 801).

³⁵⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 127.

³⁵¹ “(...) *supressio* significa o desaparecimento de um direito, não exercido por um lapso de tempo, de modo a gerar no outro contratante ou naquele que se encontra no outro polo da relação jurídica a expectativa de que não seja mais exercido. Pode-se dizer que o que perdeu o direito teria abusado do direito de se omitir, mantendo comportamento reiteradamente omissivo, seguido de um surpreendente ato comissivo, com que já legitimamente não contava a outra parte” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A supressio e o direito à prestação de contas*. São Paulo: RT, 2012. v. 915, p. 279).

³⁵² SCHREIBER, Anderson. Ob. cit., p. 124.

³⁵³ DIDIER JR. Fredie. “Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do “duty to mitigate de loss” no processo civil”. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, set-out/2009, n. 32, p. 33.

³⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. cit., p. 797.

³⁵⁵ STF, MS 25.097/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 28/03/17, DJ de 05/05/17.

No referido julgamento colegiado, entendeu-se que se operou a decadência do direito de se impetrar o *mandamus* por ter sido manejado após cento e vinte dias contados da ciência do ato impugnado (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), mas, não obstante esta constatação, avançou-se na análise do mérito da pretensão, notadamente porque a impetrante tinha uma expectativa legítima de que a sua situação jurídica permaneceria favorável, diante do longo período no qual a liminar produziu efeitos.

Explica-se. No caso concreto, a impetrante estava sendo beneficiada por uma decisão liminar, que se protraía no tempo, há mais de doze anos, razão pela qual o STF decidiu superar a preliminar de decadência do direito de impetrar o *mandamus*, avançando em direção ao julgamento do mérito, até em homenagem à estabilização das situações de fato objetivada pelo sobreprincípio da segurança jurídica.

Para melhor compreensão da temática, transcrevem-se trechos do voto do relator:

“(...) É preciso ponderar que a discussão poderia ter sido igualmente suscitada por via da ação ordinária. Com efeito, a impetrante, ainda, poder-se-ia ter valido de ação ordinária, no caso de haver obtido, em tempo razoável, provimento jurisdicional desfavorável, em que se reconhecesse a decadência do direito de impetrar este *writ*. (...) Assim, atento ao decurso de mais de doze anos desde o deferimento da medida cautelar em benefício da impetrante, não julgo oportuno declarar pura e simplesmente a decadência do direito de impetrar a presente ação mandamental. É preciso encontrar solução alternativa que leve em consideração a eficiência processual e a primazia da decisão de mérito, normas fundamentais já inclusive incorporadas à estrutura do novo processo civil brasileiro pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (...) Registro, ademais, que a legislação processual mais recente é farta em exemplos nos quais o rigor formal cede diante da preponderância da questão de mérito (...). De mais a mais, esta Corte possui farta jurisprudência quanto à superação de óbices processuais, quando necessário, para avançar no mérito dos processos (...). Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, também, tem precedentes paradigmáticos, no sentido de preservar a segurança jurídica, diante da concessão de medidas liminares em processos cujos méritos só são definitivamente julgados muitos anos depois. (...) Feitas essas considerações, entendo que este caso enquadra-se em situação excepcional que legitima a flexibilização do formalismo em favor do enfrentamento da questão constitucional debatida nos autos”(...).

Como se percebe, trata-se de julgamento paradigmático, que reforça a relevância do princípio da primazia do julgamento de mérito, nas situações que afrontem à boa-fé objetiva, da qual a *supressio* é figura parcelar, amparado no entendimento de que a formalidade não pode sobrepor-se à função da prestação

jurisdicional (*form follows function*), pois, se acolhida a decadência, poder-se-ia ter uma decisão judicial formalmente adequada, mas substancialmente injusta³⁵⁶.

Passa-se, agora, ao exame da *surrectio*, que, por sua vez, representa “*exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissor*”³⁵⁷.

Melhor dizendo: conquanto ambas as figuras integrem o mesmo fenômeno, a *surrectio* é a face oposta da *supressio*, observada do ponto de vista da parte favorecida com esse não-exercício do direito por algum tempo, mas que passa a possuir uma posição jurídica ativa, surgida com a prática contínua e reiterada de certas condutas aliada à inércia do antigo titular do direito subjetivo em tela³⁵⁸.

3.5.6 Segurança jurídica e a proteção da confiança legítima

A segurança jurídica representa uma noção associada à própria ideia de Direito, que é *controlável* pela dogmática jurídica, que torna o Direito, em maior grau, *cognoscível* e *calculável*³⁵⁹. Ela se revela, especificamente no âmbito jurídico, como um valor fundamental do Estado de Direito³⁶⁰, que se caracteriza pela submissão do Estado ao ordenamento jurídico com a finalidade de garanti-la a seus cidadãos, ou seja, relaciona-se à “tendência de todo regime no sentido de ‘assegurar’ algo aos homens e de se assegurar a continuidade”³⁶¹.

Neste sentido, o Direito deve proporcionar segurança e certeza à vida social, permitindo que as pessoas possam saber as consequências jurídicas dos fatos ou atos jurídicos³⁶², a ponto de garantir uma previsibilidade jurídica para os atos praticados

³⁵⁶ Retirou-se um pequeno trecho do voto-vista do Min. Edson Fachin, prolatado neste julgamento, diante da excelência dos argumentos trazidos, para complementar a conclusão da análise deste precedente.

³⁵⁷ DIDIER JR. Fredie. “Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do “duty to mitigate de loss” no processo civil”. cit., p. 33.

³⁵⁸ Segundo Marcelo Dickstein, são necessários cinco requisitos cumulados para a configuração de ambos os institutos, a seguir delineados: 1) uma conduta inicial reiterada sendo comissiva para a *surrectio*; 2) a legítima confiança justificada pelo decurso do tempo; 3) a existência de um comportamento contraditório que, em um segundo momento, irá frustrar as expectativas da contraparte, já que será realizado em desacordo com a conduta adotada anteriormente; 4) a existência de prejuízo, já que a segunda conduta deve piorar a situação do expectante; 5) a identidade de sujeitos (*in A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: supressio e surrectio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 130).

³⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 305-308.

³⁶¹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56.

³⁶² MARTINS-COSTA, Judith. “A ressignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança”. In: ÁVILA, Humberto (org.).

em sociedade, fazendo com que os jurisdicionados possam planejar-se e se organizar de acordo com as decisões tomadas pelo Poder Judiciário de dado país.

Nesta perspectiva, o ordenamento jurídico deve ser encarado como uma técnica destinada a diminuir a incerteza e a instabilidade no convívio social³⁶³, donde a segurança jurídica representa, sem dúvida, um ideal a ser atingido e tutelado, evidenciando o seu caráter normativo e principiológico, razão pela qual está sujeita à relatividade própria dos princípios, já que ela “*está imersa em um conjunto normativo, que está repleto de outros importantes princípios, com os quais eventualmente colidirá e, daí, será imprescindível sua ponderação*”³⁶⁴.

Rigorosamente, a segurança jurídica consiste numa norma jurídica, do tipo sobreprincípio, que serve como substrato teórico para muitos outros princípios jurídicos, configurando, na verdade, uma norma intrinsecamente relacionada com a construção do racional do Direito, a partir da preservação de um mínimo de cognoscibilidade (ou compreensibilidade), estabilidade e previsibilidade.

A cognoscibilidade é um aspecto fundamental para qualquer sistema jurídico, porque as pessoas precisam conhecer previamente o Direito, para que possam cumprir adequadamente as normas jurídicas, isto é, a cognoscibilidade relaciona-se com a possibilidade de conhecimento prévio das fontes normativas³⁶⁵, concretizando-se, com isso, a finalidade precípua do Direito de guiar o comportamento dos sujeitos³⁶⁶.

Trata-se de atributo essencial do sobreprincípio da segurança jurídica, na medida em que serve, inclusive, para que os advogados possam orientar, tecnicamente, as partes acerca do comportamento a ser adotado em uma dada situação, pelo que a cognoscibilidade exige clareza, precisão e inteligibilidade dos textos normativos (características que, de resto, também são exigidas em toda e qualquer manifestação jurídica), cuja redação deve ser, necessariamente, coerente e, enfim, devidamente publicada em órgão oficial de publicação³⁶⁷.

Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

³⁶³ BOBBIO, Norberto. *La certezza del diritto è un mito?* *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1951, v. XXVIII, p. 146-152.

³⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. cit., p. 97.

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 353.

³⁶⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 4.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 4.

Por seu turno, a estabilidade consiste na dimensão da segurança jurídica vinculada ao passado³⁶⁸, relacionando-se com a continuidade do direito, que, todavia, não se confundem com imutabilidade, pois a estabilidade pressupõe uma “*margem permitida de alterabilidade, paradigma a partir do qual não se procura impedir a mudança, mas evitar transições abruptas*”³⁶⁹. Permitem-se, sim, mudanças, desde que não cause danos ou prejuízos aos cidadãos, não atinjam situações consolidadas e que não sejam desprovidas de critérios previamente definidos³⁷⁰.

Assim se sucede, porque, embora seja indubitoso que o direito precisa de mudanças, também é fora de dúvidas que a reformulação do direito deve seguir padrões jurídicos em prol da própria necessidade de estabilidade, garantindo o controle jurídico a partir da racionalidade da mudança³⁷¹.

Deveras, faz-se necessário um certo grau de estabilidade no direito, de modo a garantir um rigor maior nas eventuais tentativas de modificação, funcionando a estabilidade, em consequência, como um instrumento de concretização da cognoscibilidade, e, de resto, da própria segurança jurídica, ao gerar um dever de proteção da confiança dos cidadãos nas normas jurídicas.

Bem é dizer: a estabilidade não significa a imutabilidade do direito, mas sim a repulsa às mudanças aleatórias e voluntaristas, desprovidas de quaisquer critérios objetivos, as quais, realizadas deste modo, afrontariam, em última análise, a liberdade e a dignidade das pessoas³⁷².

Já a previsibilidade, por seu turno, é o aspecto da segurança jurídica vinculada ao futuro³⁷³, porquanto, em qualquer sistema jurídico, os jurisdicionados somente poderão planejar, antecipadamente, as suas vidas e os meios pelos quais atingirão as suas metas, caso possuam, ao menos, uma previsão razoável da aplicação futura do direito nas decisões judiciais³⁷⁴.

³⁶⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. cit, p. 5.

³⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. cit., p. 314.

³⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. cit., p. 5.

³⁷¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. cit., p. 290-291.

³⁷² Conforme lição de Paulo Otero, a dignidade da pessoa humana, como direito fundamental estruturante, serviria como critério de ordenação das relações sociais e, ademais, imporia limites à atuação estatal que lhe limite ou prejudique, sendo imperioso, portanto, o respeito à segurança jurídica, como manancial mínimo para a afirmação do indivíduo (OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 560-566; p. 572-574).

³⁷³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2011. p. 201.

³⁷⁴ Neste particular, sobressai-se a lição de Manuel Atienza, para quem a segurança jurídica é importante para que o cidadão possa definir seu próprio comportamento e suas ações, devendo, na medida do possível, saber os efeitos de suas ações e as possibilidades de reação de terceiros perante elas (ATIENZA,

De mais a mais, a previsibilidade traz consigo uma outra função relevante, que, certamente, contribui para a prática de qualquer ato ou negócio jurídico, pois facilita a orientação dos advogados a seus clientes, na tentativa de realizar uma atividade profissional mais eficiente, evitando-se, ou, ao menos, reduzindo-se a litigância (irresponsável e temerária) sobre questões jurídicas estabilizadas³⁷⁵.

Dissecados os conceitos dos três atributos da segurança jurídica – cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade –, cumpre informar que ela abrange, outrossim, o instituto da proteção da confiança legítima, que decorre tanto do princípio da boa-fé processual³⁷⁶, como do sobreprincípio da segurança jurídica³⁷⁷.

Grande parte da doutrina trata a confiança legítima como um princípio jurídico autônomo³⁷⁸, diferenciando-a da segurança jurídica, sob o argumento de que a primeira seria subjetiva e a segunda, objetiva, donde o “princípio” da confiança seria, portanto, a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica³⁷⁹.

Entretanto, esta dissertação adota a tese contrária³⁸⁰, segundo a qual a proteção da confiança legítima não se reveste de caráter principiológico, sob o entendimento de que é muito difícil definir as suas bases normativas, configurando, por

Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho. El canon neoconstitucional*. Tradução Miguel Carbonelli. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 266). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2009. p. 120-123.

³⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. cit., p. 104.

³⁷⁶ Apontando a proximidade entre o princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 255. Neste mesmo sentido, sustentando que a proteção da confiança legítima decorre da boa-fé objetiva, já que os atos estatais não podem ser contraditados legitimamente quando gerem prejuízos a terceiros de boa-fé: MARTINS-COSTA, Judith. “A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos”. cit., p. 114.

³⁷⁷ Sobre a relação entre boa-fé objetiva, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança, confira-se: MAFFINI, Raffael Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS. Porto Alegre, 2005. p. 40-57.

³⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. “A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos”. cit., p. 113-114; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. cit., p. 129; TORRES, Heleno Taveira. Ob. cit., p. 209-210; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 261-262; DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 155-162.

³⁷⁹ Fredie Didier Jr. sustenta que “o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face particular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre os conceitos” (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 155).

³⁸⁰ Este trabalho concorda com as teses encampadas por Leonardo José Carneiro da Cunha (*in Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. cit., p. 06) e por Lucas Buril de Macêdo (*Precedentes judiciais e o direito processual civil*. cit., p. 106-107), que não reconhecem a condição de princípio à proteção da confiança legítima.

isso, uma categoria que precisa ser necessariamente preenchida para a concretização da segurança jurídica, esta sim dotada de conteúdo normativo³⁸¹.

A par disso, percebe-se, claramente, que, com a proteção da confiança legítima, tem-se um verdadeiro reforço da segurança jurídica e, concomitantemente, uma latente manifestação do princípio da boa-fé processual, certo que a quebra de expectativas legítimas tende a ser valorada como violação ou ruptura do próprio direito³⁸².

Enfim, a confiança legítima tem, como função básica, assegurar uma estabilidade às expectativas legítimas diante da atuação estatal, envolvendo a defesa de posições jurídicas dos cidadãos perante as mudanças estatais, sejam elas normativas ou jurisprudenciais³⁸³.

O sujeito, ao exercer a sua liberdade por confiar na aparente validade de um ato normativo ou de um precedente jurisprudencial, não pode ter as expectativas frustradas em razão da descontinuidade da vigência da norma em que se respaldou para a prática do ato, seja por mudança, revogação ou invalidação.

³⁸¹ Realmente, não se justifica diferenciar a segurança jurídica da proteção da confiança, alegando-se ser a primeira objetiva e a segunda, subjetiva, porquanto “(...) *tanto as hipóteses clássicas da segurança como as que envolvem a confiança legítima são subjetivas, no sentido de que são atribuídas a sujeitos quando há sua incidência; aliás só uma concepção extremamente racionalista poderia visualizar um princípio exclusivamente objetivo, toda norma necessariamente se subjetiva*” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. cit., p. 106-107).

³⁸² FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 18.

³⁸³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Niterói: Impetus, 2009, p. 59.

4 O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE INVALIDADES E O REFORÇO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO CPC

4.1 Generalidades

Não se pretende aqui afirmar que houve a criação de um novo sistema de invalidades processuais com o advento do atual CPC, mas sim que, verdadeiramente, ocorreu um aprimoramento deste regime, a partir do repertório teórico trazido pelo modelo cooperativo de processo e do reforço da instrumentalidade das formas como premissa essencial a ser adotada para se decretar uma invalidade processual³⁸⁴.

De fato, não obstante as regras relativas ao regime de nulidades previstas no CPC/1973 tenham permanecido quase que inalteradas no atual CPC, é correto afirmar que o contraditório, da maneira como concebido atualmente, passou a repercutir sobremaneira no reconhecimento e na aplicabilidade das nulidades processuais.

Com efeito, em regra, é vedado ao juiz proclamar uma nulidade, ainda que se trate de vício cognoscível de ofício, sem antes oportunizar à parte interessada o direito de se manifestar sobre o tema, na tentativa da sanção de eventuais defeitos presentes no processo³⁸⁵.

Realmente, passou-se a reconhecer o contraditório como direito fundamental de participação no processo e de influência nas decisões judiciais (arts. 7º, 9º e 10, do CPC), do qual decorre, em regra, o dever de o juiz consultar previamente à parte interessada acerca de algo que lhe possa ser contrário, oriundo do princípio da cooperação (art. 6º do CPC).

Assim, tornou-se vedado ao órgão jurisdicional, em regra, decretar uma invalidade processual sem antes ouvir a parte interessada a respeito da questão, tentando-se evitar, com isso, as decisões-surpresa, exceto nas situações expressamente ressalvadas na própria legislação.

³⁸⁴ “Fato é que as questões que envolvem as invalidades processuais precisam ser pensadas em um âmbito mais amplo do que o do capítulo das invalidades. Por isso, quando o CPC/2015 abre espaços para a edição de negócios jurídicos processuais, determina significações fortes ao contraditório – com a exigência de oitiva prévia das partes para a tomada de qualquer decisão – ou estabelece os fundamentos para a cooperação, além de reger pontualmente esses institutos, produz reverberações no formalismo estabelecido que repercutem ativamente no trato das invalidades” (SCARPARO, Eduardo. “Invalidades processuais no Código de Processo Civil de 2015”. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Doutrina selecionada – parte geral*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.454).

³⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 44.

Demais disso, a mencionada repercussão das premissas do modelo processual cooperativo no âmago do sistema de nulidades do CPC valoriza, por via reflexa, a própria concretização da norma da primazia do julgamento de mérito (art. 4º do CPC), na medida em que se passa a exigir do órgão julgador um dever argumentativo mais qualificado para fundamentar e decretar uma invalidade processual, abrindo-se espaço, exatamente por isso, em inúmeras situações previstas ao longo do CPC, para a sanção de defeitos processuais corrigíveis.

Num segundo momento, este capítulo abordará as noções essenciais dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, nitidamente reforçados no processo cooperativo, que servem como pressuposto lógico para a compreensão e para eventual aplicação das nulidades processuais, sustentando, nesse sentido, que o atual CPC se afastou do modelo de cominação adotado no CPC/1973, sem conferir a mesma relevância atribuída a essa tipologia de nulidades pelo diploma legal revogado.

Realmente, a possibilidade de se “consertar” um defeito deixou de estar ligada à sua gravidade (modelo que distingue as nulidades em graus de gravame)³⁸⁶, passando a se relacionar com a possibilidade material de o defeito ser sanado se não houver risco a que outro direito seja, em contrapartida, ofendido a partir dessa sanabilidade do ato processual defeituoso.

De igual modo, ainda nesta vertente, o capítulo procurará demonstrar que, atualmente, priorizou-se o reforço da máxima “não há nulidade sem prejuízo” (*pas de nullité sans grief*), buscando-se aproveitar o ato viciado (aquele praticado com desrespeito às formas legais), sem se decretar a consequência sancionatória (a nulidade) daquele ato, seja ela cominada em lei ou não cominada em lei, permitindo-se a geração de seus efeitos, desde que atingida a finalidade do ato e ausente qualquer carga de lesividade às partes.

³⁸⁶ Neste sentido, cumpre relembrar a advertência de Fredie Didier Jr., para quem “*não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada (...), não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades. Qualquer teorização a respeito do assunto seria bastante precária, porquanto dependente sempre do direito positivo – seria uma teoria pautada em conceitos jurídico-positivos*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 454). Seguindo a mesma linha de pensamento, consulte-se: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-142; MITIDIERO, Daniel. “O problema de invalidades dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, n. 35, p. 55-56, 2005.

Num terceiro momento, abordar-se-ão algumas regras já existentes no CPC/1973, mas que foram aprimoradas no atual CPC por força da adoção do modelo cooperativo de processo, as quais, amparadas nos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, concretizam, rigorosamente, o princípio da *primazia do julgamento do mérito*, edificando-o como uma das premissas fundamentais do atual direito processual civil brasileiro.

4.2. A influência do modelo processual cooperativo no regime de invalidades processuais do CPC e a importância da teoria comunicativa das invalidades

Uma das premissas do modelo cooperativo de processo é permitir uma maior participação das partes na construção da decisão judicial, conferindo uma maior legitimidade democrática ao processo decisório, mediante um diálogo amplo e efetivo dos sujeitos processuais, e não uma mera participação formal, justamente para contrabalancear o aumento de poderes do juiz^{387 388}.

De fato, o processo cooperativo impõe, claramente, uma modificação no regime das invalidades no direito processual civil brasileiro, na medida em que tal modelo se revela incompatível com a noção tradicional da instrumentalidade do processo (enquanto fase metodológica), cuja base teórica valoriza o hiperpublicismo processual³⁸⁹ e torna irrelevante a vontade das partes no desenvolvimento do procedimento, pois destaca, demasiadamente, a figura do juiz³⁹⁰.

³⁸⁷ Apontando a cooperação como uma espécie de limite ao poder do juiz: ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196. Neste sentido: “o preço que o juiz paga pelo aumento de seus poderes é o estabelecimento de prévio diálogo entre as partes” (SICA, Heitor Vítor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164-165).

³⁸⁸ Neste particular, consoante ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha, este foi um dos objetivos da reforma processual portuguesa, quando a exposição de motivos do Decreto-Lei 329-A/1995 estabeleceu que “a garantia da prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais ativa das partes no processo e na formação da decisão” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. cit., p. 28).

³⁸⁹ Embora seja certo que o conceito de comunidade de trabalho processual tenha nascido na obra do processualista austríaco Franz Klein, que já concebia uma forma de cooperação entre juiz e partes (*Arbeitsgemeinschaft*), não é menos exato que a atual concepção dessa comunidade de trabalho, porém, deve ser completamente diferente, pois o CPC consolidou a superação do processo hiperpublicista inspirado no modelo de Klein, acolhendo definitivamente o modelo de processo participativo. Sobre o ponto, confira-se: PICARDI, Nicola. “Le riforme processuali e sociali di Franz Klein”. *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, v. 2, p. 16, 2012.

³⁹⁰ A propósito, Ravi Peixoto bem delineou a questão, ao afirmar que: “O modelo proposto pela mera instrumentalidade das formas não é mais suficiente dentro do panorama doutrinário alcançado na atualidade. As justificativas antes utilizadas para a análise da invalidação dos atos baseadas em

A par disso, o regime de invalidades previsto no atual CPC procurou afastar-se, de certo modo, do modelo simplista de consecução dos fins (adotado pela fase metodológica do instrumentalismo do processo), ou melhor, de tendência à decretação da invalidade, propugnando-se, agora, pela análise normativa da relevância da atipicidade no ambiente comunicativo do processo.

Em outras palavras, deve-se levar em consideração as repercussões do ato na dinâmica processual, sendo despicienda a análise de uma gradação legal dos defeitos, sob um ponto de vista estático, como ainda rotineiramente se faz, dividindo-se as nulidades em absolutas e relativas ou cominadas e não-cominadas em lei.

Com base nesse raciocínio, Antônio Cabral sustenta a denominada “teoria comunicativa das invalidades”³⁹¹, apontando que a decretação da invalidade dependerá da análise do ato na dinâmica processual, sendo possível que um ato seja, em tese, nulo, se observado de modo estático, mas conserve sua validade, caso considerado no curso do procedimento mediante a aplicação do sistema de preclusões, acordos e renúncias.

Segundo esta teoria, eventual decretação de nulidade deveria repercutir num contexto de encadeamento dos atos processuais, a ponto de não permitir uma análise isolada do ato defeituoso, por si só considerado, mas sim a partir de sua inserção como parte do procedimento³⁹², rejeitando-se, pois, uma abordagem estática em prol de uma dinâmica reflexiva.

Propugna o processualista carioca uma abordagem dinâmica do ato processual, diversa de sua consideração estática, fotográfica, considerando o contexto da obra, do procedimento, o qual passa a ser visto na perspectiva, por assim dizer, de um filme, ao afirmar que “*se o processo de formação da decisão é um procedimento construtivo dinâmico, a nulidade só pode ser analisada no desenvolvimento da relação jurídica processual e no palco das interações difusas que a compõem*”³⁹³.

afirmações do tipo “no processo, os meios devem servir às finalidades” e a própria concepção instrumentalista do processo não é mais adequada por destacar demasiadamente a figura do magistrado” (PEIXOTO, Ravi Medeiros. “O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do fato processual”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, out-dez/2014, n. 60, p. 108).

³⁹¹ Esta teoria se baseia na necessidade de tratar as nulidades sob uma perspectiva das consequências do ato na dinâmica processual (*Nulidades no processo moderno*. cit., p. 277-362).

³⁹² A partir disso, a decretação da nulidade exige ofensa ao que Cabral tem por influência-reflexiva que caracteriza o contraditório, ao afirmar que: “o signo que autoriza a invalidação é a significação comunicativa destrutiva de pureza dialógica. E a significação comunicativa do defeito formal é a repercussão ou interferência do vício na higidez do ambiente dialético do processo” (Ibidem, p. 275).

³⁹³ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 273.

Bem por isso, este trabalho parte da premissa que a interpretação das normas (princípios e regras) extraídas do regime de invalidades previsto no CPC deve calcar-se, fundamentalmente, na supracitada teoria, que apregoa a análise do procedimento como um todo valorizado pela troca de interações subjetivas da relação processual, e não sob uma perspectiva simplista da análise entre meios-fins.

Para tanto, impõe-se aperfeiçoar e aplicar as normas que compõem o regime das invalidades processuais, de modo a se evitar, ao máximo, a decretação desta sanção ao ato processual defeituoso, enaltecendo daí a força do princípio da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, que resguardam a “salvabilidade” dos atos processuais defeituosos.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que, no atual CPC³⁹⁴, deu-se ênfase a uma leitura do princípio da instrumentalidade das formas sob a ótica cooperativa, pelo qual quase todos os vícios, inclusive os mais graves, podem ser naturalmente sanados (desde que o ato defeituoso tenha atingido a finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes), devido à necessidade de observância das premissas do modelo cooperativo de processo, representadas pelo respeito ao contraditório substancial e pela valorização da chamada “comunidade de trabalho”.

Bom é dizer: os vícios dos atos processuais, em regra³⁹⁵, quando não acarretarem prejuízos, devem ser, sempre que possível, sanados em homenagem ao reconhecimento do princípio da *primazia do julgamento do mérito* como uma das premissas fundamentais do atual modelo processual cooperativo pátrio.

4.3. O trato das invalidades processuais no atual CPC

³⁹⁴ Segundo Eduardo Scarparo, engana-se quem, a partir da singela comparação entre o texto dos capítulos designados “Das nulidades”, dos atual CPC e do CPC/1973, pensa que não houve significativas mudanças no trato das invalidades processuais pelo atual CPC, ao afirmar que “*a pouca reforma nas letras do título sobre invalidades não importa insignificância nas considerações sobre a temática, tendo em conta o novo diploma processual*” (...) “*ocorre que a compreensão desse complexo tema transpassa o respectivo capítulo do Código e se insere umbilicalmente no formalismo processual. Busca, portanto, anteparos na significação do papel do processo civil no ordenamento jurídico, na conformação que a lei dá aos direitos fundamentais e na distribuição de poderes entre as partes, terceiros e juiz*” (SCARPARO, Eduardo. “Invalidades processuais no Código de Processo Civil de 2015”. cit., p. 1.453).

³⁹⁵ Diz-se “em regra”, porque, como já ressaltado anteriormente neste trabalho, haverá vícios insanáveis, que, excepcionalmente, não permitirão a correção do defeito, a exemplo da falta de interesse de agir recursal e da intempestividade recursal, que funcionam, dentre outros, como verdadeiros limites dogmáticos à aplicação da norma da primazia do julgamento do mérito, inviabilizando, em tese, a sua concretização em situações desta natureza.

4.3.1 O plano da validade como campo de incidência das invalidades processuais e a presunção de validade *prima facie* do ato processual

Logo de início, invoca-se, por oportuna, a definição de Marcos Bernardes de Mello, ao preceituar que “*na classificação dos fatos jurídicos, diz-se ato jurídico lato sensu aquele em que a vontade consciente constitui o elemento-cerne de seu suporte fático*”³⁹⁶, o qual se divide em atos jurídicos processuais em sentido estrito e negócios jurídicos processuais, nos quais está presente o elemento volitivo essencial.

Vale dizer, os atos jurídicos processuais em sentido amplo abrangem todos os atos do procedimento, não só os praticados internamente no processo, como também os demais atos praticados antes ou externamente ao processo, mas que, de algum modo, interfiram no desenvolvimento da relação jurídico-processual³⁹⁷.

Por seu turno, os atos jurídicos processuais em sentido estrito são manifestações ou declarações de vontade, que visam à criação, modificação ou extinção de situações processuais, em que a parte “*não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica*”³⁹⁸, entretanto seus efeitos são “*previamente estabelecidos pelas normas jurídicas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados*”³⁹⁹.

Assim, como manifestações de vontade humana que são, os atos jurídicos processuais passam, ao lado dos negócios jurídicos processuais, pelo plano da validade, onde é examinado o preenchimento do suporte fático do ato, para analisar se ele sofrerá, ou não, os rigores do sistema de invalidades processuais.

Em outras palavras, transitam pelo plano da validade apenas os atos jurídicos em sentido amplo (que se dividem em atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos), os quais reclamam a análise da adequação da vontade⁴⁰⁰, donde os

³⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.

³⁹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 3, p. 16.

³⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 35.

³⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 155.

⁴⁰⁰ “*Se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (o ato jurídico stricto sensu e o negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante*” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. cit., p. 103).

conceitos de ‘validade’ ou ‘invalidade’ somente se referem a eles, porque representativos de atos humanos que, primeiramente, entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos^{401 402}.

Ou seja, as normas contidas no título das “nulidades” no CPC, que devem ser examinadas a partir das normas fundamentais do processo, aplicam-se, exclusivamente, no plano da validade, que se refere – repita-se - aos atos jurídicos em sentido amplo, cujo suporte fático empresta relevância à vontade humana⁴⁰³.

Assim, reputa-se fixada, ainda que resumidamente, a primeira premissa fundamental à compreensão do tema: a problemática a ser analisada relaciona-se, exclusivamente, ao plano da validade dos atos processuais, nada tendo a ver com os planos da existência (onde não se pode sequer falar em validade ou invalidade, porque o ato nem existe) nem o da eficácia (que se relaciona com a produção de efeitos).

E, para complementar esta premissa, entende-se que a análise da validade dos atos processuais é decorrente da desconformidade entre o ato praticado e o tipo legal, independentemente do sujeito que pratica o ato processual, quer seja o magistrado ou os auxiliares de justiça, quer sejam as partes⁴⁰⁴.

Nesse momento, cabe uma consideração para a delimitação do objeto deste tópico, bem como, de resto, para toda a problemática envolvida no sistema de nulidades: como os atos processuais devem ser considerados, *a priori*, válidos (presunção de validade *prima facie*)⁴⁰⁵, ao juiz não é necessário afirmar ou justificar a validade de um ato processual toda vez que este for praticado por ele ou qualquer outro sujeito processual, prevalecendo daí uma espécie de “inércia argumentativa”⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ “Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou morte, ou a avulsão, ou o pagamento, valha. Não tem sentido. Tampouco a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 4, p. 39).

⁴⁰² Como se sabe, o plano da validade se diferencia do plano da existência (no qual ingressam tanto os fatos jurídicos naturais como os atos-fatos), distinção relevante para este trabalho, porque “o ato inexistente não pode ser convalidado nem sanado, enquanto o ato defeituoso pode sê-lo” (Ibidem, p. 68).

⁴⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 450.

⁴⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 91-92. Diversamente, outros autores retiram da análise do sistema de invalidades os atos praticados pelas partes, sob o entendimento de que as infrações legais por elas realizadas são resolvidas no plano da eficácia, tese com a qual não adere este trabalho, bastando citar: MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1, p. 318; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no código civil e no direito processual civil”. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.). *Impactos processuais no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 193.

⁴⁰⁵ A expressão foi cunhada por Antônio do Passo Cabral (*Nulidades no Processo*. cit., p. 201-202).

⁴⁰⁶ Para melhor compreensão do significado da expressão “inércia argumentativa”, Jaldemiro Ataíde Júnior invoca como metáfora a noção física da *inércia* como uma tendência de seguir as soluções

Em outras palavras: não é preciso que o juiz sempre afirme a validade do ato, bastando praticá-lo ou dar continuidade ao procedimento, mas, do contrário, caso seja necessário decretar uma invalidade, medida excepcional no processo, aí, sim, o magistrado deverá, mediante uma argumentação mais qualificada, demonstrar e, sobretudo, fundamentar a invalidade processual.

Assim o é, porque, como os atos do processo devem ser considerados válidos aprioristicamente, o juiz, para inverter a preferência normativa e decretar a invalidade processual, precisará de um dever de fundamentação muito mais acentuado⁴⁰⁷.

Com efeito, devido à presunção de validade *prima facie* dos atos processuais, o magistrado deverá fundamentar, adequada e satisfatoriamente, suas decisões para invalidar um ato processual específico, não devendo limitar-se a sustentar que este último descumpriu a formalidade legalmente exigida, o que, de resto, possibilita uma maior racionalidade e controlabilidade dos critérios de aferição⁴⁰⁸.

De mais a mais, na decisão judicial que analisará o defeito de um ato processual, deverá ocorrer uma ponderação entre a presunção de validade destes atos, o princípio da economia processual e a importância da violação ocorrida no ambiente comunicativo do processo.

preconcebidas pelo sistema, que atua em graus diversos e a que correspondem ônus argumentativos mais fortes ou mais fracos. Para o autor, na física, a inércia é a tendência de um corpo conservar o seu estado de movimento se nenhuma força atuar sobre ele, ou melhor, é a tendência de um corpo permanecer em repouso, caso nenhuma força resultante aja sobre ele, ou, se, em movimento, manter a sua velocidade, direção e sentido, a não ser que uma força resultante atue sobre ele (*in* “O Princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 229, p. 377-417, mar. 2014).

⁴⁰⁷ Segundo Jaldemiro Ataíde Júnior, “*transplantando-se os ônus argumentativos para o interior de uma demanda judicial eles podem assumir a feição tanto de um ônus processual, como de um dever processual, ou até dos dois simultaneamente. No interior de uma demanda judicial os ônus argumentativos se transmudam em ônus processual-argumentativo (para as partes); em dever de fundamentação qualificada (para o juiz) ou, simultaneamente, em ônus processual-argumentativo e dever processual-argumentativo (para as partes). Conforme se depreende da própria noção de ônus processual, não há que se falar em ônus processual com relação ao juiz, pois apenas às partes se atribuem ônus. Ao juiz são impostos deveres*” (*In A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. cit., p. 277).

⁴⁰⁸ Neste ponto, relativamente à ocorrência da “inércia argumentativa”, é possível fixar uma espécie de analogia, *mutatis mutandis*, com o direito constitucional, no qual prevalece uma presunção *prima facie* de constitucionalidade das leis, de sorte que, para o juiz ou o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, haverá de haver, outrossim, um reforço argumentativo, certo que esta também deve ser a última medida a ser adotada. Neste sentido, confira-se a seguinte lição doutrinária: “*Não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade*” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183).

A solução, neste caso, não aceitará generalizações, sendo certo que o juiz deverá examinar, caso a caso, sopesando, outrossim, a prejudicialidade e a finalidade do ato perpetrado dentro da dinâmica processual⁴⁰⁹, que sofre interferências intersubjetivas recíprocas ao longo do seu *iter*.

A importância do sistema de invalidades processuais é, em última análise, funcionar como uma “forma de controle às avessas”, não no sentido tradicional de controle de comportamento por meio de imposição de sanções, mas no sentido moderno que seria próximo à ideia de “manutenção de equilíbrio”⁴¹⁰, servindo como um mecanismo indispensável para outorgar maior previsibilidade aos atos processuais com vistas à preservação da segurança jurídica.

Ora, considerando que a finalidade do sistema de invalidades é a proteção da ordem jurídica e, por conseguinte, da própria segurança jurídica, forçoso é conceituar a invalidade processual como uma modalidade de sanção⁴¹¹ imputada às hipóteses em que se reconheça que o ato processual foi praticado sem o preenchimento de algum requisito tido como relevante.

De fato, a invalidade deve ser concebida como uma sanção que, por sua vez, pode estar prevista explícita ou implicitamente na norma jurídica, de modo que o descumprimento da norma pode ensejar a decretação da invalidade, mesmo que o texto da lei não contenha, expressamente, essa previsão⁴¹².

Entretanto, um defeito pode, ou não, acarretar uma nulidade, ou a própria invalidade poderá deixar de ser proclamada, em certas situações, donde se extrai a conclusão de que existem defeitos que não geram invalidade, por se tratarem de meras irregularidades, as quais, mesmo sendo inobservada a formalidade estabelecida, não

⁴⁰⁹ Neste ponto, tem-se por acertada a posição de Antônio Cabral, que propõe uma análise dinâmica de eventual imperfeição formal, somente se chancelando irrestrito respeito à forma, quando estiver em risco o próprio contraditório, isto é, a própria compreensão do processo (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 185).

⁴¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 187.

⁴¹¹ A doutrina, em sua maioria, admite essa qualificação de sanção às invalidades processuais, bastando, dentre muitos, citar os seguintes autores que concordam com esta premissa: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. cit., p. 144-145; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 12-17; CABRAL, Antônio do Passo, *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 31-32.

⁴¹² Segundo Pontes de Miranda, “*tem-se que colher o conteúdo da regra jurídica para se saber se o negócio jurídico a infringe; se infringe, não se precisa ir além na verificação da ofensa e da sanção: é a de nulidade, salvo se outra foi proferida*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. cit., p. 246).

merecem sofrer a sanção de anulação, a exemplo de “o advogado realizar uma sustentação oral sem as vestes talaes regimentalmente exigidas”⁴¹³.

Realmente, nem todo ato defeituoso será inválido, pois a invalidação dependerá do defeito contido no ato, devendo-se levar em consideração, no caso concreto, as consequências da decretação de nulidade. Então, o defeito pode ser considerado irrelevante, o ato processual defeituoso pode ser substituído por outro ato válido, ou pode ser aproveitado em razão de ter alcançado a sua finalidade e não ter causado prejuízo.

Dito de outro modo, nem toda violação a uma norma jurídica tem como consequência a decretação da sanção de invalidade processual, sendo necessário, para tanto, distinguir os tipos de defeito processual, a partir do regime jurídico aplicável à sanção de invalidade, que dela é decorrente, para, com isso, constatar se o defeito pode gerar, ou não, qualquer invalidade.

Desse modo, a invalidação de todo o procedimento (cuja denominação legal é inadmissibilidade) está relacionada à ausência de um dos requisitos de admissibilidade do processo, atingindo o processo como um todo, quando se se deparar com os chamados “vícios de fundo”, por se relacionarem aos pressupostos processuais positivos de existência e de validade e aos pressupostos processuais negativos⁴¹⁴.

Com efeito, nem todo ato processual defeituoso pode redundar em juízo de inadmissibilidade do processo, sendo necessário um “plus”, qual seja, o defeito deste ato tem que impedir que o objeto litigioso seja apreciado – e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado.

A rigor, o processo será considerado totalmente inválido, quando houver *“uma consequência (invalidade) que decorre de um defeito no fato jurídico que lhe deu causa ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele ato originário – e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso”*⁴¹⁵.

4.3.2 O pronunciamento judicial como condição necessária para a configuração das invalidades processuais

⁴¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 455.

⁴¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 225.

⁴¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 352.

A segunda premissa, não menos relevante ao entendimento do assunto, reside na distinção a ser empreendida entre as invalidades na teoria geral do direito (e no direito civil) e no direito processual civil, porque, embora se possa partir das noções do ato jurídico em geral (atinentes à teoria geral do direito), não se deve desconsiderar as particularidades do ato jurídico processual, sobretudo porque o processo como *“ramo do direito público, certamente deve conviver com especificidades normativas próprias”*⁴¹⁶.

Realmente, é essencial atentar para esta diferenciação, especialmente porque, como o processo é composto por uma série de atos sucessivos e interdependentes, unidos por uma coesão finalística indissociável, seria inviável aplicar ao procedimento a metodologia dos atos jurídicos em geral, pois os atos processuais devem ser analisados conjuntamente, dada a sua estruturação teleológica⁴¹⁷.

A partir desta explanação, sustenta-se que o ato processual defeituoso (aquele que não possui algum elemento necessário do seu suporte fático) não é, em si mesmo, inválido aprioristicamente, porque ele existe e, portanto, pode originariamente produzir efeitos até que seja reconhecida e decretada⁴¹⁸ a sua invalidade, através de um pronunciamento jurisdicional, responsável por aplicar a aludida sanção.

Trata-se, na verdade, de uma regra implícita no sistema positivo brasileiro, segundo a qual o ato processual defeituoso é, desde a sua gênese, eficaz até que seja invalidado. Vale dizer, *“o que existe antes da decretação judicial é um ato portador de defeito decorrente de ter sido praticado em desconformidade com o preceito normativo, mas isso ainda não significa ser um ato inválido”*⁴¹⁹, de sorte que a invalidade vem atrelada, inegavelmente, à usurpação de efeitos do ato inválido.

⁴¹⁶ “Com efeito, observamos diferenças na disciplina das nulidades na teoria geral do direito (e no direito civil) para o direito processual. No âmbito do direito material, a nulidade priva o ato de toda a eficácia, independentemente de desconstituição ou decretação judicial. O ato nulo, em tese, não produz efeitos. No direito processual, ao revés, a situação é diversa. Enquanto não pronunciada a invalidade, o ato produz efeitos validamente e a relação processual se mantém, podendo ocorrer inclusive sanatória do vício pela coisa julgada” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 25).

⁴¹⁷ Ibidem, p. 26.

⁴¹⁸ Para Marcos Bernades de Mello, “a invalidade constitui-se numa sanção que deve ser “decretada”, e não declarada, pelo órgão jurisdicional, porque a declaração ocorre no caso do inexistente jurídico (para alguns, ato inexistente), precisamente porque nunca existiu, nunca foi” (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*. cit., p. 102).

⁴¹⁹ MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier, o ato defeituoso será capaz de produzir efeitos, tendo uma espécie de “vida artificial”⁴²⁰ até quando for decretada judicialmente a sua invalidade.

Desta maneira, no direito processual civil, ou juiz decreta a sanção da invalidade e, com isso, determina a perda, parcial ou total, dos efeitos do ato defeituoso, ou, simplesmente, não pronuncia a invalidade, mantendo, portanto, incólumes os efeitos do ato processual, sem se falar em invalidade.

Com efeito, a invalidade é considerada como uma sanção, que somente pode ser reconhecida judicialmente, isto é, apenas a partir do comando judicial aplicador da sanção (invalidade), é que se pode, rigorosamente, falar em ato processual inválido e, conseqüentemente, na inaptidão deste ato para continuar produzindo os efeitos desejados por seus realizadores.

Logo, revela-se atécnica a costumeira associação da invalidade ao próprio vício/defeito, certo que a invalidade não se identifica com o vício, não constitui o vício, que é antecedente necessário da invalidade⁴²¹, mas não suficiente, porque será preciso, em complemento, um pronunciamento judicial a respeito.

Destarte, mesmo quando viciado o ato processual, ele será considerado válido até que o juiz pronuncie a invalidade, pronunciamento este que – repita-se – reveste-se de um caráter essencial, para infirmar a validade do ato, qualificando-se, afinal, como uma condição necessária para se configurar, juridicamente, a nulidade.

Esta é, aliás, a característica essencial da invalidade, qual seja, a de ser considerada uma sanção imputável a um ato processual defeituoso, uma consequência jurídica pelo descumprimento de norma jurídica⁴²², que, na ordem prática, priva o ato viciado de sua eficácia.

⁴²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 146.

⁴²¹ Neste sentido: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 207; DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989, p. 43. Na doutrina italiana, avulta, na mesma direção, a lição de Enrico Redenti, que afirmou: “Di nullità, o meglio invalidità, invece, si dovrebbe parlare quanto l’atto, sebbene mancante di certi requisiti, sia tuttavia di per sé produttivo di effetti, ma possa esser successivamente dichiarato nullo od annullato, per mezzo di un provvedimento del giudice, onde escludere la sua attitudine a produrre effetti per il seguito, e far cadere, eventualmente, quelli che esso avesse già prodotti. Nel qual caso, è soltanto il provvedimento che ‘pronuncia la nullità, il quale opera come praticamente ostativo. Se quel provvedimento non segua (nei modi e nei termini di legge), il vizio diventa irrilevante” (*Profili pratici del diritto processuale civile*, 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1939. p. 519).

⁴²² TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16.

Então, o ato processual defeituoso existe e, portanto, produz efeitos validamente até que seja decretada a sanção da invalidade pelo juiz, retirando-lhe a eficácia a partir daquele momento.

Ademais, tal imprescindibilidade do reconhecimento judicial para caracterizar a invalidade processual impõe considerar a natureza constitutiva negativa (e não meramente declaratória), da decisão judicial que invalida um ato processual, com eficácia, porém, *ex nunc*, salvo expressa determinação em contrário, pois o ato processual produz efeitos regularmente até a sua invalidação⁴²³.

Todas estas explicações acima articuladas autorizam as importantes conclusões de que, a rigor, “a distinção entre nulidade e anulabilidade, própria do Direito Civil, é ignorada ou excluída no âmbito dos atos processuais”⁴²⁴, bem como “soa irrelevante, no processo, a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa”^{425 426}, porquanto, em regra, todos os defeitos/vícios podem ser sanados ou desconsiderados no processo, desde que não impeça a finalidade do ato.

Forçoso é concluir, pois, que tentar classificar as nulidades no direito processual civil é uma tarefa extremamente complexa, porque, como é sabido, as teorias de classificação devem basear-se em conceitos lógico-jurídicos, mas, nesse caso, esta discussão é de direito positivo, com conceitos jurídico-positivos⁴²⁷.

4.3.3. O atual CPC previu um princípio da “sanabilidade” das invalidades processuais?

A terceira premissa útil à perfeita compreensão desta temática é a de que o sistema de invalidades processuais foi construído exatamente para não se decretarem,

⁴²³ “(...) se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos ‘até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de admissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia *ex nunc*, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia *ex tunc*, que a princípio não se reputa conveniente, tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade), no caso do procedimento” (DIDIER JR., Fredie Didier. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49).

⁴²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 259.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁴²⁶ Nesse ponto, tem razão Leonardo Greco, ao afirmar que é estranho imaginar, no processo, que um ato seja eficaz, num primeiro momento, e ineficaz, em um outro momento posterior, o que ocorreria com os atos “anuláveis” no direito privado, de modo que as anulabilidades neste previstas deveriam ser tratadas sempre como nulidades no âmbito processual, sendo incabível, neste último, a dualidade “nulo-anulável” (GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. II, p. 267).

⁴²⁷ Como bem afirma Pontes de Miranda, “a consequência da deficiência no suporte fático não é afeta a uma questão de lógica jurídica, mas dependerá do regime jurídico adotado pelo sistema jurídico” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. cit., p. 36).

de plano, as nulidades⁴²⁸, porquanto a “*decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito – situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja*”^{429 430}.

Pontes de Miranda, a propósito, já consignara que o capítulo de nulidades do CPC/1973 representava uma disciplina de salvação das imperfeições, ao afirmar que: “*o que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação*”⁴³¹, o que, de resto, também se aplica ao atual CPC, que se encaminhou neste mesmo sentido.

O atual CPC, à semelhança do que ocorreu no CPC/1973, dedicou um título específico, precisamente o Título III, denominado “Das nulidades” (arts. 276 a 283), para tratar dos vícios dos atos processuais, prescrevendo princípios e regras gerais para reconhecimento e aplicação das chamadas “nulidades processuais”, destinados a sistematizar a aplicação da sanção de invalidade.

No direito processual civil, todos os defeitos, por mais grave que sejam, podem ser sanados, ainda que aptos a gerar a invalidade processual do procedimento como um todo ou de um de seus atos⁴³², exceto quando impedem a consecução da finalidade do ato, em situações excepcionais que desautorizarão a sanação do vício, as quais serão oportunamente tratadas neste capítulo mais adiante.

A propósito, Calmon de Passos denominou esse defeito de “atipicidade relevante”, capaz de autorizar a decretação da sanção de invalidade, conceituando tal

⁴²⁸ Nisso residia a antiga preocupação de Carnelutti, ao considerar a extinção do processo sem exame do mérito, tal qual a suspensão do processo, como manifestações da “*crise do procedimento*”, na medida em que o processo, em ambas as situações, não chegaria ao final, para o qual todos os demais atos do processo estavam direcionados, que é a solução do objeto litigioso (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2, p. 171).

⁴²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. cit., p. 29.

⁴³⁰ Aliás, esta é premissa defendida, categoricamente, ao longo de toda esta dissertação, no sentido de que a extinção do processo sem resolução do mérito, por força da decretação de uma invalidade processual, deve ser, em regra, a última opção a ser adotada pelo aplicador do direito, somente quando não houver outra alternativa consentânea com o sistema ou se não tiver a mínima condição de aproveitamento dos atos processuais praticados ao longo do procedimento, como, v.g., em alguns casos de vícios insanáveis, os quais serão oportunamente tratados neste trabalho.

⁴³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3, p. 353.

⁴³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, p. 36, 1990.

defeito como “o que impede o ato de alcançar sua finalidade, sendo que a intangibilidade do fim sempre viria atrelada à produção do prejuízo”^{433 434}.

Para o processualista baiano, a invalidade, considerada como sanção que passa a existir apenas a partir do reconhecimento judicial, somente deverá ser decretada quando se estiver diante de um ato processual defeituoso atípico relevante. Então, esta atipicidade adquirirá os contornos de “relevante” se - e somente se - impedir o ato processual de atingir a sua finalidade, a qual, por sua vez, não será alcançada, sempre quando sobrevier prejuízo para uma das partes⁴³⁵.

Assim, a infração à forma será relevante (denominação utilizada por Calmon de Passos) quando comprometer a *finalidade legal* do ato (art. 277) e causar *prejuízo aos fins de justiça* do processo (art. 282, §§1º e 2º e 283, parágrafo único, todos do CPC), ou será irrelevante, quando poderá ser sanada, impedindo-se que o ato defeituoso seja decretado como inválido⁴³⁶.

Diante disso, diversamente do que ocorre no Direito Civil, não existem invalidades processuais de “pleno direito”, certo que elas precisam ser decretadas pelo órgão julgador, quando causarem prejuízo para uma das partes⁴³⁷ por não alcançarem a finalidade do ato, pois “não há nulidade sem prejuízo” (*pás de nullité sans grief*), princípio axiomático francês que orienta a sistemática das invalidades no processo.

⁴³³ “Convencendo-se de sua imperfeição, deve analisar a relevância ou a irrelevância dessa imperfeição. Será irrelevante se a atipicidade, embora existente, não obstar fosse alcançado o fim a que se destinava o ato ou o tipo arguido de inválido. Caso entenda ter havido prejuízo para os fins de justiça do processo em virtude da imperfeição decretará a invalidade do ato ou do tipo” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit., p. 146-147).

⁴³⁴ Adotando tese diversa à encampada por Calmon de Passos, Galeno Lacerda, em 1953, ao sistematizar as invalidades processuais, não atribuiu maior relevância à análise do atingimento da finalidade do ato, sem mencionar importância quanto à constatação se o ato causou, ou não, prejuízos às partes, adotando como norte de sua classificação as características da norma violada pelo ato processual praticado, tese com a qual não adere este trabalho (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 72-73).

⁴³⁵ Vale rememorar a advertência de Calmon de Passos quanto ao liame existente entre a ideia de prejuízo e a de finalidade, quando afirmou que “não nos foi possível, por outro lado, encontrar um só exemplo prático, em centenas de decisões examinadas, que nos autorizasse a distinguir prejuízo e intangibilidade do fim. Sempre que se afirma prejuízo, o fim do ato deixou de ser atingido. Sempre que se declara a intangibilidade do fim, se constata o prejuízo” (Ob. cit., p. 133).

⁴³⁶ Fredie Didier Jr., acompanhando as lições de Calmon de Passos, bem delimitou o problema, ao sustentar que “a invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas nulidades absolutas” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. cit., p. 29).

⁴³⁷ “O CPC, assim como já o fazia o CPC/1973, não admite o “fetichismo” de forma, possibilitando, sim, o suprimento ou repetição de alguns atos defeituosos, ainda que cominada pena de nulidade, se não houver prejuízo para as partes” (HOMMERDING, Adalberto Narciso. “Comentários ao art. 276”. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 376). Demais disso, ao revés, não se repetirá o ato nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte, conforme a dicção do art. 282, §1º, CPC.

Significa dizer, em outras palavras, que, atingida a finalidade do ato processual, não deve ser decretada a sua invalidade, mesmo que o ato esteja viciado, porque o defeito é, rigorosamente, desconsiderado, por se ter alcançado a finalidade⁴³⁸.

Esta dissertação concorda com tal premissa, pois parece inapropriado classificar, tipologicamente, as invalidades processuais em nulidades cominadas e nulidades não cominadas, sendo certo cogitar apenas do termo “invalidade processual”, até porque, no direito processual civil, ou o vício é relevante e pode acarretar a invalidade, ou é irrelevante, e, por isso mesmo, não merece ser sanado⁴³⁹.

Trata-se de sanção do defeito corrigível, ensejando a validação posterior do ato jurídico processual, cuja aplicação, porém, não pode ser absoluta, porquanto, em algumas situações, antes de se considerar sanado um defeito por força do atingimento de sua finalidade, é essencial observar se os direitos processuais da parte adversa àquela que praticou o ato processual defeituoso estão sendo violados⁴⁴⁰.

Entretanto, convém relembrar, ainda que seja para se discordar, que parte da doutrina entende que o critério de “ausência de prejuízo” somente se aplicaria às nulidades relativas, mas jamais às absolutas⁴⁴¹.

Sendo assim, a despeito de tal posicionamento doutrinário, ao qual esta dissertação não adere, é indubitoso que a decretação de qualquer nulidade, seja ela cominada ou não cominada em lei, sujeita-se à verificação do suporte fático composto, consubstanciado na presença do defeito conjugado com a demonstração do prejuízo, que impede o ato de atingir a sua finalidade⁴⁴².

⁴³⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 43.

⁴³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit., p. 141-142; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 309.

⁴⁴⁰ Neste sentido, leia-se o exemplo trazido por Roberto P. Campos Gouveia Filho: “Posso dizer que, se o defeito do ato praticado por alguém ofender direitos de outrem (no caso da RJP, de uma parte para outra), esse defeito não pode ser puramente desprezado pelo atingimento da finalidade. É o caso, por exemplo, do autor que não especifica adequadamente o réu, dando azo à citação por edital. Ora, no caso, o autor deixa de cumprir um ônus processual, causando um defeito no processo, e, se o juiz pura e simplesmente desconsiderar a não observância de tal ônus, baseando-se na finalidade do ato, será violado o direito processual do réu a ser regularmente citado” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Comentários ao art. 277”. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Lualri, 2017. t. 1, p. 432).

⁴⁴¹ Para Eduardo José da Fonseca Costa, por exemplo, manteve-se a distinção entre nulidades cominadas e nulidades não cominadas no CPC, de sorte que, na sua ótica, o âmbito de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas se limitaria apenas aos atos para os quais se preveja forma determinada sem cominação de nulidade em lei (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Comentários ao art. 188”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 288).

⁴⁴² CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001. p. 166.

Tenha-se como exemplo uma hipótese apontada por inúmeras vezes para comprovar a conclusão acima, qual seja, a da citação absolutamente nula que, mesmo efetivada em desconformidade com as prescrições legais, poderá ser sanada, caso o réu compareça tempestivamente e conteste o pedido inicial, pois o ato processual, mesmo viciado originariamente, atingiu a finalidade e não causou prejuízo às partes.

Pode-se entender, ainda a título exemplificativo, através de uma interpretação sistemática, que, descumprido o art. 10 do CPC (decisão sem prévia oitiva das partes), a decretação de nulidade só ocorrerá se for demonstrado efetivo prejuízo, ou seja, se a parte apresentar algum argumento relevante que poderia ter levado ao conhecimento do juiz no momento não oportunizado⁴⁴³.

A partir destas premissas, é correto afirmar que o atual CPC erigiu a sanabilidade dos atos processuais defeituosos ao *status* de princípio⁴⁴⁴, qualificando-o como uma de suas premissas basilares, ao tornar evidente, em vários de seus dispositivos, a preocupação em evitar a decretação das invalidades processuais, de modo a evidenciar que a pronúncia de nulidade é, verdadeiramente, uma medida de caráter excepcional do processo⁴⁴⁵.

4.4 A potencialização da instrumentalidade das formas no atual CPC

4.4.1 Generalidades

De início, é preciso fixar os conceitos de forma e de vício formal, que servirão para subsidiar toda a compreensão deste tópico.

Rigorosamente, a forma representa o modo pelo qual a vontade (elemento-kerne do suporte fático dos atos jurídicos processuais, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello), é exteriorizada no mundo jurídico, funcionando, portanto, como pressuposto para a existência de um ato jurídico processual.

⁴⁴³ Adota-se, aqui, para pôr uma pá de cal nesta discussão, a definição muito didática oferecido Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem “(o) vício por maior que seja a sua gravidade, não deve ser decretado se: (a) pode ser corrigido; (b) não gerou prejuízo; (c) o ato cumpriu sua finalidade” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 177).

⁴⁴⁴ Neste sentido, orienta-se o Enunciado n. 278 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”.

⁴⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 257.

Por isso, pode-se afirmar que todo ato processual em sentido estrito tem a forma como um de seus elementos constitutivos, pois “*é ontologicamente impossível ato processual sem forma*”⁴⁴⁶, variando-se, apenas, o rigor formal legalmente exigido.

Contudo, o que interesse saber, para os fins perseguidos por este item, é se o ato processual deve, ou não, submeter-se necessariamente a uma forma específica, ou seja, impende examinar o pressuposto atinente ao modo de praticar o ato, para, depois, verificar se ele é válido.

Ultrapassada a noção conceitual de forma, cumpre, agora, definir, em tese, o que seria um vício formal, como sendo aquele relacionado ao não preenchimento de algum dos pressupostos referentes à forma (v.g., forma documentada legalmente exigida, competência do destinatário do ato, etc), acarretando uma deficiência jurídica no referido ato processual.

O art. 188 do CPC dispõe que “*os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir*”, dispositivo que, a olhos vistos, reproduz integralmente o texto do art. 154 do CPC/1973, donde se infere, inicialmente, que o ato processual, em regra, não dependeria de uma forma previamente determinada. O referido dispositivo legal consagra o princípio da *liberdade das formas*, assim denominado pela maioria da doutrina, pelo qual haveria, como o seu próprio nome sugere, uma liberdade plena para a prática dos atos processuais, exceto quando a lei expressamente exigisse de modo contrário.

Entretanto, não é bem assim. Embora seja certo de que não há fórmulas rígidas, sacramentais a serem seguidas, não é menos exato, outrossim, que “*existem, entretanto, exigências formais a serem seguidas, que conferem segurança e previsibilidade para a atuação das partes*”⁴⁴⁷.

Vale dizer, embora não haja, de ordinário, a necessidade de se estabelecer, previamente, formas para os atos processuais, devem existir tais exigências formais justamente para se garantir a defesa dos direitos das partes, pois as formas processuais nada mais são do que o preço que as pessoas têm de pagar pela previsibilidade da respectiva realização de um ato processual por um dado modo⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Comentários ao art. 188”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 288.

⁴⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 159-161.

⁴⁴⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. “Las formas de los actos procesales”. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980. p. 17.

Realmente, em maior ou menor escala, não há como pensar o processo totalmente livre da forma⁴⁴⁹, de sorte que esta não pode ser simplesmente abandonada ou desprezada, porque desempenha relevantes funções no processo, proporcionando às partes um grau desejável de segurança⁴⁵⁰ e de previsibilidade para os comportamentos futuros dos sujeitos processuais.

E uma destas funções exercidas pela forma, de suma importância para o processo, é a de índole *instrumental*, segundo o qual elas funcionam como meios para se atingirem os fins perseguidos, os quais, se atingidos, não acarretam a invalidade do ato, mesmo que a forma apontada tenha sido desatendida⁴⁵¹.

De fato, a forma não tem valor em si mesma considerada, mas seu valor é *instrumental*, na medida em que somente valerá se for indispensável à consecução do fim pretendido, ou seja, as formas são estabelecidas para potencializar a obtenção de um resultado perseguido⁴⁵².

Enfim, não se pode tolerar, nos dias atuais, o formalismo por formalismo⁴⁵³, sendo lícito pensar na forma dos atos processuais, na medida em que ela se prestar a controlar o arbítrio para alcançar as finalidades do processo em tempo razoável, colaborando para a justiça da decisão.

4.4.2 A tipicidade mitigada das formas como o modelo de validade dos atos processuais adotado no CPC

⁴⁴⁹ Relativamente a este tema, oportuna é a lição de Cabral: “O respeito às formas é exigência própria do devido processo legal, uma enorme garantia do cidadão de que, quando em jogo potenciais privações de sua liberdade ou propriedade, o iter a ser percorrido será aquele previamente estabelecido em lei, e não qualquer outro, ao alvedrio do julgador de plantão e sujeito à intempérie dos influxos políticos do momento” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 13-18).

⁴⁵⁰ “Não se pretende pregar, aqui, o abandono da forma. Ela não deve ser desprezada, pois constitui fator de segurança para o processo, contribuindo decisivamente para a justiça da decisão. Sua observância, na grande maioria dos casos, garante a igualdade das partes e efetividade do contraditório, impedindo seja o procedimento conduzido de forma arbitrária” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. cit., p. 429).

⁴⁵¹ “Não se deve prestigiar a idolatria da forma, que é perniciosa, recordando-se sempre que o processo não é mais que um instrumento, que as formas não são um fim em si mesmas e que todas elas são postas a serviço de um ideal, a justiça” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e nulidades em processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 43).

⁴⁵² COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Comentários ao art. 188”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 289.

⁴⁵³ “As formalidades não podem ser compreendidas como fins em si mesmas, mas como um meio a serviço de outras finalidades processuais. Se, por um lado, a supressão das formalidades pode ofender direitos fundamentais individuais e especialmente o devido processo legal, podendo levar à desordem ou ao arbítrio, o culto à forma excessiva (distorção oposta, comumente chamada de “formalismo”), pode converter e subverter o meio em fim único” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 29, p. 9-21, jan./fev.2004).

A despeito do teor do art. 188 do CPC, não se pode dizer que prevalece, no direito processual civil brasileiro, um modelo de liberdade total das formas para o processo, mas sim uma regra da tipicidade ou legalidade das formas, simplesmente porque a maioria dos atos do processo são formais, pois se submetem a formas previstas em lei, a exemplo da petição inicial, da citação, da contestação e da própria sentença, que devem atender a certos requisitos formais legalmente exigidos.

Para muitos doutrinadores brasileiros⁴⁵⁴, este seria o sistema adotado no direito processual civil, uma espécie de modelo de “tipicidade mitigada”⁴⁵⁵ dos atos processuais, sem o rigor originário da tipicidade ou legalidade estrita, à semelhança do que ocorre com o direito processual civil italiano⁴⁵⁶.

A partir disso, pode-se dizer que, no processo civil brasileiro, não há nem a adoção de um sistema rígido de formas nem de um sistema livre, mas sim um modelo que visa a combinar os benefícios de um processo que respeite as formas legais e, ao mesmo tempo, seja suficientemente flexível, permitindo-se ao juiz aferir, no caso concreto, se eventuais desvios do padrão normativo maculam, ou não, a finalidade para a qual a forma foi erigida⁴⁵⁷.

No sistema jurídico brasileiro, não só vige, de modo geral, o princípio da instrumentalidade das formas (adiante tratado), como também os princípios da conservação, da causalidade, do prejuízo e da economia processual, além das regras de convalidação e de sanação dos atos processuais defeituosos, todos destinados a relativizar o eventual desatendimento à forma em sentido estrito, quando o ato atingir a sua finalidade essencial e não causar prejuízo às partes.

Realmente, é inconcebível se pensar no ato processual sem que, imediatamente, cogite-se da forma a ser observada por este ato, porque aquela é a

⁴⁵⁴ Confirmam-se, dentre outros, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. cit., p. 91-92; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. cit., p. 124; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 46, p. 61, abr./jun/1987.

⁴⁵⁵ Relativamente a esta distinção entre liberdade plena das formas e legalidade ou tipicidade, confira-se, por todos, Antônio do Passo Cabral, em sua obra *“Nulidades no processo moderno*. cit., p. 52-56.

⁴⁵⁶ Art.121 do Codice de Procedura Civile Italiano assim dispõe: “*Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo*”, ou seja, “os atos do processo, para os quais a lei não exige forma determinada, podem ser realizados da forma mais idônea para a consecução da sua finalidade”.

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. cit., p. 120.

exteriorização deste, ou seja, exige-se um mínimo conteúdo formal do ato, ainda que haja – é certo – uma flexibilização das formas processuais.

Exemplo importante deste modelo “mitigado” de tipicidade das formas reside na regra estatuída no art. 239, §1º, do CPC que, dando maior relevo à finalidade do que à forma, reputa válida a citação se, mesmo não praticada segundo a forma legal, tiver alcançado a finalidade, que é a integração do réu ao processo (art. 238 CPC).

Relembre-se, ainda, a regra disposta no art. 319, §2º, do CPC, que impede o indeferimento da petição inicial se, a despeito da falta de completa qualificação do réu, este puder ser normalmente citado, alcançando-se a finalidade do ato processual referido.

Então, há de haver, no processo civil moderno, segundo a lição de Antônio Cabral, “*um necessário equilíbrio da legalidade com concessões à flexibilização formal, porque forma e técnica processual não são valores antagônicas ou mutuamente excludentes, mas podem ser conjugados e coordenados*”⁴⁵⁸.

Deste modo, se o procedimento em geral (aí incluídos os atos processuais) for inadequado, sem conferir a máxima eficiência ao direito material, cumpre ao juiz adequá-lo ou adaptá-lo às peculiaridades do caso concreto, podendo, inclusive, conferir maior efetividade aos mecanismos processuais, numa espécie de flexibilização procedimental, com o que se obterá a simplificação processual nos casos que prescindirem da adoção das formalidades abstratamente previstas em lei⁴⁵⁹.

Sem dúvida, o princípio da eficiência revela-se como uma norma fundamental no trato do regime das invalidades processuais, certo que todas as regras relativas a este sistema impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos processuais defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição⁴⁶⁰.

4.4.3. Os princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais como normas abrangidas e derivadas do princípio da *primazia do julgamento de mérito*

⁴⁵⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 20.

⁴⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 43.

⁴⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 467.

A atmosfera criada a partir do atual CPC valoriza, sobretudo, dentre outras premissas, a boa-fé objetiva, a cooperação entre os sujeitos processuais, o contraditório substancial e, por fim, a primazia das decisões de mérito, para afastar a prática de possíveis atos procrastinatórios, atos ilícitos de abuso de direito, atos de má-fé processual, que se revelam como “pragas” para a concretização da justiça social e, de resto, da efetividade e eficiência da prestação jurisdicional.

Conforme já ressaltado algures, consagrou-se, no âmbito da doutrina, em comparação ao CPC/1973, uma versão mais reforçada do *princípio da instrumentalidade das formas*, que, embora não seja previsto expressamente no atual CPC⁴⁶¹, pode ser extraído da interpretação sistemática de três dispositivos nele presentes (arts. 188, 277 e 283, parágrafo único, todos do CPC), pelos quais não se reputará um ato processual defeituoso como inválido, simplesmente porque não preencheu um pressuposto formal, mas será essencial a comprovação de um prejuízo, que o impeça de atingir a sua respectiva finalidade.

O juiz, segundo a interpretação conjugada dos mencionados dispositivos legais, deve considerar válido o ato que, realizado de outro modo, alcançou sua finalidade, extraindo-se deste texto os dois pressupostos basilares, que devem ser examinados conjuntamente, para se evitar a decretação de invalidades processuais – o atingimento da finalidade (como efeito jurídico imputado ao ato processual) aliado à ausência de prejuízo para as partes.

Aliás, todo e qualquer vício formal submete-se no processo civil brasileiro a esses dois testes – ou “filtros”⁴⁶² – de validade que pairam sobre todas as infrações à forma – como um verdadeiro *sobredireito processual*⁴⁶³ das invalidades.

Deste modo, se não houver relevante prejuízo para a contraparte, que possa, v.g., ofender as garantias constitucionais, o ato processual aprioristicamente inválido merece ser, sempre que possível, aproveitado, corrigido ou relevado, a fim de concretizar o multicitado princípio da primazia do julgamento de mérito.

⁴⁶¹ Daniel Amorim Assumpção Neves, a esse respeito, acentua que o legislador deveria ter reservado um dispositivo para o princípio ora analisado, no bojo do atual CPC, inclusive porque foi consagrada uma série de princípios processuais nos artigos iniciais do novo Código de Processo Civil, para constar algo como “atos viciados que cumpram seu objetivo e não prejudiquem a parte contrária nem o processo geram normalmente os efeitos programados em lei” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, 8ª ed. Salvador: JusPdvum, 2016, p. 1442).

⁴⁶² CAVANI, Renzo. *La nulidade em el proceso civil*. Lima: Palestra Editora, 2014. p. 503.

⁴⁶³ Esta expressão destacada, aplicada às nulidades processuais, é da pena de Galeno Lacerda (“O Código e o formalismo processual”. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, 1983, n. 28, p. 10 e ss.), bem como COSTALUNGA, Danilo. “A teoria das nulidades e o sobredireito processual”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 94, n. 344, p. 3–19, 1998.

Pode-se afirmar, daí, que a relação entre o princípio da primazia do julgamento de mérito e o regime de invalidades processuais previsto no atual CPC constitui uma verdadeira simbiose, com evidente natureza reflexiva, certo que são extraídas inúmeras balizas interpretativas daquele princípio, a serem observadas pelo órgão julgador, dentre as quais se destacam a instrumentalidade das formas e o aproveitamento dos atos processuais defeituosos.

Aliás, Leonardo Carneiro da Cunha concluiu que, vista sob a perspectiva de uma relação continente-conteúdo, a primazia do julgamento de mérito abarca a instrumentalidade das formas, ao afirmar que:

“O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou a sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito”⁴⁶⁴.

Está-se diante do princípio da instrumentalidade das formas, que atua, sobremaneira, no regime das invalidades processuais, conjunta e simultaneamente (como se fossem uma amálgama), ao lado dos outros princípios do aproveitamento e da conservação dos atos processuais⁴⁶⁵.

Trata-se de norma que proporciona uma relativização das invalidades, sendo chamada, por alguns, de “preceito relativizante das nulidades”⁴⁶⁶, porquanto autoriza a desconsideração da atipicidade caso o ato praticado tenha alcançado o fim previsto em lei sem causar prejuízo às partes⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 276.

⁴⁶⁵ Daniel Amorim Assumpção Neves destacou a importância peculiar deste princípio para o sistema de invalidades processuais, em lição que merece reprodução: “O essencial é verificar se o desrespeito à forma legal afastou-o da sua finalidade, além de verificar se o descompasso entre o ato como foi praticado e como deveria ser praticado segundo a forma legal causou algum prejuízo. Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico-processuais programados pela lei (...) ainda que represente uma omissão sem repercussão prática, entendendo que a partir do momento em que o legislador consagra uma série de princípios processuais nos artigos iniciais do Novo Código de Processo Civil poderia ter reservado um dispositivo para o princípio ora analisado (...)” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.502).

⁴⁶⁶ Confira-se o texto “Preceitos relativizantes das nulidades no novo CPC”, cuja autoria coube a Eric Cesar Marques Ferraz. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 09 set. 2017.

⁴⁶⁷ “O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*” (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. cit., p. 368).

Ao lado da referida norma, tem-se o *princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos* ou da salvabilidade dos atos processuais, que se aplica em quaisquer situações independentemente da gravidade do defeito que macula o ato⁴⁶⁸, devendo-se anular apenas aqueles atos que não possam ser aproveitados.

Forçoso é concluir, então, que quase todos os vícios, independentemente de sua gravidade, submetem-se ao axioma francês do - *pas de nullité sans grief* – de sorte que a nulidade de um ato procedimental somente deve ocorrer se não for possível aproveitá-lo, ocasião na qual, deve-se decretar a invalidação processual, mas ela deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes as partes do ato que possam ser aproveitados, por não terem sido contaminadas⁴⁶⁹.

Neste contexto, chegou o momento para se dizer que “os princípios da primazia do julgamento de mérito e o da boa-fé processual fundamentam a necessidade de aproveitamento dos atos processuais”⁴⁷⁰, sendo correto afirmar, também, que o texto do art. 283, parágrafo único, do CPC reforça o disposto no §1º do art. 282 do CPC, porque, se não houver a demonstração de prejuízo à defesa das partes, não haverá razão para repetir o ato processual ou sanar o vício nele contido.

E, ademais, sustenta-se que há uma estreita ligação entre as normas estatuídas nos art. 277 do CPC e no art. 283, parágrafo único, do CPC, visto que, se o ato foi praticado mediante forma diversa daquela prescrita em lei, mas alcançou a finalidade, não merece ser anulado⁴⁷¹.

Neste contexto, afigura-se pertinente, agora, invocar um precedente do STJ⁴⁷², que serve como exemplo concreto da aplicabilidade das normas estatuídas nos arts. 277 e 283, parágrafo único, ambos do CPC, no qual se reconheceu como válido o chamamento de terceiro ao processo, mesmo formulado fora do prazo legal.

Explica-se. No caso concreto, o STJ decidiu superar o vício da intempestividade no oferecimento da denúncia à lide, entendendo que o tribunal de origem laborou equivocadamente, ao anular todos os atos processuais referentes à denúncia à lide, praticados até então, ainda que não houvesse, *in casu*, a demonstração de prejuízo.

⁴⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, p. 37-38, 1990.

⁴⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. cit., p. 29

⁴⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 278.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 278.

⁴⁷² STJ, REsp 1.637.108/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/06/17, DJ de 12/06/17.

Para melhor compreensão da problemática, transcreve-se trechos do voto do relator, naquilo que interessa:

“(…) Há, pois, a necessidade de se simplificar a interpretação e a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil para que, tanto quanto possível, seja decidido o direito material, em função da primazia do julgamento de mérito. Neste contexto, a eventual falta de observância da regra procedimental não implica, necessariamente, o reconhecimento de invalidade dos atos praticados. Assim, se o denunciado reconhece sua condição de garantidor do eventual prejuízo, não há razões práticas para que se exija que, em virtude de defeitos meramente formais na articulação da denúncia da lide, o denunciante se veja obrigado a ajuizar uma ação autônoma de regresso em desfavor do denunciado. Ademais, é suficiente para a validade da denúncia formulada com defeito formal – intempestividade – que tenha sido: a) obedecido o rito adequado, sem inadequados percalços à marcha processual e com garantia da celeridade da prestação jurisdicional; e b) garantido o direito de ampla defesa aos envolvidos – autor, réu e denunciado (...) O Tribunal de origem conheceu do recurso de apelação da seguradora recorrida e, de ofício, reconheceu prejudicada a denúncia da lide, em razão de sua apresentação extemporânea, extinguindo a lide secundária sem resolução de mérito. Ao reconhecer esse vício do oferecimento da denúncia da lide, o Tribunal de origem anulou todos os atos processuais praticados pelas partes e desconsiderou: a) a inexistência de pedido expresso de qualquer dos envolvidos para o reconhecimento dessa irregularidade; b) a ausência de prejuízo ao devido processo legal; e c) o prévio equacionamento do mérito da questão, decorrente do reconhecimento da recorrida de sua condição de garantidora do insucesso do recorrente. O entendimento veiculado no acórdão recorrido não atende, portanto, aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, porquanto sua consequência prática é a imposição ao recorrente da obrigação de ajuizar uma ação regressiva autônoma e o correspondente dever do Judiciário de, novamente, movimentar a máquina jurisdicional” (....)

Como visto, o STJ deu concretude aos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e, sobretudo, ao da *primazia do julgamento de mérito*, ao invés de cancelar uma invalidade processual reconhecida pelo tribunal de origem, que, de ofício, declarou a extemporaneidade da denúncia à lide, extinguindo-a sem resolução do mérito, anulando, enfim, todos os atos processuais nela praticados até então.

De igual modo, ainda se faz necessário invocar outro precedente do STJ⁴⁷³, que serve como exemplo concreto da aplicabilidade das mesmas normas estatuídas nos arts. 277 e 283, parágrafo único, ambos do CPC, no qual se julgou o mérito de uma ação de embargos de terceiro, mesmo proposta fora do prazo legal, desconsiderando o vício da intempestividade da demanda reconhecida anteriormente.

⁴⁷³ STJ, REsp 1.627.608/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 06/12/2016, DJ de 13/12/16.

No referido julgamento colegiado, o STJ decidiu aproveitar os embargos de terceiro intempestivos, como se fossem uma ação ordinária autônoma com o mesmo objeto, mas sem a agregação automática do efeito suspensivo destinado àqueles (art. 1.052 do CPC/1973), à luz do sobreprincípio da duração razoável do processo e do princípio da economia processual, atendendo, por conseguinte, aos reclamos do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Para fins de melhor elucidar a controvérsia, transcrevem-se trechos do voto do relator:

“(…) Não parece ser justificável, portanto, à luz dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), que os embargos de terceiro sejam extintos, para que uma demanda idêntica seja ajuizada, sob outro *nomen juris*, diferenciando-se apenas quanto ao efeito suspensivo automático do art. 1.052 do CPC/1973 (...) (...) No caso dos autos, inclusive, o fundamento da economia processual é mais evidente, pois os embargos de terceiro foram devidamente instruídos com prova pericial, tendo tramitado por mais de cinco anos, de modo que a extinção do processo seria um grande retrocesso na prestação jurisdicional” (...).

Ao assim decidir, ao invés de extinguir, subitamente, os embargos de terceiro sem resolução do mérito, o que frustraria a tutela do direito material da parte, o STJ, ao convolar uma ação de procedimento especial em uma de procedimento comum, conferiu concretude, corretamente, aos princípios da duração razoável do processo, da economia processual, e, sobretudo, ao da *primazia do julgamento de mérito*.

De fato, ainda que se trate, *a priori*, de um vício insanável, a manutenção do reconhecimento da intempestividade dos embargos de terceiro resultaria no prolongamento da discussão judicial através do ajuizamento de uma nova ação ordinária autônoma, gerando uma dilação indevida, com a repetição de diversos atos processuais já praticados, medida de todo contrária à economia processual.

4.4.4 A preclusão como elemento limitador da decretação das invalidades processuais.

A ideia de preclusão é, indubitavelmente, fundamental para o direito processual civil, porque garante uma marcha procedimental ordenada, indispensável para a organização do processo, funcionando, igualmente, como um instrumento de

efetivo combate à má-fé processual⁴⁷⁴, ao impedir que as partes retardem indevidamente a apresentação de suas alegações e respectivas provas.

Realmente, a finalidade da preclusão é ordenar o caminho do processo, assegurando-lhe um desenvolvimento regular e livre de contradições ou de retornos, no influxo de garantir a certeza das situações jurídicas processuais, inclusive em respeito à origem etimológica do termo “processo”, que remonta ao vocábulo latino *procedere*, significando “avançar, mover adiante”.

Rigorosamente, a preclusão possui uma relevância significativa na dinâmica processual, impedindo as “idas e vindas” no procedimento, a ponto de ser considerada como um “princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim”⁴⁷⁵.

A partir disso, Antônio do Passo Cabral conceitua a preclusão como:

“A perda das faculdades e poderes processuais, classicamente definida como preclusão, pode ser caracterizada como a extinção de posições jurídicas ativas (situações de vantagem), que permitiriam ao sujeito a prática válida e eficaz de um ato processual”⁴⁷⁶.

Uma de suas modalidades é a preclusão temporal, que consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno⁴⁷⁷, ou seja, a perda de um prazo processual acarreta a preclusão (art. 223 do CPC).

Segundo a regra prevista no art. 278 do CPC, os vícios dos atos processuais devem ser alegados na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. A parte deve alegar a invalidade na primeira oportunidade em que tiver ciência dela e tiver de se manifestar nos autos, pois, não o fazendo, ocorrerá a preclusão, convalidando o ato defeituoso.

Nesta hipótese, poder-se-ia dizer que o ato processual defeituoso estará convalidado, por falta de impugnação, abrindo-se exceção às hipóteses em que as

⁴⁷⁴ “Mas na preclusão vislumbrou-se também outra finalidade, de que não cogitou Chiovenda. Com ela, pretende-se proteger o princípio basilar da boa-fé processual (do jogo franco e leal); ou, então, impedir que a má vontade ou a incúria de uma parte cause dano à outra, retardando o resultado do processo; ou, ainda, constranger as partes a se desdobrarem e a ‘pôr as suas cartas na mesa’ desde os primeiros atos da causa” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 29).

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. cit., p. 202.

⁴⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 61-62.

⁴⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 478.

nulidades serão apreciáveis de ofício ou provando a parte legítimo impedimento⁴⁷⁸, afirmando-se, daí, que a convalidação dos defeitos processuais é “a extinção do defeito do ato processual sem atuação de vontade do interessado, decorrendo, apenas, de sua omissão e, igualmente, do mero decurso de prazo”⁴⁷⁹.

Então, o vício não arguido no momento processual oportuno é convalidado pela inércia do interessado, funcionando a preclusão como um mecanismo de convalidação de um ato processual imperfeito, considerando-se, para tanto, a inércia do interessado em não suscitar, na primeira oportunidade que tinha para falar nos autos, a ocorrência de eventual nulidade.

Em termos mais claros, na convalidação de um ato processual defeituoso, o vício, em si mesmo considerado, é, rigorosamente, desprezado, em decorrência da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para a alegação do defeito⁴⁸⁰, sendo fruto, portanto, da preclusão, porque não foi alegado oportunamente pelas partes (art. 278 do CPC) ou diante do trânsito em julgado da sentença, ou da decadência.

Passado o primeiro momento em que a parte tem para falar nos autos, ocorre a preclusão do seu poder de invalidar o ato processual defeituoso, e, ao mesmo tempo, desaparece o defeito apontado, operando-se a convalidação deste último⁴⁸¹.

Trata-se, a rigor, do efeito preclusivo da inatividade dos sujeitos processuais, configurando a modalidade da preclusão temporal, pois a parte deveria realizar uma conduta até um dado momento, mas, negligentemente, deixou transcorrer o prazo *in albis*, para alegar o vício de um ato processual defeituoso.

Com efeito, a parte teria um ônus de arguição das nulidades, no primeiro momento para se manifestar nos autos, até mesmo para se evitar condutas contraditórias e desleais, que afrontem a boa-fé objetiva, guardando o defeito do ato processual como um “trunfo na manga” para alegá-lo, maliciosamente, somente em um momento posterior (proibição ao *venire contra factum proprium*).

Não mais se toleram, num ambiente cooperativo processual, aquelas situações que acontecem inúmeras vezes em processos judiciais, nas quais as partes, propositadamente, guardam consigo alegações importantes, para somente mostrá-las a

⁴⁷⁸HOMMERDING, Adalberto Narciso. “Comentário ao art. 282”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 383.

⁴⁷⁹CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 259.

⁴⁸⁰CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 259.

⁴⁸¹Na prática, “é como se o ato viciado estivesse submetido a uma condição resolutiva, sendo que, não verificado o evento futuro e incerto (provocação do interessado no prazo legal), o ato defeituoso continua a produzir efeitos e passa a se revestir de incolumidade quanto a alegações futuras de invalidade” (MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no Direito Processual Civil*. cit., p. 68).

posteriori (caso estejam em posição de desvantagem processual), com a nítida pretensão de anular todo o procedimento, para que tudo se repita novamente, em total desprestígio a todos os princípios supracitados.

São as denominadas “nulidades de algibeira”, cuja inadmissibilidade já foi amplamente reconhecida pelo STJ, escondidas pelas partes para serem invocadas no momento que lhes fosse mais conveniente, que merecem ser prontamente rejeitadas e rechaçadas, por traduzirem comportamentos desleais e ofensivos à boa-fé objetiva e à confiança legítima, e, de resto, à própria segurança jurídica, totalmente inapropriados num modelo cooperativo de processo⁴⁸².

Com isso, sustenta-se que tal regra concretiza, simultaneamente, vários princípios, a exemplo do da cooperação, do contraditório substancial e, sobretudo, o da boa-fé processual, pois exige que as partes suscitem, desde logo, eventuais vícios que entendam presentes nos atos processuais praticados⁴⁸³.

Uma parcela da doutrina pátria⁴⁸⁴, a partir da interpretação literal do parágrafo único do art. 278 do CPC, defende que a regra ora discutida seria aplicada, apenas, às nulidades relativas, ou seja, que a preclusão temporal como hipótese de convalidação de vícios processuais não atingiria as nulidades que o juiz deva decretar de ofício. Entretanto, não é bem assim.

É que a observância e o respeito ao contraditório substancial se impõem, outrossim, no regime das nulidades processuais, pois, mesmo que o defeito seja passível de cognição *ex officio* (p. ex., a falta de pressuposto processual ou de algum requisito de admissibilidade recursal), exige-se a instauração do diálogo, oportunizando às partes se manifestarem quanto ao vício, momento em que este poderá ser sanado, evitando-se, com isso, a proclamação da invalidade.

Realmente, a decretação de qualquer invalidade de um ato processual defeituoso, pressupõe, invariavelmente, a instauração do contraditório prévio, em decorrência do dever de consulta atribuído ao juiz pela norma disposta no art. 10 do

⁴⁸² STJ, REsp n. 1.372.802/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/03/2014, DJ de 17/03/2014.

⁴⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 264.

⁴⁸⁴ Para esta parcela doutrinária, capitaneada por Pontes de Miranda, a preclusão temporal serviria como instrumento de sanção dos vícios processuais, exceto: a) quando se tratar de nulidade absoluta, que não precluiria e deve ser declarada de ofício pelo juiz por proteger interesse público; b) se a parte provar legítimo impedimento para a perda do prazo, quando lhe seria oportunizada nova chance para praticar o ato (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 476-477).

CPC, oriundo do princípio da cooperação, para se impedir a prolação das decisões-surpresa.

Assim se sucede, porque, rigorosamente, cognoscibilidade de ofício não se confunde com a preclusão, pois, embora seja certo que o juiz poderá conhecer *ex officio* de alguns vícios, não é menos certo que, mesmo nestas situações, ele deverá consultar as partes e viabilizar o contraditório, vindo a proferir decisão a esse respeito, que, quando não impugnada, acarretará sim a preclusão.

Bem por isso, não é tecnicamente correto afirmar que a preclusão temporal teria serventia para convalidar, apenas, os atos eivados de nulidade relativa, porquanto, em tese, qualquer espécie de invalidade, inclusive a absoluta, poderá precluir para as partes, desde que seja atendido, primeiramente, o dever de consulta pelo órgão jurisdicional em relação ao tema, mas, ainda assim, as partes quedem-se inertes sem requerer a decretação da respectiva invalidade processual.

De fato, na atual sistemática, qualquer alegação de vício e qualquer postulação pela invalidade pode, eventualmente, precluir (seja pela preclusão temporal, seja pelas preclusões lógica e consumativa), independentemente da gravidade do defeito ou da possibilidade de cognição de ofício sobre o tema.

Como se percebe, a figura da preclusão (em qualquer de suas modalidades) servirá como limite dogmático à decretação de todas as espécies de invalidades processuais e, paradoxalmente, em algumas situações excepcionais, à própria aplicabilidade do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, como será demonstrado mais adiante, em momento oportuno.

4.4.5 A causalidade como elemento limitador das invalidades processuais

Conforme lição mezinha, o processo não se resume a um único ato processual isolado, sendo composto por uma sequência de atos coordenados entre si e destinados ao atendimento de determinadas finalidades, o que impede que sua sequência seja arbitrariamente organizada pela lei⁴⁸⁵.

Trata-se de uma sequência lógica e cronológica na dinâmica dos atos processuais realizados, os quais, muitas vezes, guardam uma recíproca relação de

⁴⁸⁵ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 115; SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. cit., p. 142.

interdependência, haja vista a indispensável organização interna, sem a qual não se atingiria satisfatoriamente a prestação jurisdicional final⁴⁸⁶.

Vale dizer, ao longo do caminho procedimental, os atos processuais anteriores devem preparar os atos posteriores, ou melhor, devem condicionar os posteriores e estes, por sua vez, vinculam-se aos seus antecedentes. Sempre que constatada uma relação de dependência entre eles, caso se anule um ato, os subsequentes que dele sejam dependentes serão igualmente atingidos pelos efeitos da decretação da invalidade⁴⁸⁷, operando-se uma espécie de “efeito expansivo da invalidade”⁴⁸⁸.

No entanto, ressalte-se que inválidos serão apenas os atos posteriores ao ato anterior anulado, que guardem, inequivocamente, um liame de dependência para com o primeiro⁴⁸⁹, ou seja, inexistente o vínculo de dependência, não há cogitar-se da extensão da invalidade, pois os atos processuais subsequentes, mas independentes, não serão alcançados pelos efeitos da invalidade proclamada.

Isso porque, embora o processo seja uma sequência encadeada de atos processuais, nem todos os atos processuais, apenas por serem posteriores cronologicamente ao ato processual viciado, serão atingidos pelo decreto da invalidade, donde se conclui que o vínculo de dependência entre os atos sucessivamente praticados, quando houver, não será cronológico por si só, mas sim teleológico⁴⁹⁰, ocorrendo quando o ato anterior for pressuposto necessário do posterior⁴⁹¹.

Demais disso, também é certo que a invalidade não pode contaminar os atos anteriores⁴⁹², justamente porque o defeito deve ser anterior ou contemporâneo à prática do ato, não sendo possível falar em invalidação por vício superveniente⁴⁹³.

⁴⁸⁶ MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 63.

⁴⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 272.

⁴⁸⁸ Esta expressão foi cunhada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 598.

⁴⁸⁹ Neste sentido, confira-se o Enunciado 277 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Para fins de invalidação, o reconhecimento de que um ato subsequente é dependente de um ato defeituoso deve ser objeto de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas”.

⁴⁹⁰ Leonardo Carneiro da Cunha, a propósito, elenca um exemplo de invalidade derivada, exemplo este aproveitado neste momento, qual seja, a sentença, formal e originariamente perfeita, será atingida pela decretação da invalidade da citação do réu (invalidade originária), a qual, após reconhecida judicialmente, fará com que seja necessária a reabertura do prazo de defesa, sendo desconstituída aquela primeira, por conter uma invalidade derivada (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 273).

⁴⁹¹ KOMATSU, Roque. Ob. cit., p. 274.

⁴⁹² Neste sentido, confira-se o Enunciado 276 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os atos anteriores ao ato defeituoso não são atingidos pela pronúncia de invalidade”.

⁴⁹³ Este é o princípio da causalidade (ou da concatenação), consagrado no art. 281 do CPC, segundo o qual “anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia,

Como visto, a causalidade parte da premissa de que o processo não deve ser analisado em nichos estanques, mas dentro do acervo complexo de interações que compreende e na cadeia de capítulos que o compõem, notadamente porque o procedimento como um todo pode sofrer com a invalidade, já que o seu prosseguimento pode ter que esperar a repetição ou correção não só do ato viciado, mas também daqueles que dele sejam diretamente dependentes⁴⁹⁴.

4.4.6 O prejuízo como elemento essencial do suporte fático composto da invalidade e as regras dos arts. 282, §§1º e 2º, 283, parágrafo único, e 488 do CPC, como normas correlatas e concretizadoras da *primazia do julgamento de mérito*

Como já se destacou algures, a invalidade é considerada como uma sanção, que depende de um pronunciamento judicial reconhecedor, que decrete, expressamente, a referida invalidade processual, pois, caso contrário, o ato, mesmo defeituoso, continuará produzindo efeitos devido à sua presunção *prima facie* de validade.

E, a partir do momento em que o juiz decretar a invalidade de um ato processual defeituoso, ele terá que, obrigatoriamente, especificar quais os atos que serão por ela atingidos, até mesmo para observar a regra da causalidade, prevista no art. 281 do CPC, tratada no tópico anterior.

Assim, delimitar o âmbito de incidência da invalidade processual será o primeiro passo para que, em seguida, o juiz possa determinar qual(is) será(ão) a(s) providência(s) necessária(s) a serem adotada(s) doravante, ou melhor, definir as técnicas de reparação da invalidade processual, podendo ser uma retificação (suprimento da falta) ou a repetição (produção de outro ato processual)⁴⁹⁵.

Uma conclusão é certa: os atos processuais reconhecidos judicialmente como inválidos desaparecem do mundo jurídico, por não mais produzirem quaisquer efeitos, ao passo que os novos atos a serem repetidos ou retificados assumem o lugar dos anteriores na cadeia procedimental.

Como se percebe, têm-se duas técnicas saneadoras que podem ser adotadas: a repetição do ato processual, que ocorrerá quando não for possível aproveitar

a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 273).

⁴⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 60.

⁴⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 275.

absolutamente nada do ato invalidado para atingir a sua finalidade, a exemplo da citação nula (invalidade total), da qual decorrerá a obrigatoriedade de repetição de todos os atos subsequentes, a fim de viabilizar o direito de defesa do réu; ou a simples retificação do ato, quando o defeito invalidante puder ser corrigido, não sendo necessário repeti-lo (invalidade parcial).

Já foi dito, anteriormente, que o prejuízo é um elemento essencial no suporte fático composto para se decretar a invalidade processual, ao lado da presença do ato processual defeituoso, sendo certo reafirmar, daí, que qualquer invalidade não será proclamada, se o vício não trazer prejuízo para as partes, afirmação amparada em entendimento quase que unânime da doutrina processual civil pátria⁴⁹⁶.

Contudo, insta esclarecer que a análise do prejuízo não deve ser realizada de modo apriorístico, sem guardar preocupação com as particularidades do caso concreto, não se podendo admitir *presunções de prejuízo*⁴⁹⁷, não sendo suficiente, pois, a mera alegação de que teria havido, *in casu*, violação à determinada norma fundamental do processo civil ou à norma de índole constitucional.

É preciso, portanto, que, após exercido o dever de consulta pelo órgão julgador quanto ao pretense prejuízo causado, haja alegação e efetiva comprovação de sua ocorrência pela parte interessada, exigindo-se, portanto, reforço na fundamentação jurisdicional para se decretar a invalidade processual⁴⁹⁸.

Vale dizer, para se justificar a decretação da invalidade processual (sanção), o prejuízo trazido pelo vício há de ser, necessariamente, concreto, efetivo e devidamente comprovado, causando um dano ao processo ou ao direito das partes, especialmente se houver interferência em direitos fundamentais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa⁴⁹⁹. Enfim, é correto afirmar, pois, que o prejuízo se

⁴⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. cit., p. 50-51; SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. cit., p. 133-135; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. cit., p. 169. Em sentido contrário, defendendo que o critério da comprovação do prejuízo somente se aplicaria às nulidades relativas, mas jamais às absolutas: COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Comentários ao art. 188”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 288.

⁴⁹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 276.

⁴⁹⁸ Neste sentido, confira-se o Enunciado 279 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Para fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação à norma constitucional”.

⁴⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. “Comentários ao art. 282”. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. cit., p. 445.

relaciona com o alcance de objetivos processuais e estará presente sempre que se perdem faculdades ou poderes processuais, que influenciem o resultado do processo⁵⁰⁰.

Nesta ordem de ideias, insta rememorar, ainda, uma importante regra estatuída no art. 282, §2º, do CPC, segundo a qual *“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 qual já era prevista no art. 249, §2º, da legislação processual pretérita⁵⁰¹. Então, desde antes do advento do atual CPC, tal regra já autorizava a prolação de decisões de mérito quando houvesse vício que poderia, em tese, levar à extinção do processo sem resolução do mérito.

Como visto anteriormente, a falta de um requisito de validade (que se refere à admissibilidade do processo) somente pode gerar a inadmissibilidade (invalidade do procedimento) se houver prejuízo ao interesse protegido pela exigência formal que foi desrespeitada, surgindo, provavelmente daí a razão da norma supracitada.

É que, embora prevaleça a tese da precedência das questões de admissibilidade em relação às questões de mérito, a exigir que a análise daquelas preceda ao exame destas, tal conclusão merece temperamentos, porquanto a falta de um requisito de admissibilidade que visa a proteger o réu poderá ser ignorada, por exemplo, se o juiz puder julgar, no mérito, improcedente o pedido em favor do demandado.

Percebe-se daí a utilidade da norma inserta no art. 282, §2º, do CPC, sobretudo porque, além disso, um julgamento de improcedência do pedido pode ser mais interessante ao réu do que uma extinção sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485 do CPC, devido à aptidão da decisão de mérito em produzir a coisa julgada material, tornando-se definitiva e indiscutível em algum momento.

Poderão existir casos em que, não obstante caracterizada uma das hipóteses autorizativas da extinção anômala do processo, afigura-se possível o pronunciamento de mérito do processo, quando a instrução probatória, por exemplo, acabar por propiciar cognição exauriente da relação material, melhor proporcionando às

⁵⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 276.

⁵⁰¹ Concordando que se trata de uma regra importante de concretização do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, Alexandre Freitas Câmara teceu um comentário oportuno sobre ela, ao afirmar que *“este dispositivo é apresentado antes de qualquer outro com uma finalidade: permitir que se verifique que o princípio de que aqui se trata não foi “inventado” pelo CPC de 2015, mas é resultado de uma evolução histórica que já permite afirmar a existência de uma história institucional do princípio. Afinal, o dispositivo mencionado é a reprodução (com pequeninos ajustes de redação, como a substituição da expressão ‘declaração de nulidade’ pela expressão, mais precisa, ‘decretação de nulidade’) do §2º do art. 249 do CPC de 1973”* (CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. cit., p. 16).

partes solução à crise verificada naquele plano do ordenamento jurídico, apta a regulá-la definitivamente, até porque, com isso, atende-se à economia processual⁵⁰².

Entretanto, é claro que nem sempre isso será possível, mas, quando faltar um requisito processual objetivo de validade, não há como deixar de reconhecer a prevalência de uma decisão de improcedência do pedido (com exame do mérito) em detrimento de uma decisão terminativa, exatamente porque a primeira pode resolver o conflito definitivamente.

De igual modo, como uma regra semelhante, que, porém, não se encontra localizada na parte relativa às nulidades processuais, mas que merece ser agora realçada, por pertinência temática, encontra-se a norma do art. 488, ao estatuir que *“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”*⁵⁰³.

Esta regra, que não possui correspondente no CPC/1973, inspirada, certamente, no princípio da instrumentalidade das formas, autoriza o juiz a proferir julgamento de mérito, sempre que entender viável no caso concreto, ao invés de

⁵⁰² A propósito, Alexandre Freitas Câmara aponta um apropriado exemplo hipotético: *“(...) No caso em que o juiz verifica não ter havido a correta intimação do réu para comparecer a um audiência de instrução e julgamento, vício este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência. Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual”* (CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. cit., p. 16).

⁵⁰³ A esse respeito, convém trazer à colação um exemplo bem elucidativo da aplicação desta regra, extraído de um precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O caso é o seguinte: numa ação civil pública de improbidade administrativa proposta pelo MPF e pelo FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação contra um determinado ex-gestor municipal, o juízo da 1ª Vara Federal do Ceará condenou o réu a ressarcir ao erário uma determinada quantia, sob o fundamento de malversação de recursos federais destinados ao Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), repassados ao Município de Pacaju/CE. Inconformado, o réu apelou desta sentença, postulando, em preliminar, a sua nulidade, pelo cerceamento de defesa, uma vez que o juízo monocrático havia indeferido todas as diligências por ele requeridas para esclarecer como se contabilizou a quantia cobrada na ação e para apurar o valor efetivamente devido. Por ocasião do julgamento colegiado do recurso de apelação, o referido Tribunal, à unanimidade de votos, considerou que, realmente, ocorreu o alegado cerceamento de defesa, mas concluiu pela desnecessidade de devolver os autos ao juízo de primeiro grau a fim de esclarecer a questão de fato, ao entendimento de que o pedido da ação era improcedente, de modo que tal diligência seria inútil, já que a resolução da controvérsia de fato não influenciaria o resultado da causa. Assim, aplicando a regra do art. 488, do CPC, que prestigia o princípio da primazia do julgamento de mérito, e considerando que a causa estava madura para julgamento (conforme a regra do art. 1.013, §3º, II, do CPC), o tribunal avançou diretamente para o julgamento de mérito da ação, diante do convencimento da improcedência da pretensão autoral. Bem por isso, o tribunal deu provimento ao recurso de apelação, para anular a sentença de primeiro grau, julgando imediatamente o mérito e declarando a improcedência do pedido, por entender que não houve, no caso, ato de improbidade administrativa (TRF-5ª Região, APELAÇÃO CÍVEL nº 571.590/CE (0002389-72.2013.4.05.8100), Rel. Des. Federal convocado Frederico Wildson da Silva Dantas, 3ª Turma, j. 27/09/17, DJ de 29/09/17).

extinguir o feito sem apreciação do mérito, quando a decisão a ser proferida for favorável à parte a quem aproveitaria a sentença terminativa⁵⁰⁴.

O nó górdio desta situação será estabelecer quais os parâmetros objetivos a serem considerados para se respeitar a expressão indeterminada “desde que possível”⁵⁰⁵, mas, sem dúvida, as regras decorrentes do art. 282, §§1º e 2º e do art. 488 do CPC revelam-se como normas que dão concretude ao princípio da *primazia do julgamento de mérito*, orientando-se no máximo aproveitamento dos atos processuais, ao impor a regularização, na medida do possível, das nulidades sanáveis.

Neste contexto, cumpre invocar um precedente do STJ⁵⁰⁶, que serve como exemplo concreto da aplicabilidade da norma estatuída no art. 488 do CPC, no qual se superou a preliminar de decadência do direito de impetrar o mandado de segurança, para denegar a segurança requestada, em favor do impetrado, a quem aproveitaria a extinção do *writ* sem o exame da questão de fundo.

No referido julgamento colegiado, entendeu-se que se operou a decadência do direito de impetrar o *mandamus* por ter sido proposto após os cento e vinte dias da ciência do ato impugnado (art. 23 da Lei Federal nº 12.016/2009), mas, não obstante esta constatação, avançou-se na análise do próprio pedido autoral, notadamente porque o ajuizamento da demanda tinha se dado há mais de três anos.

No caso concreto, de modo inovador, o STJ, prestigiando a instrumentalidade das formas, decidiu superar a preliminar de decadência do direito de impetrar o mandado de segurança, dando concretude aos princípios da eficiência

⁵⁰⁴ A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara indica um exemplo hipotético de aplicação da referida regra: “(...) No caso de o juiz verificar que o processo se encontra paralisado há mais de trinta dias por desídia do autor, o que é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, III), mas se dá conta, também, de que o direito que o autor pretende fazer valer em juízo já se extinguiu por força da consumação de prazo decadencial, que é causa de prolação de sentença de mérito (art. 487, II). Como a sentença de mérito, aqui, favoreceria o demandado, mesma parte que seria beneficiada pela extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se considerar adequada a emissão de um pronunciamento que resolve o mérito da causa, dando-lhe solução definitiva” (CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. cit., p. 17).

⁵⁰⁵ Mitidero, a propósito, tenta estabelecer uma espécie de parametrização para a aplicação da mencionada regra, ao sustentar que: “(...) A falta de pressuposto processual apenas impede o julgamento de mérito quando instituído em favor do interesse público. Quando o mérito for favorável ao réu, a ausência de pressuposto voltado à sua proteção não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência, de modo que a ausência de pressuposto impedirá a tutela do direito material, mas não o julgamento de mérito. Porém, sendo o mérito favorável ao autor, a concessão da tutela jurisdicional do direito somente será possível quando o pressuposto negado tiver o fim de o proteger” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. cit., p. 553-554).

⁵⁰⁶ STJ, MS 20.295/DF, Rel. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 09/11/16, DJ de 29/11/16.

processual e da primazia do julgamento de mérito, e, reflexamente, ao próprio sobreprincípio da duração razoável do processo.

Para melhor compreensão do tema, transcrevem-se, no que interessa, trechos do voto do relator:

“(…) Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os preceitos inscritos tanto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951 quanto no art. 23 da Lei 12.016/2009 – que delimitam o âmbito temporal de impetração do mandado de segurança – não ostentam nenhuma eiva de inconstitucionalidade. (...) Entretanto, à luz dos princípios da primazia da decisão de mérito, previsto expressamente nos arts. 4º e 6º do CPC de 2015; da duração razoável do processo; da celeridade; da instrumentalidade das formas; bem como da aplicação analógica dos arts. 139, IX e 1.029, §3º do CPC de 2015, não é o caso de se extinguir o presente mandado de segurança sem adentrar o mérito da controvérsia. Isso se aconselha porquanto o ajuizamento da demanda se deu há mais de 03 (três) anos, e a causa está pronta para julgamento, com documentos e argumentos lançados por ambas as partes. (...) Ademais, e mais importante, a segurança é manifestamente incabível, sendo desarrazoado extinguir o *writ* sem examinar o direito material do impetrante, que poderia acessar as vias processuais ordinárias, demandando a formação de uma nova relação processual. Por ser manifestamente inadmissível, caberia a pronta denegação da segurança por decisão monocrática (art. 212 do Regimento Interno), o que permitiria a análise do mérito. Consequentemente, e diante dos fundamentos expostos, é de se permitir a análise do mérito também neste momento do processo, pacificando a lide de forma definitiva. Examino, portanto, o mérito (...) Por todo o exposto, denego a segurança” (...).

Como se percebe, trata-se de julgamento que reforça a relevância do princípio da primazia do julgamento de mérito, traduzindo um exemplo concreto da aplicabilidade das normas estatuídas no art. 282, §2º e no art. 488, do CPC, porquanto o órgão julgador preferiu resolver o mérito, em vez de, pura e simplesmente, reconhecer a decadência do direito de impetração do *writ*, pois a decisão de denegação da segurança, no fim, foi favorável à parte impetrada, a quem aproveitaria eventual pronunciamento de extinção sem o exame da questão de fundo.

De igual modo, afigura-se por demais pertinente, agora, invocar um outro recente precedente do STJ⁵⁰⁷, que prestigia a instrumentalidade das formas, no qual se reconheceu a ausência de impedimento do órgão julgador, para prosseguir com o julgamento de mérito do recurso.

No referido julgamento colegiado, entendeu-se que não se poderia reconhecer o impedimento do Desembargador, que atuou como revisor no julgamento da apelação, tendo em vista a ausência de prática de atos anteriores, por parte de seu

⁵⁰⁷ STJ, REsp 1.673.327/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 12/09/17, DJ de 15/09/17.

cônjuge, também Desembargadora, que pudessem influenciar decisivamente no julgamento do recurso de apelação.

Explica-se. No caso concreto, o STJ, por não vislumbrar qualquer prejuízo na situação aventada, decidiu deixar de reconhecer um suposto impedimento de juiz, sem decretar a nulidade do anterior julgamento, avançando em direção à discussão de mérito do processo, até em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas em atendimento à máxima “*pas de nullité sans grief*”.

Ao assim decidir, o STJ deu concretude, de modo escorreito, à instrumentalidade das formas, e, reflexamente, aos princípios da eficiência processual e da *primazia do julgamento de mérito*, ao invés de, pura e simplesmente, reconhecer o impedimento, ainda que a imparcialidade represente um pressuposto processual de validade da mais alta envergadura.

E, para relevar a incidência da regra do art. 147 do CPC, ao caso, o STJ se amparou no entendimento da ausência de prejuízo no caso concreto aliado à prevalência do julgamento de mérito, ou seja, exigia-se do recorrente a comprovação de que, *in casu*, a participação do juiz supostamente impedido trouxe algum prejuízo para si, o que não teria sido demonstrado.

É que, segundo o STJ, a atuação do cônjuge do juiz apontado como impedido, em momento anterior no mesmo processo, limitou-se a decretar a inadmissibilidade de um outro recurso – o de agravo de instrumento – devido à sua superveniente perda do objeto, diante da prolação de sentença na ação originária, sem tratar sobre o mérito da controvérsia.

Sendo assim, como tal pronunciamento – tomado pelo cônjuge do juiz indicado como impedido - não enfrentou a questão de fundo submetida a julgamento, inexistiu, no caso, qualquer manifestação judicial que pudesse influenciar no exame de mérito da causa como um todo, apreciado quando do julgamento da apelação, do qual o magistrado supostamente impedido participou como revisor.

Para melhor compreensão do tema, transcrevem-se, no que interessa, trechos do voto do relator:

“(…) O propósito recursal é definir se deve ser reconhecido o impedimento de desembargador para atuar como revisor em julgamento de apelação, tendo em vista atuação de seu cônjuge no julgamento de agravo de instrumento oriundo da mesma causa originária, não obstante tal julgamento tenha se dado sem a análise de mérito da causa, uma vez que extinto o recurso diante da perda do objeto (...) Na hipótese, o TJ/SC reconheceu a ausência de impedimento do

desembargador que atuou como revisor no julgamento da apelação, tendo em vista a ausência da prática de atos anteriores, por parte de seu cônjuge, que pudessem influenciar no julgamento do recurso (...) De fato, não houve qualquer pronunciamento sobre o mérito da questão, ou qualquer manifestação que pudesse influenciar no julgamento do mérito da causa, apreciado quando do julgamento da apelação (...) Cita-se, também, julgado monocrático recente em que se reconheceu que, mesmo no segundo grau de jurisdição, a parte deve demonstrar o efetivo prejuízo advindo da participação de magistrados parentes no julgamento do mesmo processo, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grief* (REsp 1.300.754, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, publicado em 31/05/2016) (...) Na hipótese dos autos, o fato de a desembargadora cônjuge do desembargador revisor ter proferido decisão, extinguindo o agravo de instrumento por perda superveniente de objeto, não é motivo suficiente a ensejar o impedimento de seu cônjuge no julgamento da apelação, pois não interfere” (...).

Como se percebe, trata-se de precedente, que, amparando-se na máxima instrumentalidade das formas, desconsiderou a ausência de um pressuposto de validade do processo, por entender que seria imprescindível demonstrar o prejuízo advindo da hipotética situação de impedimento do juiz, o que não ocorreu *in casu*, pois o pronunciamento anterior de um dos juízes (que, poderia, em tese, caracterizar o vício), não enfrentou o mérito da causa, sendo, por isso, desinfluyente para o exame do recurso.

Tal precedente reforça a relevância do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, traduzindo um exemplo concreto da aplicabilidade das normas estatuídas nos art. 139, IX c/c as do art. 282, §§1º e 2º, do CPC, porquanto o órgão julgador preferiu resolver o mérito, devido à ausência de prejuízo no caso concreto, ao invés de, pura e simplesmente, reconhecer a ausência de um pressuposto processual de validade, qual seja, a imparcialidade do órgão jurisdicional.

5 O CONCEITO DE MÉRITO E A NECESSIDADE DE SUA DELIMITAÇÃO PARA A ANÁLISE JUDICIAL

5.1 Da dicotomia entre a admissibilidade e o mérito das postulações

A construção dos contornos básicos da sistematização dos pressupostos processuais que seriam, mais tarde, recepcionados pela legislação processual civil brasileira, coube a Oskar Von Bülow, em sua famosa obra *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (1868)⁵⁰⁸. Para o autor alemão, só existiria processo se seus pressupostos estivessem presentes, de maneira que não se poderia imaginar uma decisão de mérito na ausência de um pressuposto processual.

Com o passar do tempo, alguns doutrinadores foram, paulatinamente, percebendo que nem sempre a constatação da ausência de um pressuposto processual deveria, necessariamente, inviabilizar o julgamento de mérito, o que levou parte da doutrina a criticar o cientificismo neutro da referida teoria⁵⁰⁹, a ponto de se afirmar, em sede doutrinária, que “a teoria do processo como relação jurídica processual é incapaz de atender às novas concepções e ideais de justiça do Estado contemporâneo”⁵¹⁰.

Diante disso, a doutrina processual civil brasileira passou a admitir que, em algumas situações excepcionais, ainda que constatada a inexistência de um pressuposto processual, mas sendo possível identificar o mérito da postulação, o juiz deve analisar se os elementos do processo lhe permitem proferir uma decisão de mérito favorável àquela parte cujos interesses o pressuposto processual faltante visa a proteger⁵¹¹.

Com isto, resta fixada esta premissa inicial, direcionada à necessidade da releitura quanto à (necessária) decretação de inadmissibilidade da postulação, quando

⁵⁰⁸ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

⁵⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, vaticinou que a teoria da relação jurídica processual de Bülow “encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 480).

⁵¹⁰ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. cit., p. 260.

⁵¹¹ “Deste modo, a leitura dos chamados ‘pressupostos processuais’ à luz dos direitos fundamentais processuais, bem como do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional (de mérito), impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a ideia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito” (RODRIGUES, Daniel Colnago. Ob. cit., p. 243).

ausente um dos pressupostos processuais⁵¹², tal como formulada por Oskar Von Bülow, sobretudo em decorrência da existência do princípio da *primazia da tutela de mérito*, norma que, como visto ao longo deste trabalho, poderá legitimar as condutas judiciais capazes de afastar a aplicação das regras sobre admissibilidade da postulação e, com isso, a decretação de invalidade processual.

Antes de ingressar, no tópico seguinte, que se destina a demonstrar o conceito de “mérito”, para fins de aplicabilidade do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, revela-se fundamental, primeiramente, traçar noções introdutórias acerca da distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito das postulações, distinção esta que se aplica a qualquer procedimento (de primeiro grau ou recursal) e a qualquer ato postulatório (petição inicial, contestação, reconvenção, exceções instrumentais ou recurso), porquanto ambos os mencionados juízos são categorias que pertencem à teoria geral do processo⁵¹³.

Para a correta aplicação da norma da *primazia do julgamento de mérito*, revela-se essencial a adequada e prévia compreensão do juízo de admissibilidade, que, sem dúvida, relaciona-se com o juízo de mérito (daí por que se diz que o mérito é algo “relacional”⁵¹⁴), sendo o primeiro considerado como uma condição de possibilidade para o exercício do segundo.

⁵¹² Uma parte da doutrina sustenta que tais requisitos não podem ser vistos como pressupostos do processo, mas sim de uma decisão sobre o mérito, ao asseverar que “*na verdade, tais requisitos não podem ser vistos nem como pressupostos de existência nem como pressupostos de validade do processo. Isso pela simples razão de que não dizem respeito ao processo. Tais requisitos nem têm relação com a existência ou com a validade do processo, mas sim com a sua substância, ou melhor, com o mérito ou com o pedido de tutela jurisdicional do direito. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito – não o processo*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. cit., p. 552). Neste mesmo sentido, Miguel Teixeira de Sousa defendeu que: “*os pressupostos processuais não condicionam a sentença enquanto ato processual, porque, mesmo sem o preenchimento desses pressupostos, o Tribunal não está impedido de proferir uma decisão; deste modo, os pressupostos apenas condicionam o conteúdo de um ato processual – em concreto, o conteúdo de mérito do ato processual que é a sentença do Tribunal. Os pressupostos processuais são, por isso, condições do conteúdo do mérito da sentença, pois que, embora sem conformarem esse conteúdo, tornam-no admissível*” (SOUSA, Miguel Teixeira de. “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 63, p. 70, 1991).

⁵¹³ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. cit., p. 17-19.

⁵¹⁴ “*Do ponto vista metodológico, só se pode realmente analisar as nuances do mérito, especialmente da suposta primazia de sua análise, depois de revelados os meandros da admissibilidade. É preciso, acima de tudo, entender as funções que o juízo de admissibilidade pode desempenhar no sistema jurídico. Sem isso, além de deslize metodológico, drásticas consequências práticas podem ocorrer. (...) Tendo sido estabelecida a ideia de mérito e sabendo que ao juízo sobre ele se relaciona o juízo de admissibilidade, é imprescindível entender este último, mormente as funções que ele desempenha no sistema jurídico, para se ter a correta dimensão do chamado princípio da primazia do mérito*” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Comentários ao art. 282”. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al. *Novo Código de Processo Civil comentado*. cit., p. 443).

Neste particular, uma ponderação se faz necessária para a melhor compreensão do tema ora discutido: o que diferencia, em essência, estes dois juízos é, rigorosamente, a atividade cognitiva a ser exercida pelo órgão julgador, sendo imperioso, para tanto, delimitar, precisamente, o campo de análise do julgador, a fim de que se entenda, com o rigor técnico desejado, a diferença entre a admissibilidade e o mérito de uma postulação.

Os atos postulatorios são, segundo Goldschmidt, aqueles que têm o fito de conseguir resolução judicial de determinado conteúdo, mediante influências psíquicas exercidas sobre o juiz⁵¹⁵, sendo a demanda, a defesa e o recurso as suas principais espécies. Eles advêm, em regra, de iniciativa das partes, instaurando um procedimento judicial, que será objeto de análise pelo órgão julgador, tanto em relação ao campo de validade procedimental (que representa o juízo de admissibilidade), como quanto ao conteúdo da postulação apresentada (juízo de mérito)⁵¹⁶.

Assim, é certo afirmar que o juízo de admissibilidade opera, essencialmente, sobre o plano da validade do ato jurídico procedimento⁵¹⁷, que se enquadra na categoria de “ato-complexo de formação sucessiva”, por representar um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que se sucedem no tempo, numa ordem lógica necessária e preestabelecida, possuindo um objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Deste modo, como o ato postulatorio da demanda é o primeiro dos atos que compõem o ato jurídico complexo procedimento⁵¹⁸, faz-se mister, primeiramente, examinar a validade deste ato, para, em seguida, num exercício de relação lógica, empreender o juízo de admissibilidade do procedimento, e, de resto, de todo o processo, nos quais a análise recairá – como dito – no plano da validade dos atos processuais.

⁵¹⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 269-270.

⁵¹⁶ “*Todo ato postulatorio sujeta-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação: outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5, p. 261). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 3, p. 127.

⁵¹⁷ “*Trata-se de ato jurídico cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, relacionam-se entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. cit., p. 137-138).

⁵¹⁸ Na lição de Marcos Bernardes de Mello, cuida-se, na verdade, do primeiro dos *atos condicionantes* cuja validade deve ser aferida primeiramente, porque, uma vez invalidado, implicará a invalidade do procedimento desde o início (*in Teoria do fato jurídico: plano da existência*. cit., p. 138)

Ultrapassadas essas noções introdutórias quanto ao juízo de admissibilidade, passa-se a discorrer sobre o objeto central deste item que é a distinção entre esse juízo – de admissibilidade - e o juízo de mérito, que representam exatamente os dois juízos a serem investigados pelo juiz em um determinado procedimento, cuja validade será por aquela aferida, visando à prolação de uma decisão final, que examine, efetivamente, o objeto litigioso.

Com efeito, toda postulação, quer seja na ação, quer no recurso, sujeita-se a um exame dúplice do órgão julgador: primeiro, investiga-se se a postulação atende aos requisitos exigidos e necessários ao seu julgamento (pressupostos de admissibilidade), para, em seguida, na hipótese positiva, prosseguir-se com o exame do conteúdo da postulação, desta feita em relação à existência, ou não, de fundamentação adequada para aquilo que se postula, concluindo pela procedência ou improcedência do pedido⁵¹⁹.

Se o órgão julgador apreciar o mérito da postulação (quer da ação, quer do recurso) sem nada tratar expressamente sobre a admissibilidade desta última, presume-se que o fez, implícita e positivamente⁵²⁰, salvo se a lei exigir manifestação explícita, tal como ocorre, por exemplo, com os recursos extraordinário e especial (art. 1.030, V, CPC)^{521 522}.

Assim, na prática, existe um paralelismo entre os exames de admissibilidade realizados tanto na ação como no recurso⁵²³, significando dizer que, em

⁵¹⁹ “Admissibilidade e procedência do recurso são dois conceitos que a análise distingue. O juízo de admissibilidade é puramente formal, examinando-se se houve nele ou não o concurso dos requisitos necessários à interposição do recurso. A verificação da procedência, ao contrário, é um juízo substancial, porque por ele se visa atacar a injustiça, ou ilegalidade da sentença” (BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 153).

⁵²⁰ “O juízo positivo de admissibilidade não precisa, em princípio, ser explícito, porque o seu principal efeito é o de abrir caminho à apreciação do mérito do recurso, à prolação do novo julgamento pelo recorrente. Ora, esse é o desenvolvimento normal do processo, que percorre o itinerário previsto sem deparar obstáculo. Nas vias públicas, a inexistência de impedimento ao trânsito dispensa a afixação de placas, cartazes ou quaisquer avisos; quando o impedimento surge é que se torna necessário assinalá-lo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968, n. 19, p. 191).

⁵²¹ Mesmo antes do advento do atual CPC, tal exigência, aliás, já era prevista no Enunciado n. 123 da Súmula do STJ, a seguir descrito: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais”.

⁵²² Segundo Araken de Assis, “qualquer espécie recursal, havendo invocação, por parte do recorrido, de preliminar de não conhecimento, deve o órgão julgador enfrentar, expressa e fundamentadamente, a arguição, mesmo que seja para rejeitá-la e conhecer do recurso” (In *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 153).

⁵²³ “Não há como deixar de reconhecer a co-relação existente entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade dos recursos. No fundo, tudo se passa como se se transportassem para a fase recursal

ambos os casos, antes de se ingressar na análise do mérito, empreende-se necessariamente um exame prévio da admissibilidade da postulação, até porque o recurso é um prolongamento do direito de ação e da defesa^{524 525}.

Entretanto, quando o juízo de admissibilidade da postulação for negativo devido à ausência de algum pressuposto processual de validade (seja na ação, seja no recurso), via de regra, ficará comprometida a imediata análise do mérito da postulação, cujo exame ficará condicionado, quando se tratar de vício sanável, ao atendimento da determinação judicial oriunda do dever de prevenção⁵²⁶ ou, excepcionalmente, inviabilizar-se-á o exame do mérito da postulação, nas hipóteses de vícios insanáveis, que não possam ser simplesmente desconsiderados, os quais serão oportunamente tratadas no próximo capítulo.

Em situações tais, o juízo de admissibilidade negativo da postulação deve ser sempre explícito e fundamentado, inclusive com a indicação e a comprovação da ausência do pressuposto de admissibilidade, a fim de permitir a superação do vício apontado, caso ele seja sanável, até em homenagem às premissas cooperativas do processo e, de resto, ao próprio princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Contudo, na hipótese da presença de vício insanável de admissibilidade (cujos exemplos serão abordados no sexto capítulo), aí sim o exame do mérito ficará, em regra, obstaculizado, já que, nesses poucos casos excepcionais, restará inviabilizada a aplicabilidade da norma da *primazia do julgamento do mérito* devido à

as condições exigidas para o ajuizamento da ação. A analogia e o paralelismo existentes são absolutamente verdadeiros” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 53).

⁵²⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, ao seu turno, estabelece um paralelismo idêntico, em relação ao que denomina “*pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide*”, abarcando nesta categoria as condições da ação e os pressupostos processuais, ao afirmar: “*Sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide (que são, especificamente, os pressupostos processuais e condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, 1. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 103-106).

⁵²⁵ Aliás, o próprio Liebman já denunciava o mencionado paralelismo, ao sustentar que o interesse de agir não se tratava de requisito apenas da ação, “*mas de todos os direitos processuais: direito de contestar, isto é, defender-se; direito de propor exceção em sentido estrito; direito de recorrer de uma sentença favorável, etc*” (in *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 156).

⁵²⁶ A possibilidade de se admitir uma postulação, mesmo quando ausente, num primeiro momento, um pressuposto de admissibilidade, mas que depois passou a estar presente, em decorrência do atendimento do dever de prevenção cumprido pelo órgão julgador, pode soar estranho para quem estiver acostumado com o contexto do CPC/1973, no qual predominava a regra da preclusão consumativa, que autorizava, em regra, o decreto de inadmissibilidade da postulação. Contudo, como amplamente demonstrado nesta dissertação, operou-se uma mudança paradigmática direcionada à necessidade de se priorizar o julgamento de mérito do processo, que repercutiu, sobremaneira, nas eventuais situações de inadmissibilidade da postulação.

impossibilidade de superação de vícios insanáveis, que funcionam, justamente por isso, como limites dogmáticos à observância do mencionado princípio.

A par disso tudo, infere-se que o juízo de admissibilidade de qualquer postulação constitui, tecnicamente, uma questão *prévia* ao exercício do juízo de mérito, conceituada como “*toda aquela que logicamente deve ser decidida antes de outras, por manterem entre si uma vinculação de subordinação lógica*”⁵²⁷.

Destas questões prévias⁵²⁸, colocadas como gênero, que devem ser examinadas e solucionadas anteriormente em relação às outras, decorrem duas espécies: as prejudiciais e as preliminares. As prejudiciais – como se sabe – são aquelas “*de cuja solução dependa o teor ou o conteúdo da solução de outras*”⁵²⁹, isto é, são questões cujo julgamento influenciará o próprio teor da questão vinculada.

Diferentemente, as questões preliminares não possuem o condão de influenciar o próprio julgamento das demais questões consequentes, pois se limitam a tornar possível, ou não, esse julgamento, apenas propiciando a apreciação da questão seguinte. Vale dizer, as questões preliminares são aquelas cuja decisão permite ou impede a solução de outras questões, sem, contudo, exercer qualquer tipo de influência sobre o conteúdo da decisão a respeito destas últimas⁵³⁰.

Em resumo, para finalizar tal distinção, percebe-se que a solução das questões prejudiciais, seja em qual sentido for, não impede o julgamento de outras questões, mas lhes afeta a solução futura, condicionando o conteúdo da decisão que as irá resolver, ao passo que a solução das questões preliminares, quando positiva, permite o julgamento das outras questões subordinadas e, quando negativa, impede a realização do referido julgamento.

Nas duas espécies, portanto, têm-se “tipos de influência” diversos: a resolução da questão preliminar (im)possibilita o julgamento de outras questões; a resolução da questão prejudicial predetermina o conteúdo do julgamento de outras

⁵²⁷ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977. p. 11.

⁵²⁸ Barbosa Moreira considera que seria melhor rotulá-las de “questões prioritárias”, ao invés de “questões prévias”, justamente para que não haja dúvida de que a precedência é lógica e não cronológica (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 76).

⁵²⁹ Ibidem, p. 69.

⁵³⁰ Segundo Barbosa Moreira, as questões preliminares são “*aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu modo de ser, mas no seu próprio ser; isto é, para aquelas que conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham, ou ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas*” (Ibidem, p. 29-30).

questões. Então, não é certo afirmar que as questões prévias (prejudiciais e preliminares) serão individualizadas pelo seu conteúdo ou pela natureza da questão vinculada, porquanto a correta distinção entre elas deverá levar em consideração o teor de influência que a questão vinculante terá sobre a questão vinculada⁵³¹.

A par desta precisa distinção, é possível afirmar que o juízo de admissibilidade de uma postulação é composto por questões *prévias*, da espécie *preliminares*, pois, em sendo positivo, apenas permite o julgamento de mérito da postulação, quer seja da ação, quer seja recursal, em nada influenciando no teor da decisão que examinar o mérito da postulação.

Esta solução de mérito, sem dúvida, tem mais valor e importância em comparação com as questões de admissibilidade, pois um dos escopos do processo é, fundamentalmente, solucionar o conflito de interesses, o que ocorrerá quando se prolatar uma decisão de mérito.

Assim, quando se fala em prioridade na solução do mérito, quer-se referir à prioridade *valorativa*, ou seja, a solução de mérito é mais importante do que o controle disfuncional da validade processual, que, às vezes, não funciona como deveria funcionar, pois não está a serviço da resolução do mérito nem é pensado em função disso.

É, neste momento, que se retorna às ponderações iniciais deste tópico, quando ali se afirmou que é necessário empreender uma releitura da noção, quase inofismavelmente aceita, do “dogma da precedência da análise da admissibilidade”, pela qual a ausência de um pressuposto de admissibilidade constitui óbice intransponível à análise do mérito ou de que a apreciação prévia dos requisitos de admissibilidade da postulação terá precedência sobre o exame de mérito.

Isso, entretanto, nem sempre ocorrerá.

É que, em algumas situações excepcionais, o órgão julgador poderá prolatar uma decisão de mérito, ainda que ausente algum dos pressupostos processuais de admissibilidade, quando tal decisão favorecer àquela parte cujos interesses o pressuposto ausente visava proteger.

⁵³¹ Fredie Didier Jr. alerta quanto à reiterada atecnia que acomete os operadores do direito, quando realizam uma distinção equivocada entre as questões prejudiciais, como se fossem de mérito, e as questões preliminares, como se representassem sempre questões de natureza processual. Segundo ele, “a distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial. É importante frisar, por isso mesmo, que os conceitos de questão preliminar e questão prejudicial são conceitos relativos” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 499).

Bem por isso, após estas ponderações, torna-se possível prosseguir na discussão, na tentativa de obter o exato sentido e o alcance do termo “mérito”, como forma de se aplicar, correta e tecnicamente, na ordem jurídica pátria, o princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

5.2 Da dificuldade em estabelecer o alcance e o exato sentido do termo “mérito”

De há muito, já se falava, em sede doutrinária, quanto à existência de um direito fundamental de pleno acesso à jurisdição, que não pode mais ser visto apenas como mera garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo⁵³², ou seja, como o direito a uma decisão de mérito satisfativa, que resolva definitivamente o conflito⁵³³.

A despeito disso, não é menos exato afirmar que sempre houve e há, contraditoriamente, um sem número de decisões judiciais obstando o exame do mérito (das postulações), dando ensejo, inclusive, à adoção da expressão “jurisprudência defensiva” dos tribunais, acabando por inviabilizar, na prática, a garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige e, portanto, a garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos.

Para dar efetividade a este direito fundamental, o CPC erigiu como uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro, o *princípio da primazia do julgamento do mérito*⁵³⁴, certo que elencou a busca, em prazo razoável, da “*solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*” (art. 4º), como um de seus pilares.

Como se vê, o CPC, dando expressão às premissas do Estado Democrático de Direito, elegeu o enfrentamento do mérito como objetivo maior, conferindo-lhe preponderância sobre os demais temas submetidos ao exame

⁵³² CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. cit., p. 13-22.

⁵³³ “O acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Novos Estudos Jurídicos. ano VII, n. 14, p. 15, abr. 2002).

⁵³⁴ Conquanto tenham sido utilizados diferentes rótulos (prioridade, preponderância, prevalência, etc), por parte da doutrina processual civil brasileira, para definir o *princípio da primazia da solução de mérito*, é certo que todas estas ideias convergem para o mesmo conteúdo.

jurisdicional, podendo-se construir o *princípio da primazia do julgamento de mérito* do texto normativo supracitado⁵³⁵.

Aliás, o grau do exercício jurisdicional decorre e dependerá, sempre, da eficiência dos mecanismos de proveito dos princípios processuais, em prol da finalidade da jurisdição, que é a realização prática do direito material, donde se infere que a resolução do mérito é, no maior das vezes, a opção mais consentânea com o sistema, pois resolve a questão de direito material e contribui para a pacificação social.

Com efeito, decretar a nulidade de um ato processual, extinguir o processo sem resolução do mérito ou inadmitir, de plano, um recurso, são situações que somente podem ser aceitáveis, quando presente um vício absolutamente insanável ou quando, embora oportunizada a sanação do defeito sanável, tal correção não se concretizar no tempo aprazada pela inércia da parte interessada⁵³⁶.

Afinal, o principal escopo do processo é prover a preparação para o pronunciamento jurisdicional derradeiro, devendo desenvolver-se em contraditório entre as partes, o que só vem a confirmar a definição de processo pelo processualista italiano Elio Fazzalari, como sendo “*procedimento em contraditório*”⁵³⁷, a fim de garantir a ativa, a consciente e a plena participação das partes, possibilitando entender o “como” e o “porquê” do ato jurisdicional definidor de seus direitos.

Todavia, antes de prosseguir, é fundamental **discernir** a amplitude e o alcance do termo “mérito” na atual conjuntura processual civil pátria⁵³⁸, tema sobre o qual se reserva uma constante preocupação da doutrina brasileira⁵³⁹, notadamente por se

⁵³⁵ A propósito, como advertiu Leonardo Carneiro da Cunha, “*pode-se construir do texto normativo (...) o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito* (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio-49-principio-da-primazia-do-merito>> Acesso em: 03 ago. 2017).

⁵³⁶ Neste mesmo sentido, confira-se a seguinte lição: “*Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo, portanto, equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil”. cit., p. 15).

⁵³⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif., 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 36.

⁵³⁸ Como acentuou Alfredo Buzaid, trata-se de uma das mais árduas tarefas, dos estudiosos do processo, o estabelecimento do conceito de mérito (*Do Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. cit., p. 101).

⁵³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 231.

tratar de uma categoria fundamental, tanto do ponto de vista teórico, quanto no nível da experiência dogmática^{540 541}.

Na verdade, pretende-se, neste tópico, apenas delimitar o sentido do vocábulo “mérito”, para fins de aplicabilidade do princípio da *primazia da resolução do mérito*, tentando determinar inicialmente o conceito técnico de *mérito da causa*, buscando, posteriormente, relacioná-lo com o *conteúdo* da sentença, pela qual pretende o autor obter, contra o réu, alguma consequência jurídica em seu benefício.

Neste momento, é necessário fixar uma premissa: o juízo de mérito não pode ser concebido de modo estanque, estático, mas sim como algo dinâmico, referente àquilo que está em discussão, cujo conteúdo será preenchido de acordo com a situação jurídica processual estabelecida no processo, ou seja, algo pode ser mérito num determinado sentido, mas, sob outra ótica, não se constituir questão de mérito⁵⁴².

Tome-se como exemplo a competência, que, ordinariamente, configura um pressuposto processual de validade, possuindo, em geral, um caráter de questão meramente processual, mas, excepcionalmente, pode tornar-se uma questão de mérito, a exemplo do que se vê na ação rescisória fundada em decisão proferida por juízo

⁵⁴⁰ “O conceito de “objeto do processo” não foi muito desenvolvido no Brasil, onde se preferiu focar os estudos acerca do instituto da ação, e, de consequente, nos elementos da demanda, por forte influência da doutrina italiana; em sentido oposto, a doutrina alemã erigiu o mérito (chamado de *Sreitgegenstand* ou objeto litigioso do processo) como conceito nuclear do processo civil, voltando todas as suas atenções para o difícil conceito de pretensão (*Anspruch*)” (KIMMICH, Liane Boll, “Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 159).

⁵⁴¹ De há muito, Schwab já propugnava o quão difícil é a tarefa de estudar o objeto litigioso do processo, chegando ele entender “a solução do problema do objeto litigioso do processo como a missão principal da ciência processual”, complementando que “a discussão em torno da essência do objeto litigioso não é somente de índole técnica, mas também de extraordinária prática” (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Trad. Thomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 3-4).

⁵⁴² Neste ângulo da problemática, convém transcrever as lições de Roberto P. Campos Gouveia Filho: “Primeiramente, é preciso entender que mérito é uma noção formal e relativa. Explica-se. A feição formal da ideia de mérito se dá pelo fato de ele ser sempre o objeto da análise judicial, independentemente da natureza do direito positivo em discussão. Assim, o mérito pode ser previsto por, dentre outras, normas jurídicas de direito civil, direito administrativo, direito constitucional e, até mesmo, direito processual. É passível de ser mérito, portanto, tudo que possa ser levado à apreciação do Estado-juiz. Não é o conteúdo do objeto que torna algo meritório, mas sim o próprio ser do objeto, daí o viés formal. Não há processo sem mérito, embora o teor deste varie sobremaneira. Já seu viés relativo se dá porque aquilo que num determinado momento espaço-temporal é estranho ao mérito (funcionando como pressuposto para o atingimento dele) pode, noutro momento, passar a ter natureza meritória. (...) . A noção de mérito (não do seu conteúdo!) é verdadeiramente posicional. Muito mais sintática do que semântica, pois. Não é correto dizer, por isso, que o mérito é referente apenas a normas de direito não processual, como os já citados civil, administrativo, constitucional etc. Mesmo numa visão abstrata da questão (levando-se em conta, por exemplo, o art. 22, I, CRFB), o direito positivo processual pode, como no exemplo acima, compor o mérito” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Comentários ao art. 282”. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al. (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. cit., p. 443).

absolutamente incompetente, nos termos do art. 966, II, do CPC, na qual se discutirá apenas a “competência de um órgão julgador”.

Vale dizer, numa ação qualquer, a competência do juízo é, obviamente, algo estranho ao mérito, mas, quando questionada ou discutida, a mesma competência passa a compor o objeto de algo por ser analisado pelo Estado-juiz, de modo a exigir uma decisão sobre a competência do juízo⁵⁴³.

5.2.1 A polissemia do termo “mérito”

O vocábulo “mérito” ou *meritum* provém do verbo latino *mereo* (*merere*), que, dentre outros significados, traduz “pedir, pôr preço em”⁵⁴⁴, podendo-se inferir daí que o mérito, em sentido técnico-jurídico, reside naquilo que “alguém vem a juízo pedir, postular, exigir”, adquirindo, assim, o sentido etimológico de “exigência” apresentada pelas partes ao órgão jurisdicional através de uma demanda.

A preocupação com a polissemia do vocábulo “mérito” é plenamente justificável, porque tal expressão apresenta, nos vários troncos da ciência do Direito, uma multiplicidade de sentidos, possíveis e diferentes, sendo que as distintas variantes de seu significado podem depender da afinidade etimológica do vocábulo, do seu uso metafórico e, em última instância, do próprio contexto em que a palavra se insere.

Polissemia é um conceito da área da linguística com origem no termo grego *polysemos*, que significa “**algo que tem muitos significados**”, constituindo-se, concomitantemente, um elemento estrutural da linguagem e uma propriedade básica das unidades léxicas⁵⁴⁵.

Então, afigura-se muito importante saber em qual contexto o termo “mérito” está sendo discutido, porque o mérito pode ser previsto por normas jurídicas de direito civil, de direito administrativo, de direito constitucional e, até mesmo, de direito processual, podendo assumir diferentes acepções, tal como no Direito Administrativo, no qual a expressão “mérito administrativo” revela a oportunidade e a conveniência para o administrador praticar o ato jurídico a seu cargo.

⁵⁴³ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Comentários ao art. 282”. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida et al. (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. cit., p. 443.

⁵⁴⁴ Informações retiradas do sítio <<https://www.significados.com.br>> Acesso em: 15 ago. 2017.

⁵⁴⁵ Idem.

Especificamente no âmbito do direito processual civil, para Andrea Panzarola⁵⁴⁶, o vocábulo “mérito” é polissêmico, por possuir vários sentidos, apresentando um caráter polivalente, sendo utilizado, por exemplo, para se contrapor à palavra “rito”, que corresponde à matéria de âmbito processual, enquanto o “mérito” coincide com questões pertinentes ao direito material⁵⁴⁷.

No entanto, a doutrina pátria, não raras vezes, emprega o termo “mérito”, de modo atécnico, sem o necessário rigorismo científico, confundindo-o com “questões de mérito” que a ele se referem, confusão altamente perigosa para o sistema, principalmente porque a decisão de mérito projeta eficácia para fora do mundo do processo e obtém a autoridade da coisa julgada material, o que não ocorre, via de regra, com a solução dada às questões a ele referentes⁵⁴⁸.

Cândido Rangel Dinamarco, porém, distinguiu “mérito” de “questões de mérito”, separando aquilo que justifica a instauração de um processo, como o seu objeto, das questões de direito material, que normalmente são designadas de “mérito” como contraposto às questões processuais, afirmando que *“o mérito não pode ser confundido com as questões de mérito – assim como, paralelamente e pelo mesmo motivo, as condições da ação não se confundem com as questões sobre elas, nem com as questões estritamente processuais se confundem com a própria regularidade do processo”*⁵⁴⁹.

Alfredo Buzaid, por seu turno, define o mérito como *objeto do processo*, ao vaticinar que o processo labora diretamente sobre a lide, ou seja, sobre o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro, conflito este que não se identifica com a relação jurídica substancial porventura existente entre as partes⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ PANZAROLA, Andrea. *La cassazione civile giudice del mérito*. Torino: Giappichelli, T. II, 2005, p. 648.

⁵⁴⁷ TURRONI, Davide. *La sentenza civile sul processo: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 81.

⁵⁴⁸ Neste contexto, colhe-se a seguinte lição doutrinária: *“Como um dos atributos da jurisdição é a submissão à coisa julgada, a sentença que decide o mérito, ou seja, o pedido, torna-se imutável e indiscutível, não podendo esse pedido ser objeto de nova análise, em demanda idêntica que contenha as mesmas partes e a mesma causa de pedir”* (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Embargos infringentes contra parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 154, p. 160).

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I, p. 313.

⁵⁵⁰ BUZAID, Alfredo. “Da lide: estudo sobre o objeto litigioso”. *Ensaio e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell*. São Paulo: RT, 2002, p. 72-132.

Para o aludido autor, o *objeto do processo é o mérito*, pelo que a função do processo resumir-se-ia em estabelecer se a pretensão deduzida pelo autor tem, ou não, merecimento, de modo que o Estado seja obrigado a tutelá-la, adotando as providências capazes de torná-la efetiva e realizada no plano social⁵⁵¹.

5.2.2 O mérito da demanda e o mérito do recurso

Um dos temas relevantes para o desenvolvimento deste quarto capítulo é, sem dúvida, delimitar a distinção entre o mérito da demanda e o mérito do recurso, que, em regra, não possuem o mesmo significado, mas, em algumas situações isoladas, podem vir a coincidir. Tanto a demanda como os recursos possuem, como um de seus elementos identificadores, o pedido, que é “*manifestação processual de uma pretensão, entendida esta como a intenção de submeter o interesse alheio ao próprio*”⁵⁵², o qual, porém, adquire dois contornos distintos, denominados por pedido imediato e pedido mediato.

O pedido imediato é representado pela providência jurisdicional requerida na ação, ao passo que, no recurso, será a reforma, a anulação ou o esclarecimento da decisão judicial recorrida, enquanto o pedido mediato refere-se ao bem da vida perseguido, ou melhor, à consequência processual do pedido refletido no direito material do postulante. O ajuizamento da demanda implica a formulação de uma pretensão, veiculada no pedido de emissão de um provimento jurisdicional de determinada natureza (decisão ou sentença), funcionando a demanda apenas como o veículo formal da pretensão do demandante⁵⁵³, que instaura o processo, revelando-se, portanto, como fato estritamente processual.

Tal pretensão apresenta-se, em primeiro lugar, direcionada ao tipo de provimento postulado (cognitivo, que pode ser satisfativo ou cautelar), sendo chamada

⁵⁵¹ Para Ovídio Baptista, “*é possível separarem-se as questões relativas ao processo das questões que digam respeito propriamente à lide, sem preocuparmo-nos com aquela terceira categoria de questões que, não dizendo respeito à relação processual, são tidas pela doutrina como igualmente estranhas ao meritum causae, as chamadas condições da ação*” (in *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. cit., p. 232).

⁵⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 196.

⁵⁵³ “*Afirmar que o mérito se consubstancia na demanda significa dar peso maior ao continente do que a seu conteúdo substancial (...) e não terá saído da superfície aquele que identificar o meritum causae com a demanda, que é mera via de acesso dos sujeitos do processo*” (DINAMARCO Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. cit., p. 315).

de pedido imediato e, somente num segundo momento, manifesta-se como pretensão ao bem da vida descrito ou à nova situação jurídica material (pedido mediato)⁵⁵⁴.

Por outro lado, ao interpor um recurso, por força do princípio dispositivo, compete ao recorrente delimitar-lhe sua extensão, seu âmbito de abrangência, de forma a alcançar, ou não, a totalidade da decisão judicial, bem como apontar o que almeja com a sua interposição e nisso reside o seu mérito.

Então, o mérito do recurso cinge-se aos pedidos para reformar, anular ou esclarecer a decisão judicial recorrida, pedidos estes que se amparam na identificação da causa de pedir recursal ou na fundamentação fática e jurídica do recurso, que consistem nos vícios de juízo (*error in iudicando*) e de procedimento (*error in procedendo*), apontados como presentes no provimento jurisdicional questionado.

O vício de juízo (ou *error in iudicando*) consiste no erro da valoração feita pelo magistrado, que avalia mal o fato, aplica erroneamente o direito ou interpreta equivocadamente a norma jurídica. Tal vício se refere ao conteúdo, errando o magistrado quanto aos efeitos jurídicos que deveria conferir ao caso concreto, através de uma norma específica aplicável à postulação, ao passo que haverá vício de atividade (ou *error in procedendo*), quando não existir observância (ou mesmo descumprimento) das normas que regulamentam o procedimento⁵⁵⁵.

Em qualquer um dos casos, o recorrente fará um pedido por uma nova decisão: se rotular o decisório de ilegal, porque contaminado por vício formal de atividade (*error in procedendo*), já que o órgão julgador desrespeitou, formalmente, uma regra relativa ao procedimento, postulará a invalidação do julgamento, de modo que a validade do próprio ato impugnado se torna o mérito do recurso.

Se, ao revés, afirmar ser a decisão injusta (*error in iudicando*), face a um erro substancial de julgamento (que pode abarcar questões processuais ou a própria questão de fundo), o pedido será de reforma do pronunciamento jurisdicional e, com isso, o mérito se identificará com o objeto da atividade judicante que resultou no provimento⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ “Conceitualmente, toda pretensão deduzida em juízo apresenta duas faces distintas, sendo, portanto, invariavelmente bifronte: ela é em um primeiro plano pretensão a dado provimento jurisdicional, de determinada natureza e conteúdo, mas, em última análise, pretensão também a um certo bem da vida” (DINAMARCO Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. cit., p. 303-304).

⁵⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. cit., p. 258.

⁵⁵⁶ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil – Recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31.

Sendo assim, o mérito do recurso, definido pela causa de pedir alegada e pelo pedido formulado, em regra, distingue-se do mérito da demanda, como se vislumbra, por exemplo, no recurso de apelação que pretende apenas a anulação de uma sentença, em decorrência de um *error in procedendo*, a ponto de não alcançar o mérito da causa.

Outro exemplo, no qual os méritos da demanda e do recurso não coincidem, é o caso de um recurso de apelação interposto contra uma sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito com fulcro numa das hipóteses do art. 485 do CPC, situação na qual o mérito do recurso versará exclusivamente sobre uma questão processual, diversa do mérito da ação⁵⁵⁷.

Entretanto, existirão situações nas quais haverá coincidência entre o mérito da demanda e o mérito recursal, bastando, para tanto, imaginar a interposição do recurso de apelação em face de sentença de improcedência do pedido, buscando a reforma desta última e a consequente procedência do pedido.

5.2.3 O mérito da postulação decorrente da conjugação da causa de pedir e do pedido

Segundo a definição lexical, “postular” significa “*pedir com insistência*”⁵⁵⁸, compreendendo, assim, nesta acepção genérica, quaisquer súplicas, pedidos ou solicitações feitas reiteradamente por alguém a outrem, mas, num sentido estritamente jurídico do verbete, significa “*requerer por direito, documentando a alegação*”⁵⁵⁹, podendo-se dirigir, por isso, a qualquer autoridade ou órgão do Estado, ou até mesmo a particulares.

Todavia, no que respeita aos interesses deste tópico, faz-se necessário delimitar, ainda mais, o conceito de “postular”, para se obter o seu significado técnico no âmbito jurídico-processual.

Definindo os atos postulatórios a partir de seu escopo, Goldschmidt os identificou como sendo aqueles cujo objetivo é conseguir a resolução judicial de

⁵⁵⁷ Realmente, avultam inúmeras situações em que o mérito recursal não se identifica com o mérito da demanda, sendo, portanto, “*a coincidência qualitativa ou quantitativa entre o mérito da impugnação e o da causa representará um dado acidental e contingente*” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. Ob. cit., p. 128-129).

⁵⁵⁸ Academia Brasileira de Letras. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 1011.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 1011.

determinado conteúdo, mediante influências psíquicas exercidas sobre o juiz, sendo a demanda, a defesa e o recurso as suas principais espécies⁵⁶⁰.

Diz-se que os atos postulatórios são aqueles mediante os quais a parte pleiteia determinado provimento jurisdicional, podendo-se extrair desta definição os elementos essenciais de todo e qualquer ato postulatório, a saber: (i) uma manifestação de vontade da parte; (ii) no sentido de obter certo provimento jurisdicional, pois a circunstância de a manifestação de vontade não observar, em concreto, as formalidades prescritas em lei não desnatura o ato como tal, sendo suficiente, para tanto, detectar a intenção da parte de obter um provimento jurisdicional para se identificar a existência de uma postulação⁵⁶¹.

Para a maior parte da doutrina processual civil brasileira, capitaneada por Dinamarco, seguindo o pensamento de Liebman⁵⁶², o objeto litigioso ou o “mérito” da postulação coincidiria, exata e perfeitamente, com o pedido definitivo formulado pelo autor em sua petição inicial.

Embora Liebman considerasse, num primeiro momento, a petição de contestação do réu fundamental para a formação do mérito do processo, o jurista italiano acabou por reconhecer, posteriormente, a unicidade da posição do pedido (pretensão) do autor, que coincide com o objeto do processo⁵⁶³, sendo a pretensão, portanto, o elemento substancial da demanda ou seu conteúdo socialmente relevante.

Neste mesmo sentido, considerando que o mérito da postulação seria identificado exclusivamente pelo pedido formulado pelo autor, excluindo a *causa petendi* do núcleo do conceito de mérito da causa, Dinamarco sustenta que se afastaria do mérito aquilo que chama de “objeto de conhecimento do juiz”, formado pelas questões de mérito, que reúnem as razões fáticas e jurídicas apresentadas pelas partes e que comporiam a base sobre a qual o magistrado apoiar-se-ia para julgar⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. cit., p. 269-270.

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Bruno Silveira. *O juízo de identificação de demanda e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

⁵⁶² Neste sentido, Liebman advertiu que “o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é (...) o conflito existente entre as partes fora do processo, e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito”, de sorte que “o conflito de interesses não entra para o processo, tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe dá o autor em seu pedido” (In “O despacho saneador e o julgamento do mérito”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 767, p. 744, 1999).

⁵⁶³ “O pedido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir atos com que atende ao mencionado pedido” (Ibidem, p. 748).

⁵⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 58, p. 07, 1992.

Então, conforme tal corrente doutrinária, o sentido mais apropriado para o vocábulo “mérito” seria aquele incorporado na ideia de que a ação consiste no direito a uma sentença de mérito, que, por sua vez, identifica-se com o *pedido formulado* pelo autor em sua petição inicial (objeto litigioso), em torno do qual gravita a atividade do juiz, a quem cabe sobre ele decidir.

Entretanto, o presente trabalho considera tal premissa metodológica inadequada e insuficiente para se obter o alcance pragmático do conceito de “mérito da postulação”, na atual conjuntura dogmática do direito processual civil brasileiro, na qual se sobressai o modelo participativo de processo.

É que, dentro de um contexto do formalismo-valorativo, onde vigora um modelo estrutural cooperativo de processo, não se pode compreender o “mérito da postulação”, exclusivamente, como sinônimo do pedido isoladamente considerado (o que atende apenas os fins didáticos), mas sim como advindo de uma análise conjugada com a respectiva causa de pedir, sobretudo porque, como se sabe, a própria interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação, inclusive da causa de pedir (art. 322, §2º, do CPC)^{565 566}.

Assim se sucede, porque o pedido, como um todo considerado, deve ser analisado não só no plano semântico, como também no plano pragmático (sentido aplicado no contexto da postulação). Não há como simplesmente dissociar o pedido da sua respectiva causa de pedir, para fins de se obter o adequado sentido da expressão “mérito”⁵⁶⁷, fazendo com que o juiz tenha que empreender uma interpretação sistêmica da petição inicial, atentando-se, outrossim, para a causa de pedir, elemento essencial para a delimitação do pedido^{568 569}.

⁵⁶⁵ “Os fatos contidos na inicial, qualificados como causa petendi, constituem efetivamente o fundamento jurídico da demanda e que o autor deve demonstrar que eles levem necessariamente à conclusão ou conclusões pedidas, isto é, à relação de causa e efeito (no plano lógico e volitivo do autor) entre os fatos jurídicos e o pedido, ou seja, os fatos e suas consequências” (JARDIM, Augusto Tanager. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 109).

⁵⁶⁶ O STJ, em alguns julgamentos, mesmo antes da vigência do atual CPC, já entendia que o pedido há de ser interpretado consoante o conjunto da postulação, devendo ser inferido a partir de uma interpretação lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, reputando o pedido “como aquilo que se pretende com a instauração da demanda” e “deve ser extraído a partir da coleta de todos os requerimentos feitos no corpo da inicial e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica ‘dos pedidos’”, o que, de resto, pode, inclusive concretizar o princípio da *primazia do julgamento de mérito* (STJ, REsp. n. 1.049.560/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/11/10, DJ de 16/11/10).

⁵⁶⁷ “Deve entender-se o termo ‘pedido’ não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, v. 27, p. 171).

⁵⁶⁸ Comentando o CPC/1973, que não possuía dispositivo semelhante (ao contrário, dele constava enunciado normativo, que determinava a interpretação restritiva do pedido), Pontes de Miranda já sustentava de há muito que “(...) a regra jurídica não preexclui que se prefira a interpretação que mais se

Na demanda, a *causa petendi* se afigura como um elemento indissociável do pedido, porque o correto entendimento desse último é impraticável sem a concorrência da primeira, de sorte que o pedido, considerado isoladamente, é insuficiente para determinar o mérito da postulação⁵⁷⁰.

Assim o é, porque se adota, como marco teórico, o modelo cooperativo de processo, do qual decorre uma obrigatoriedade de fundamentação analítica não só dos pronunciamentos jurisdicionais, mas também das próprias postulações das partes.

Com efeito, o “mérito do ato postulatório”, entendido em seu sentido amplo, deve conter, de modo conjugado, uma causa de pedir (*causa petendi*), que fundamente fática e juridicamente a pretensão da parte autora⁵⁷¹, acrescido de um pedido daquilo que efetivamente se pretende com a provocação do Poder Judiciário (entrega definitiva da pretensão de direito de material solicitada).

Aliás, a própria mecânica do direito processual civil impõe à parte autora (entendida aqui de modo amplo, para se incluir o réu na hipótese da reconvenção), que toma a iniciativa de provocar o órgão jurisdicional, o ônus e o risco de formular as razões que pretende fazer prevalecer em juízo, de modo que o autor não pode limitar-se a narrar os fatos da causa sem expressar valorações relevantes desta narrativa, a ponto de esperar, apenas, a decisão tomada pelo juiz acerca de sua pretensão.

Diante disso, considerando-se que o pedido deve ser interpretado a partir do estado de coisas anunciado na postulação (causa de pedir)⁵⁷², é plenamente aceitável sustentar que a causa de pedir também representa, inelutavelmente, um elemento componente do objeto litigioso do processo⁵⁷³.

afeição à causa de pedir ou à narração dos fatos” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 82).

⁵⁶⁹ “A interpretação do pedido exige uma consideração especial. É que muitas vezes se vê, na prática forense, considerar-se que o pedido deveria ser interpretado apenas a partir de uma frase que, formulada ao final da petição inicial, é indicada pelo demandante como sendo o seu pedido. É que, com muita frequência, o demandante – através de seu advogado – escreve, ao fim da petição inicial, algo como o seguinte: “é a presente para pedir a condenação do réu ao cumprimento da obrigação X”, ou “através da presente pede-se a anulação do contrato Y”. Impende, porém, ter claro que o pedido não pode ser interpretado a partir de uma única frase, mas levando-se em conta “o conjunto da postulação” (art. 322, §2º, CPC)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 197).

⁵⁷⁰ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016, p. 233.

⁵⁷¹ Neste contexto, importa ressaltar a finalidade da *causa petendi*, que possui “múltipla finalidade advinda dos fatos que a integram, vale dizer, presta-se, em última análise, a individualizar a demanda e, por via de consequência, para identificar o pedido, inclusive quanto à possibilidade deste” (TUCCI, José Rogério Cruz e. cit, p. 171).

⁵⁷² SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Ob. cit., p. 243.

⁵⁷³ Discordando desta ideia, ao sustentar que é o pedido que é julgado pelo juiz, e não a causa de pedir, que apenas fundamenta e justifica o acolhimento ou a rejeição do primeiro, Talamini assevera que “a pretensão processual se identifica pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela

Realmente, pode-se afirmar que a causa de pedir, essencial à individualização do pedido definitivo, também integra o conceito de “mérito da causa”⁵⁷⁴, até porque o CPC adota a teoria dos *tria eadem* do direito romano clássico, pela qual importam, na identificação da demanda em seu aspecto objetivo – e, por consequência, na identificação do mérito da causa – as partes, a *causa petendi* e o pedido, conjuntamente, conforme evidencia o art. 337, §2º, do CPC⁵⁷⁵.

Aliás, Eduardo Couture já afirmara constituir o pedido um verdadeiro “projeto de futura sentença de mérito”⁵⁷⁶, ou seja, segundo este entendimento, o direito de ação coincidiria, a princípio, com o direito de se provocar o Estado-Juiz para sempre se obter uma sentença de mérito, que examine, efetivamente, o pedido formulado pelo autor em sua petição inicial.

A par destas conclusões, infere-se que o “mérito da postulação”, entendido como a junção da causa de pedir (remota e próxima) e do pedido definitivo, deverá ser entregue por uma sentença compreensível, cujo texto indique, com razoável segurança, a solução para os pedidos formulados, porquanto uma sentença ininteligível permanece sem resolver a controvérsia⁵⁷⁷.

As partes têm, como atributo de uma situação subjetiva derivada do Estado Constitucional, o poder de exigir do órgão jurisdicional um pronunciamento de mérito sobre a própria pretensão material, dotado de um texto com sentido e que não seja incompleto ou obscuro⁵⁷⁸.

pretendido (a providência processual concreta) com a situação carente de tutela (a ‘situação trazida de fora do processo’). No pedido é formalmente veiculada essa pretensão. Por outro lado, a causa de pedir é elemento indispensável para que a pretensão seja adequadamente identificada, embora a causa de pedir, em si, não constitua objeto ou parte do objeto do processo (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 279-280).

⁵⁷⁴ “O mérito da causa é constituído pela causa de pedir, por eventual defesa indireta alegada pelo demandado e pelo pedido. Julgar o mérito, portanto, significa apreciar as alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes na causa de pedir e na defesa e a partir daí julgar procedente ou improcedente, no todo ou em parte, o pedido formulado (arts. 141 e 490)” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. cit., p. 559).

⁵⁷⁵ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Ob. cit., p. 233.

⁵⁷⁶ São essas as palavras de Eduardo Couture: “Un autor há señalado com agudez que toda demanda es el proyecto de sentencia que quisiera el demandante em cuanto a su estructura y cuanto a su contenido” (*Introducción al estudio del proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 64).

⁵⁷⁷ KEMMERICH, Clóvis Juarez. Para o referido autor: “O direito a uma sentença não é posto em dúvida no direito brasileiro. Mas cabe anotar que o direito português é mais explícito do que o brasileiro quanto ao direito a uma sentença que decida sobre os pedidos formulados. Diz o CPC português, em seu art. 2º, §1º: “A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar” (*Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 69).

⁵⁷⁸ “(...) O intérprete da sentença judicial ininteligível não tem a mesma liberdade do intérprete diante de uma lei ininteligível. No caso da lei, se o legislador não conseguiu expressar-se, não é por isso que o juiz

Na exposição de motivos do CPC/1973, preocupado com um dos princípios da técnica legislativa, qual seja, o rigor da terminologia na linguagem jurídica, Alfredo Buzaid, criticando a redação utilizada pelo CPC/1939, que empregava o vocábulo “lide” ora como processo (art. 96), ora como o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, §2º), sustentou que o CPC/1973 usaria a palavra “lide” somente para designar o mérito da causa^{579 580}.

Entretanto, se, de um lado, na exposição de motivos do CPC/1973, Alfredo Buzaid se reportou ao conceito de mérito como correspondente à definição de lide⁵⁸¹, de outro, não é menos exato que o atual CPC aboliu, em inúmeras passagens, o termo “lide”, passando a adotar, com mais rigor técnico, a expressão “mérito”, o que contribuiu, inclusive, para se obter uma definição dogmática desse vocábulo⁵⁸².

Nesse sentido, insta rememorar a admoestação de Otávio Domit:

“Assim que, se já nos sistemas dos Códigos de 1939 e 1973 não era lícito afirmar que a *res in iudicium deducta* poderia ser traduzida pelo conceito carneluttiano de lide, tanto menos é correto assim concluir diante do sistema do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, além de serem válidas à luz da novel legislação as mesmas considerações doutrinárias que repeliam essa

deixará de decidir o caso concreto, à luz do ordenamento existente e, até mesmo, criando soluções para os casos não previstos. No caso da sentença, o pedido que recebe uma sentença ininteligível permanece irrisoluto; logo, as partes permanecem com o direito a uma sentença” (KEMMERICH, Clóvis Juarez. Ob. cit, p. 69).

⁵⁷⁹ Pela análise dos diversos dispositivos do CPC/1973, percebe-se que, salvo poucas e isoladas exceções, os vocábulos “lide” e “mérito”, em diversas passagens textuais, foram empregados, claramente, como sinônimos pelo legislador. Aliás, assim se manifestou Cândido Rangel Dinamarco, ao asseverar que a utilização da palavra “lide”, significando “mérito”, pode ser encontrado nos arts. 5º, 22, 47, 110, 126, 132, 325, 462, 468, 470 e 798, ao passo que, tendo significação diversa de “mérito”, aquela palavra foi utilizada nos arts. 70 a 76, 1.179 e 1.182, §1º, todos do CPC/1973 (DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”. cit., p. 20-21).

⁵⁸⁰ Segundo Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do CPC/1973, “*lide é, consoante a lição de Carnelutti, conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes*” (Do Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil. cit., p. 103).

⁵⁸¹ Tratando sobre o CPC/1973, Alfredo Buzaid definiu o objeto do processo ou mérito da causa da seguinte maneira: “*o autor, tomando uma realidade social, submete-a através da ação à apreciação do juiz, para que a conheça e decida: e este que, sem a atividade provocadora do autor, permanece inerte, passa então a examinar, como tema da sentença, aquela realidade social, mas tão-só dentro dos limites da proposta feita pelo autor. É este o objeto do processo, o mérito*” (Ibidem, p. 101).

⁵⁸² Basta observar, por exemplo, os textos normativos dos arts. 141 (“*O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte*”), 315 (“*Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal*”), 493 (“*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão*”) e 503 (“*A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*”), todos do atual CPC.

possibilidade, o legislador do novo Código restringiu significativamente o uso do vocábulo “lide” na comparação com o Código anterior – preferiu-se, em seu lugar, a utilização da palavra “mérito” -, tornando evidente a impropriedade de se recorrer à teoria da lide de Carnelutti para a definição do objeto do processo no atual direito processual civil brasileiro. O que dito até aqui é provavelmente suficiente para rejeitar a ideia de que o “mérito” da causa (ou objeto litigioso) no processo civil brasileiro possa ser definido a partir do conceito carneluttiano de lide”⁵⁸³.

Percebe-se, então, que o conceito de “mérito” finca-se em duas premissas basilares, a saber: a) há uma coincidência com a ideia de pretensão definitiva formulada pelo autor, mas sempre associada à correlata causa de pedir, para o exame do órgão jurisdicional; b) somente haverá julgamento de mérito, quando o juiz se pronunciar sobre o pedido deduzido pelo autor, antecipada ou finalmente, declarando-o procedente ou improcedente, equivalendo dizer, afinal, que qualquer outra manifestação do julgador, que não traduza um julgamento sobre o pedido, não será de mérito.

Portanto, para se alcançar o verdadeiro sentido dogmático do “mérito” de uma postulação, e, com isso, aplicar-se, de modo correto, a norma da *primazia do julgamento de mérito*, impõe-se, necessariamente, o exame do pedido formulado pelo autor conjugado com a respectiva causa de pedir (remota e próxima) de uma demanda.

5.3 O “mérito” na execução

Esta dissertação não tem como escopo a exposição de toda a potencialidade da *primazia do julgamento de mérito* na dogmática processual civil brasileira, pois pretende tratar dessa norma apenas na seara do processo de conhecimento, já que a perspectiva da referida norma, no âmbito do processo executivo, adquire uma dimensão muito maior, exigindo-se um repertório teórico incompatível para os fins desejados no momento.

De fato, caso se pretendesse, especificamente, incursionar no referido tema dentro do processo executivo, seria necessário empreender uma análise completa dos institutos que o circundam no âmbito da execução (por exemplo, a boa-fé objetiva, o dever de auxílio, a divisão de trabalho na execução, mecanismos preclusivos, etc), para se discutir o alcance do princípio da *primazia do julgamento de mérito* em relação ao resultado satisfativo da atividade jurisdicional.

⁵⁸³ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Ob. cit, p. 228.

Caso se entenda pela ocorrência de “mérito” na execução (tal como se sustentará adiante), o trabalho teria que dispor, necessariamente, sobre a aplicabilidade da norma da *primazia do julgamento de mérito* em situações restritivas, tão comuns na seara executiva, nas quais são impostas dificuldades para a realização da fase satisfativa, a exemplo da suspensão provisória do processo executivo ou do arquivamento provisório dos autos (devido à não localização de bens do executado), ou da impenhorabilidade dos bens de família, ou da renovação dos atos de penhora, hipóteses nas quais o processo pode vir a ser extinto sem a satisfação do direito do credor.

Sendo assim, embora não se desconheça a relevância deste tema dentro da problemática central, é certo que tal intento fugiria aos limites do texto apresentado, na medida em que exigiria um desenvolvimento teórico muito mais amplo, que poderia ser objeto de uma outra dissertação ou até mesmo de uma tese de doutorado.

Em decorrência disso, procede-se, agora, a um corte epistemológico no trabalho, no intuito de se analisar, exclusivamente, a existência, ou não, do “mérito” na execução cível, sem a necessidade de explorar, integralmente, esta vertente do tema.

Feita esta ressalva, passa-se a discutir quanto à existência, ou não, do “mérito” no processo de execução, inclusive porque isso representa uma das modalidades do conceito de mérito, objeto deste capítulo, antecipando-se que a presente dissertação comunga do entendimento de que existe, sim, mérito na execução.

Não há unanimidade, no âmbito doutrinário, quanto à existência, ou não, do mérito no processo de execução de título extrajudicial e na fase executiva de cumprimento de sentença, tema que ainda suscita grande divergência doutrinária no sistema jurídico brasileiro.

Aliás, tal discussão assume uma nítida relevância, porque a depender do posicionamento adotado, aceitando-se ou recusando-se a ocorrência de julgamento de mérito na execução, admitir-se-ão consequências práticas que poderão alterar significativamente o modo de compreensão do processo executivo e de seus efeitos correlatos no mundo fático.

Uma parcela da doutrina pátria afirma não ser possível o julgamento de mérito no curso da execução, seja pela inexistência de mérito nesta espécie processual, seja porque, na sua ótica, a apreciação de mérito somente ocorreria no processo de

conhecimento, não se compadecendo com a execução, onde não haveria atividade de conhecimento, exceto no caso de embargos à execução⁵⁸⁴.

Noutro vértice do debate, encontra-se a corrente doutrinária, com a qual concorda esta dissertação, que admite a existência de julgamento de mérito no processo de execução, a partir do qual surgirão todos os efeitos e consequências típicas das sentenças de mérito, concluindo que, na execução, o pedido (ou o *mérito*) seria, em verdade, a satisfação do direito material credor⁵⁸⁵.

Para essa corrente doutrinária, a pretensão executiva seria a efetivação/realização/satisfação de um direito a uma pretensão certificada em um título executivo, diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, cujo objetivo é a produção de uma decisão judicial que *certifique* uma situação jurídica, própria que é da atividade jurisdicional cognitiva⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Os adeptos desta corrente doutrinária entendem que o mérito da causa é instituto que faz parte apenas do processo de conhecimento. Para eles, o objeto litigioso não pode ser novamente apreciado no processo de execução, sob a alegação de que o propósito da execução é atingir resultados práticos que satisfaçam o direito material do credor, e não o julgamento da causa (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 204-205). Igualmente, Dinamarco também refuta tal tese, ao sustentar que, no processo de cognição, há a pretensão de receber uma sentença que regulamenta uma situação levada ao magistrado, devendo ele declarar ou denegar o direito pleiteado, apreciando propriamente o mérito na execução, ao passo que, na execução ao contrário, carece o juízo de tal análise, porque se além o juiz a realizar apenas os atos que garantam a verdadeira satisfação do direito do exequente (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 182-183). Na mesma direção, Humberto Theodoro Júnior sustenta que não há provimento de mérito no cerne do processo executivo, pois, segundo afirma, a sentença que apenas declara extinta a execução, nos termos do art. 794 do CPC/1973, pela mera efetivação da satisfação do direito do credor, não comporta julgamento do mérito, porque neste não adentrou (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 44. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. II, p. 477).

⁵⁸⁵ Neste sentido, confira-se a seguinte lição: “*é inegável que há, na execução, um pedido a ser atendido. Logo, há mérito. E, se há mérito, existem questões de mérito, que são questões que dizem respeito ao acolhimento do pedido (...) O mérito identifica-se com o pedido formulado pelo demandante. Se é certo que há pedido na execução, não restam dúvidas acerca da existência de mérito no processo executivo*” (DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Salvador: Juspodivm, 7. ed. 2017. p. 61). Encampando esta ideia, Marcelo Navarro também asseverou que “*(...) O mérito não é, necessariamente, o direito material; segundo a mais elaborada doutrina, o conceito de mérito corresponde, como vimos, ao pedido. Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele há pedido. Pede-se, in executivis, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o mérito da execução*” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. “Admissibilidade e mérito na execução”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 12, p. 34). No mesmo sentido, afirma-se que, no processo executivo: “*Existe uma prestação imediatamente exigível, consubstanciada e formalizada no título executivo. O sujeito ativo dessa prestação pretende vê-la cumprida e satisfeita; todavia, inadimplente o devedor, surge a lide, porque com esse inadimplemento há conflito de interesses, qualificado por uma pretensão insatisfeita. Para compor essa lide é que o juiz atua e se instaura o processo executivo. Não importa que os atos praticados tenham caráter coativo, pois nem por isso perdem a sua natureza de atos processuais ou de atos que se destinam a solucionar relação intersubjetiva, que se torna litigiosa. O meio de compor a lide é diverso do empregado no processo de conhecimento, mas se reveste dos mesmos caracteres de jurisdicionalidade que na cognição*” (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. IV, p. 27).

⁵⁸⁶ DIDIER JR., Fredie et al. (Org.). *Curso de direito processual civil*. cit., p. 60.

Entretanto, há uma particularidade por demais relevante a essa discussão: é que, no processo de execução, não se tem, rigorosamente, uma “sentença de mérito”, tal como ocorre com o processo de conhecimento, no qual o pedido do autor (mérito) direciona-se para uma sentença que declare a constituição/desconstituição de uma determinada relação jurídica, ou a condenação de alguém a certa prestação.

Diferentemente, no processo executivo, como o pedido do exequente (mérito) dirige-se à satisfação concreta do seu direito ostentado no título executivo, tal pedido não será atendido, verdadeiramente, pela sentença, mas sim com a efetiva satisfação da pretensão executiva⁵⁸⁷.

Contudo, embora não exista, a rigor, uma sentença de mérito na execução, isso não significa dizer que não exista “mérito” na execução⁵⁸⁸. Existe, sim, só que ele é atendido em momento anterior à sentença, com a satisfação do crédito do exequente, através da prática de atos constritivos de ingresso no patrimônio do devedor, que realizem a pretensão executiva⁵⁸⁹.

Deveras, no processo executivo, diversamente do cognitivo, o “mérito” não se constitui numa questão a ser decidida e resolvida, mas se reflete nos atos executórios a serem praticados ao fito de concretizar a satisfação do direito material do credor, pelo que a atividade cognitiva do juiz, naquela espécie de processo, realiza-se em grau mínimo⁵⁹⁰, apenas no sentido de que o órgão julgador deverá “decidir” quanto à prática, ou não, de atos constritivos em benefício do exequente.

Por tudo isso, forçoso é concluir que, verdadeiramente, existe sim “mérito” no processo executivo (execução de título executivo extrajudicial ou fase de cumprimento de sentença), dotado, porém, de uma peculiaridade, que é a sua efetivação se realizar antes da sentença a ser proferida neste tipo de processo.

⁵⁸⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Ob. cit, p. 35.

⁵⁸⁸ “(...) Claro está que o “mérito” da execução não é exatamente aquele sobre o qual estamos acostumados a raciocinar. É preciso nos permitirmos uma abertura conceitual maior para que aceitemos esse novo elemento (o mérito in executivis) (...) É preciso, portanto, esclarecer melhor as coisas: o mérito que defendemos existir na execução não é aquele juízo de mérito de conhecimento. Na verdade, somente utilizamos a palavra “mérito” para fazer a contraposição à admissibilidade, e que algo mais existe. A isso, a esse objeto além da admissibilidade, chamamos “mérito”” (Ibidem, p. 35-37).

⁵⁸⁹ “Existe, sim, mérito na execução. O detalhe é que ele é atendido antes da sentença. Satisfeito o crédito do exequente, o juiz irá extinguir a execução por sentença. E tal sentença irá, apenas, declarar que o mérito já foi atendido e que o crédito já foi satisfeito, estando extinta a obrigação” (DIDIER JR., Fredie et al. (Org.). Curso de direito processual civil. cit., p. 62).

⁵⁹⁰ “O juiz, na execução, em princípio, só decidirá as questões respeitantes à admissibilidade. Não há questões de mérito a decidir, porquanto o mérito são os atos executivos mesmo, e quanto a estes só se pode discutir a legalidade e regularidade, sua conveniência ao interesse do credor e sua gravosidade (que deve ser a menor possível) ao patrimônio do devedor, principalmente no que tange àqueles atos executivos fundamentais, ou seja, aqueles que realmente implicam a satisfação do crédito do exequente” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Ob. cit., p. 37).

5.4 A impossibilidade jurídica do pedido como questão de mérito no CPC

O CPC atual trouxe, dentro deste contexto de delimitação conceitual do “mérito”, uma mudança significativa, que foi o desaparecimento da categoria das “condições da ação”, passando a reconhecer, por conta disso, a impossibilidade jurídica do pedido como uma questão de mérito, o que demonstra mais um exemplo de valorização do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Rompendo-se com uma noção amplamente admitida no ordenamento jurídico brasileiro, cuja previsão estava expressa no CPC/1973 (que exigia o preenchimento simultâneo das três condições da ação - a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* de parte e o interesse de agir - para que se pudesse examinar o mérito), o texto do atual CPC não se reportou à “possibilidade jurídica do pedido”, como uma das condições da ação, porque tal categoria processual, para alguns doutrinadores, restou eliminada do novo sistema processual⁵⁹¹.

Ao excluir a categoria das “condições da ação” do sistema processual civil brasileiro, passando a tratá-las ora como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido), ora como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimidade *ad causam*), o CPC atendeu a reclamos antigos da própria doutrina brasileira, que sustentava, de há muito, a existência de apenas dois juízos valorativos a serem exercidos pelo órgão jurisdicional: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, dada a desnecessidade lógica da terceira categoria processual autônoma criada pela Teoria Geral do Processo, qual seja, as denominadas “condições da ação”.

Há algum tempo, já se defende que tanto a possibilidade jurídica do pedido como a legitimidade ordinária da parte⁵⁹² constituem, na verdade, questões de mérito, a desafiarem, pois, em suas ausências, verdadeiras sentenças de mérito, julgando

⁵⁹¹ Este é o entendimento **majoritário** da doutrina processual civil pátria, bastando, para tanto, conferir DIDIER JR., Fredie, *Curso de direito processual civil*. cit., p. 344-345, bem como CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 198, 2011, p. 227-235, sem desconhecer, porém, o entendimento contrário de CÂMARA, Alexandre Freitas, “Será o fim da categoria condições da ação? Uma resposta a Fredie Didier Jr.”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 197, p. 261-269, 2011.

⁵⁹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 344-345, bem como CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 198, 2011, p. 227-235, sendo que esta dissertação, porém, considera a legitimidade ordinária como pressuposto de admissibilidade do processo, e não como questão de mérito, tal como apregoam os autores supracitados.

improcedente o pedido formulado, e não sentenças meramente terminativas, que extinguem o processo sem resolução do mérito, tal como ocorria no CPC/1973.

Realmente, se o juiz indefere o pedido formulado pelo autor, por entender que tal postulação é proibida expressamente pelo ordenamento jurídico, isso significa dizer que a parte não tem direito aquilo por ela exigido, tratando-se, portanto, de um pronunciamento jurisdicional de mérito, apto a acarretar, inclusive, a formação da coisa julgada material, e não de uma decisão referente à admissibilidade do processo, que apontaria para uma eventual inexistência de um pressuposto processual^{593 594}.

Neste sentido, o inciso VI do art. 485 do CPC, ao se referir, apenas, à ausência de legitimidade e à de interesse processual de agir como hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, veio a corroborar a correção da tese doutrinária supracitada, que se envereda pelo reconhecimento da “possibilidade jurídica do pedido” como questão de mérito.

De igual modo, o art. 330 do CPC, ao relacionar as hipóteses de indeferimento da petição inicial, não mais indica a impossibilidade jurídica do pedido, tal como o fazia o inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC/1973.

Como visto, o texto do CPC vigente, diferentemente do que ocorria com o CPC/1973, não mais se refere às expressões “condições da ação” ou “carência de ação”, sendo possível extrair daí a interpretação de que, atualmente, não mais se reconhecem as condições da ação como categoria autônoma do direito processual civil.

Disso resulta outra conclusão, pela qual tanto a legitimidade *ad causam* de parte como o interesse processual de agir passaram a ser insertos na categoria “pressupostos processuais”, constituindo a primeira um pressuposto de validade subjetivo e o segundo um pressuposto de validade objetivo intrínseco⁵⁹⁵.

⁵⁹³ “A bem da verdade, a prática tem revelado não haver qualquer distinção entre a impossibilidade jurídica e a rejeição do pedido, de tal sorte que uma sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido contém, indiscutivelmente, o mesmo sentido da que rejeita a pretensão formulada pelo autor, à mingua de amparo legal” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 76-77).

⁵⁹⁴ Em idêntico sentido, é a opinião de Galeno Lacerda: “se julgar inexistentes as condições da ação, referentes à possibilidade jurídica do pedido e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide” (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. cit., p. 82), bem como Adroaldo Furtado Fabrício, para quem “pelo menos as decisões envolvendo possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* são sentenças de mérito” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 22).

⁵⁹⁵ Como esclarece Cândido Rangel Dinamarco, “da perspectiva de quem examina o processo para verificar se o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo, basta enunciar linearmente todos os requisitos dos quais tal emissão depende, sem a preocupação de agrupá-los em categorias. Todos eles situam-se em um só patamar operacional, sendo objeto de um dos dois juízos a serem feitos pelo juiz no processo: antes de se decidir sobre o teor do provimento de mérito a ser emitido, ele decide sobre se o

Em complemento, infere-se, outrossim, que restou reconfigurada a noção de “possibilidade jurídica do pedido”, que passou a se constituir uma questão de mérito, na atual sistemática processual civil.

Poder-se-ia questionar qual a relevância prática desta exclusão da categoria da condição da ação e, via reflexa, da inserção da “possibilidade jurídica do pedido” como questão meritória, para a presente dissertação, cujo objeto é o princípio da *primazia da solução do mérito*?

Contudo, há, sim, um ponto de conexão entre o assunto acima abordado e o objeto do presente trabalho, na medida em que, a partir do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido como uma questão de mérito, surgiu uma discussão doutrinária quanto ao eventual cabimento do julgamento de improcedência liminar do pedido, tipificado no art. 332 do CPC, na hipótese de um pedido juridicamente impossível, ou seja, quando vedado expressamente pela ordem jurídica.

Em outras palavras, seria possível uma nova hipótese atípica de improcedência liminar do pedido?

Embora não haja nenhum dispositivo no CPC, que permita, seja genérica, seja especificamente, a rejeição liminar do pedido (improcedência liminar *prima facie*) nas hipóteses de pedidos expressamente proscritos pela ordem jurídica vigente ou que contrariem texto normativo não reputado inconstitucional (impossibilidade jurídica do pedido), é possível sim construir tal possibilidade a partir da conjugação dos princípios da eficiência, da boa-fé processual e da duração razoável do processo, todos positivados na legislação infraconstitucional de regência⁵⁹⁶.

proferirá ou não. Todos os pressupostos de admissibilidade do mérito situam-se no patamar das preliminares, que antecede e condiciona o do julgamento do mérito” (Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 616-617).

⁵⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 680.

6 A CONCRETIZAÇÃO E OS LIMITES DOGMÁTICOS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO CPC

6.1 As regras concretizadoras do *princípio da primazia do julgamento de mérito na parte geral do CPC*

6.1.1 A regra da *translatio iudicii*

O CPC, em sua parte geral, previu duas regras que, dentre muitas outras, concretizam o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, consubstanciadas no texto do seu art. 64, §§3º e 4º, consagrando o instituto do *translatio iudicii*, inspirado no sistema jurídico italiano⁵⁹⁷.

Consoante os referidos dispositivos legais, salvo decisão judicial em contrário, caso acolhida a incompetência, os autos do processo serão remetidos ao juízo competente, conservando-se a eficácia das decisões eventualmente proferidas no juízo incompetente, até que sejam ratificadas ou revogadas, se for o caso, pelo juízo competente de destino, servindo, de igual modo, para preservar os efeitos da litispendência decorrentes da propositura da ação.

Trata-se de norma de peculiar importância pragmática, concretizadora dos princípios da efetividade e da economia processual, que, ao preservar os efeitos da litispendência decorrentes da propositura da demanda, valoriza a *primazia do julgamento de mérito*, com o aproveitamento de **todos** os atos processuais até então praticados pelo juízo incompetente (qualquer que seja a incompetência), aí incluídos os decisórios, evitando, com isso, a extinção do processo sem resolução do mérito.

Na vigência da legislação processual pretérita, quando se tratava de incompetência relativa, alegada por meio da exceção de incompetência, suspendia-se o processo, sem que se proferisse qualquer decisão judicial até que fosse julgada a exceção de incompetência relativa (salvo os provimentos de urgência, conforme

⁵⁹⁷ “A legge 18 giugno 2009, n. 69, introduziu, no ordenamento jurídico italiano, disposição que prevê a denominada *translatio iudicii*, estabelecendo que a incompetência ou o “defeito de jurisdição” não implica extinção do processo, acarretando apenas a remessa dos autos ao juízo competente, com o aproveitamento de todos os atos até então praticados e a manutenção dos efeitos substanciais e processuais produzidos pela demanda ajuizada” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A *translatio iudicii* no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 208, p. 260).

previsão do art. 266 do CPC/1973), de sorte que não se anulavam os atos processuais praticados, inclusive os decisórios (arts. 112, 180 e 265, III, do CPC/1973).

Diferentemente, caso houvesse o reconhecimento da incompetência absoluta, arguida em preliminar de contestação ou por qualquer outro meio, aproveitavam-se os atos processuais praticados, exceto os atos decisórios, anulando-se todas as decisões até então proferidas, independentemente de determinação judicial, remetendo-se, em seguida, os autos ao juízo competente (art. 113, §2º, do CPC/1973).

Atualmente, porém, mesmo em se tratando de acolhimento da incompetência absoluta, podem ser aproveitados todos os atos praticados naquele processo, mantendo-se hígidos os efeitos materiais e processuais advindos da propositura da demanda, remetendo-se os autos ao juízo competente, sem que se cogite de nulidade das decisões proferidas até então, a teor do disposto no art. 64, §4º, do CPC⁵⁹⁸.

Com efeito, no atual CPC, não se reproduziu a regra estatuída no §2º do art. 113 do CPC/1973, que estabelecia a anulação automática dos atos decisórios em virtude do reconhecimento da incompetência absoluta⁵⁹⁹, sendo certo que serão válidos todos os atos processuais praticados e as decisões prolatadas por juízo incompetente, seja absoluta, seja relativamente, salvo decisão posterior contrária do juízo competente.

De plano, percebe-se a relevância prática desta novel regra, especialmente quando se cuidar de um provimento jurisdicional, que, eventualmente, conceda, por exemplo, uma tutela provisória (de urgência ou de evidência), cuja eficácia deve ser preservada, a fim de garantir a efetividade processual e evitar prejuízos irreparáveis para a parte que aparenta ter razão^{600 601}.

Assim, após a declinação da competência, o juízo competente, recebendo o processo com todos os atos e efeitos mantidos, terá duas alternativas: ou ratifica a decisão proferida pelo juízo incompetente, protraindo, no tempo, a eficácia dos atos processuais já praticados e das decisões dantes proferidas, ou, profere outra em seu lugar, revogando-a, subtraindo-lhe os efeitos.

⁵⁹⁸ Enunciado 238 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa”.

⁵⁹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A translatio iudicii no projeto do novo Código de Processo Civil*. cit., p. 258.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 259.

⁶⁰¹ Para Chiovenda, deve-se compreender as normas processuais a partir da ideia de que se deve impedir que a necessidade de se servir do processo resulte em dano para aquele que tem razão (CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla ‘perpetuatio jurisdictionis’”. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. volume primo, p. 273).

Cumpra obtemperar, ainda, que a regra da *translatio iudicii* originou-se da interpretação conjunta dos princípios da duração razoável do processo, da efetividade processual, da economia processual e do aproveitamento dos atos processuais, servindo, afinal, como elemento concretizador do princípio da *primazia do julgamento do mérito*.

Uma hipótese que, embora não esteja formalmente localizada na parte geral do CPC, merece ser trazida à tona neste momento, porque advém dessa regra da *translatio iudicii*, e, igualmente, consagra o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, reside no art. 968, §§5º e 6º, do CPC.

Segundo os aludidos dispositivos legais, a propositura da ação rescisória perante um juízo incompetente não conduz à extinção do processo sem resolução de mérito, pois, em situações dessa natureza, o juiz, exercendo o dever de esclarecimento conjugado com o de prevenção, terá que intimar a parte autora para emendar a petição, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, na tentativa da identificação do juízo competente para a causa.

Vale dizer, se a parte propôs uma determinada ação rescisória, indicando, corretamente, a decisão rescindenda, mas perante um tribunal incompetente, este reconhecerá a sua incompetência e, *tout court*, remeterá os autos ao tribunal competente.

Sem dúvida, tal regra configurou um avanço na legislação processual civil, porque, na vigência do CPC/73, preponderava a orientação jurisprudencial segundo a qual, ajuizada a ação rescisória perante órgão jurisdicional incompetente, deveria a ação ser imediatamente extinta sem resolução do mérito⁶⁰².

O problema surge quando o autor da ação rescisória, de modo inadvertido, indicar incorretamente a decisão rescindenda, quando a decisão rescindível não for aquela apontada na petição inicial, mas sim outra que a substituiu, situação prevista no inciso II do §5º do art. 968, do CPC.

Neste caso, o autor da ação rescisória aponta, para fins de rescisão, acórdão prolatado por tribunal ordinário, que já fora substituído, no mundo jurídico, por decisão proferida por tribunal superior.

⁶⁰² Neste sentido, invocam-se os seguintes precedentes do STJ: AgRg na AR 2.010/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 1ª Seção, j. em 26/06/2002; REsp 714.580/PR, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 24/05/2005; AgRg no REsp 755.710/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 11/03/2008, não se desconhecendo, porém, que já havia precedentes oriundos do mesmo STJ aplicando o art. 113, §2º, do CPC/1973 (correspondente ao atual art. 64, §3º, do atual CPC), segundo o qual, reconhecida a incompetência, os autos são remetidos ao juízo competente, por entender que a ação rescisória tem natureza de ação autônoma (REsp 216.162/PA, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 19/08/99; REsp 709.330/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 12/04/2005).

Constatado o erro, o relator do tribunal ordinário (TJ ou TRF), no exercício do dever de esclarecimento conjugado com o de prevenção, deve determinar a intimação do autor, para emendar a petição inicial, a fim de indicar, corretamente, a decisão rescindenda, e, posteriormente, remeterá os autos ao tribunal superior competente.

Essa regra, sem dúvida, consolida o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, ao conseguir, a despeito do reconhecimento da incompetência, preservar os efeitos da litispendência decorrentes do ajuizamento da ação rescisória e, com isso, evitar a consumação da decadência (caso o autor tivesse que ajuizar outra ação rescisória perante o tribunal competente)⁶⁰³.

6.1.2 As regras gerais dos arts. 139, IX e 317 do CPC, como medidas de suprimento de pressupostos processuais e de saneamento de outros vícios processuais em prol da decisão de mérito

Convém tratar, agora, de outras duas regras concretizadoras do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, consubstanciadas, respectivamente, nos textos dos arts. 139, IX, e 317, do CPC, as quais serão examinadas, conjuntamente, por estarem topograficamente localizadas na parte geral do CPC.

O atual CPC ampliou a disciplina dos “deveres-poderes” do juiz na condução da marcha procedimental, prestigiando, em seu art. 139, IX, o princípio da sanabilidade dos vícios processuais, certo que a solução integral do mérito passou a ser um direito fundamental de ambas as partes.

Para alcançar tal desiderato, foi construído – como já amplamente ressaltado ao longo deste trabalho - um novo arcabouço de regras processuais indutoras do máximo aproveitamento dos atos processuais e do próprio processo, em si mesmo considerado, na condição de instrumento da jurisdição.

Dito de outro modo: antes de proferir uma decisão sem resolução do mérito, o juiz, sempre que possível, deve superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanação, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito a ele submetido pelas partes⁶⁰⁴, pois, no maior das vezes, a extinção “imperfeita” do processo equivale à sua falência, enquanto vetor da jurisdição.

⁶⁰³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 522.

⁶⁰⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. cit., p. 538.

Aliás, não só o magistrado, como todos os outros sujeitos processuais devem colaborar, mútua e reciprocamente, para o bom andamento do processo, envidando, continuamente, esforços para superar vícios ou defeitos formais das postulações, quer iniciais, quer recursais, a fim de se obter a resolução do mérito.

Um questionamento que pode surgir, neste contexto, é se tais medidas de saneamento de vícios processuais em prol da decisão de mérito, previstas nos dispositivos supracitados, podem ser tomadas pelo órgão julgador em favor da parte ré, já que não há regramento legal para uma eventual emenda da contestação, tal como ocorre com a petição inicial, de acordo com as regras dos arts. 319 e 320, do CPC.

Em outras palavras, pergunta-se: o dever de prevenção poderia se dirigir, outrossim, para corrigir algum defeito sanável encontrado na peça de contestação, permitindo-se, com isso, a correção deste vício?

Esta dissertação adota a tese de que, em respeito à isonomia substancial, o dever de prevenção se presta para corrigir vícios sanáveis presentes em qualquer ato postulatório, seja do autor, seja do réu, até mesmo para concretizar o pleno exercício do seu direito de defesa, representando, afinal, um importante instrumento de superação de obstáculos processuais presentes, seja em desfavor do autor, seja do réu, visando à prolação de uma decisão de mérito.

Cuida-se, a rigor, do dever geral de saneamento dos vícios ou dos pressupostos processuais de validade, a partir do qual, sempre que o juiz perceber a presença de um vício sanável ou a ausência de um pressuposto processual, deve determinar a correção do defeito ou, se for o caso, até mesmo desprezá-lo, visando à prolação de futuro posicionamento de mérito.

Somente se não for possível a correção do vício, ou seja, quando este for insanável, ou, quando a parte interessada, mesmo após advertida para tanto, não sanar o mencionado defeito, poderá o julgador proferir uma decisão sem a necessidade do atendimento do dever de prevenção ou de esclarecimento, extinguindo o processo sem resolução do mérito, ou inadmitir, de plano, um recurso.

Sem qualquer dúvida, está-se diante de outras duas normas jurídicas emblemáticas, sem correspondentes no CPC/1973, que procuram imprimir efetividade processual, inteiramente compatíveis com os princípios da cooperação (art. 6º do CPC) e da boa-fé processual (art. 5º do CPC), valorizando, a olhos vistos, da noção de prioridade no julgamento de mérito.

6.1.3 A manifesta tempestividade do ato processual “prematureo”

Ainda no âmbito da parte geral do CPC, acabou-se com uma polêmica jurisprudencial estéril e inútil, surgida na vigência do CPC/1973, com o nítido propósito de servir como um “escudo protetor”, para que o órgão jurisdicional se livrasse de julgamentos, especialmente na instância recursal.

Realmente, sobre o tema, ainda na vigência do CPC/1973, não pairava uma uniformidade jurisprudencial, pois existiam decisões diametralmente opostas de tribunais superiores, ora adotando o entendimento restritivo da intempestividade do recurso “prematureo”, ora admitindo como tempestivo este recurso interposto antes de iniciado o prazo recursal, sendo que estas últimas decisões, consentâneas com o modelo cooperativo de processo, foram tomadas antes mesmo da entrada em vigor do atual CPC, o que já sinalizava a superação desta controvérsia.

Basta, para tanto, observar o fundamento (*ratio decidendi*) adotado pelo Plenário do STF, por ocasião do julgamento de uns embargos de declaração, convertidos em agravo regimental⁶⁰⁵, alterando o posicionamento anterior do STF para afastar o conceito de intempestividade dos recursos apresentados dentro do prazo legal, mas antes da publicação do acórdão, data até então considerada como termo inicial do prazo para a interposição do recurso cabível.

Para finalizar tal celeuma, restou positivada a regra disposta art. 218, §4º, do CPC, pela qual “*será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo*”, pretendendo extirpar, de uma vez por todas, com esta recorrente manifestação da “jurisprudência defensiva”, afastando, com isso, a possibilidade de inadmissão imediata de recursos interpostos antes de iniciado o seu prazo (os denominados recursos “prematureos ou precoces”)⁶⁰⁶.

Deve-se praticar um ato processual, dentre eles a interposição de um recurso “antes do fim” do prazo estipulado e não somente “dentro” do prazo

⁶⁰⁵ STF, EDCL nos ED nos EDCL nos EDCL no AgRG no AI 703.269/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 05/03/15, DJ de 08/05/15. Cumpre notar que, neste julgamento, cuja *ratio decidendi* se amparou na tese de que “*se revelava uma contradição considerar-se intempestivo um recurso que é interposto antes do escoamento do prazo*”, houve um argumento pitoresco, a título de *obiter dictum*, para justificar a tempestividade do ato processual nestas hipóteses, qual seja, o de não se punir quem se antecipa, considerando-se, sobretudo, a “*característica do brasileiro de deixar para a undécima hora a prática do ato*”.

⁶⁰⁶Enunciado 22 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O tribunal não poderá julgar extemporâneo ou intempestivo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, interposto antes da abertura do prazo”.

estabelecido legalmente, o que, de resto, concorre em favor da duração razoável do processo, razão pela qual a parte não pode, jamais, ser prejudicada pela sua própria diligência e precaução, ao praticar um ato processual antes da abertura do seu prazo.

Portanto, revela-se como uma regra por demais adequada e pertinente, totalmente compatível com a precedência do julgamento de mérito, sobretudo porque é medida desnecessária e extremamente formalista (e porque não dizer, contraproducente) exigir que o advogado espere, indefinidamente, a abertura do prazo (via de regra, a partir da publicação do ato judicial a ser impugnado), quando ele já tomou ciência e se disponibilizou a praticar o respectivo ato.

Neste contexto, é correto afirmar que foi superado o Enunciado n. 418 da Súmula do STJ⁶⁰⁷ ⁶⁰⁸, que exigia a ratificação do recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos pela contraparte, ou, analogicamente, do recurso de apelação manejado antes dos **aclaratórios** opostos pela parte contrária no juízo de primeiro grau, sob pena de inadmissão, no primeiro caso, do recurso especial, e, no segundo, da apelação.

Não tinha qualquer sentido este esdrúxulo entendimento do STJ, representando um desserviço ao sistema, por se constituir em medida exagerada e sem qualquer razoabilidade, porque se a parte já interpôs o seu recurso (especial ou de apelação), manifestando, desde logo, o seu interesse recursal, não é adequado exigir uma posterior ratificação apenas porque houve um superveniente julgamento de embargos de declaração, mesmo sem ter havido qualquer modificação no julgado.

O recorrente, dando-se por intimado da decisão judicial, independentemente de publicação, já manifesta a sua vontade em recorrer, não havendo razões, de qualquer ordem, a justificar a necessidade de ulterior ratificação como se a parte pudesse perder o interesse de recorrer, por força desse fato superveniente – julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte adversa.

Além disso, sob a ótica de respeito aos interesses da parte contrária, é certo que o recorrido não sofre qualquer mitigação de direitos com essa interposição “prematura” de um recurso, mas, ao revés, será beneficiada com a aceleração do processo.

⁶⁰⁷ Enunciado n. 418 da Súmula do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”.

⁶⁰⁸ Enunciado 23 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Fica superado o enunciado 418 da Súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC”.

A única situação em que o recorrente terá interesse em “complementar” e não “ratificar” o recurso anteriormente interposto será quando o julgamento dos embargos de declaração produzir uma alteração na decisão recorrida (sentença ou acórdão), o que já era permitido antes do atual CPC, desde que a complementação se limitasse apenas à parte modificada, pois o restante já estava acobertado pela preclusão consumativa.

Enfim, exigir da parte recorrente que aguarde a publicação na imprensa oficial da decisão judicial contra a qual pretende interpor o recurso é onerá-la com uma prerrogativa estabelecida em seu favor, mormente diante de situações emergenciais, nas quais é imperiosa uma atuação ágil do advogado, que seria obstada por um formalismo infundado, na hipótese em que seja deflagrada a intempestividade por antecipação.

Seja como for, a regra disposta art. 218, §4º, do CPC contribuiu, sem dúvida, para a coerência sistêmica, sobretudo na esfera recursal, ao acabar com a lamentável tese de intempestividade do “recurso prematuro”⁶⁰⁹, indo ao encontro das premissas extraídas do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.2 As regras concretizadoras do princípio da *primazia do julgamento de mérito* na parte especial do CPC (fase de conhecimento)

Convém fazer uma advertência introdutória: não é tecnicamente correto afirmar que, somente com o advento do atual CPC, surgiu a necessidade de se priorizar o julgamento de mérito das postulações, pois já existiam, no CPC/1973, algumas poucas regras tendentes a dar prevalência à solução de mérito, que foram aperfeiçoadas, aumentadas e reforçadas com a adoção do modelo cooperativo pelo atual CPC como parâmetro estrutural de processo.

Basta se atentar para a antiga regra prevista no art. 284 do CPC/1973, que permitia a possibilidade de emenda da petição inicial pelo autor, no prazo de dez dias, quando esta não preenchesse os requisitos elencados nos arts. 282 e 283, daquele mesmo diploma legal, apresentando defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito.

⁶⁰⁹ Este entendimento, desde sempre, era amplamente rechaçado pela doutrina pátria. Para tanto, conferir: MACHADO, Hugo de Brito. “Extemporaneidade de recurso prematuro”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58.

Tratava-se de regra, na vigência da legislação processual pretérita, por demais criticada, dado o seu vago conteúdo semântico, que consistia na determinação de emenda da petição inicial, sem apontar qual seria o defeito a ser corrigido, exigindo do advogado, no maior das vezes, um exercício de “adivinhação” de qual seria a real intenção do magistrado quanto à identificação do defeito apontado.

Contudo, o CPC, de maneira muito clara e didática, veio a substituir o antigo dispositivo legal (art. 284 do CPC/1973), prevendo uma nova regra, agora exposta em seu art. 321, muito mais adequada aos ditames do novo modelo de processo, ao exigir que o julgador indique, com precisão, qual o defeito a ser sanado, de modo a perfectibilizar a validade da petição inicial, originariamente apresentada com algum(ns) do(s) defeito(s) apontados nos atuais arts. 319 e 320, ambos do CPC.

Agora, com a nova regra, impõe-se ao juiz um duplo dever: o de intimar o autor para suprir um defeito na petição inicial (dever de prevenção) e, ato contínuo, o dever consequente de indicar qual o vício a ser corrigido e a forma apropriada de fazê-lo, de modo a otimizar a atividade processual (dever de esclarecimento).

Então, na atual sistemática, o indeferimento liminar da petição inicial, derivado de sua inépcia, somente poderá ocorrer quando, após a intimação do autor para emendar a petição inicial e, com isso, corrigir o defeito indicado pelo juiz, não se cumprir tal diligência ⁶¹⁰, de acordo com o art. 321, parágrafo único, do CPC⁶¹¹.

Além dessa regra supracitada, podem-se citar mais duas outras, que já eram positivadas no CPC/1973, mas que foram aperfeiçoadas pelos §§1º e 7º, do art. 485, do CPC, ambas direcionadas a dar prioridade à solução do mérito. Segundo o §1º do art. 485, do CPC, nas hipóteses descritas nos incisos II (extinção por negligência das partes por mais de um ano) e III (abandono da causa pelo autor por mais de 30 dias), antes de extinguir o processo sem resolução do mérito, o juiz tem o dever de intimar, pessoalmente, a parte interessada para suprir a falta no prazo de cinco dias.

Como visto, as únicas diferenças, em relação ao antigo art. 267, §1º, do CPC/1973, foram a dilatação do prazo de quarenta e oito horas para cinco dias, com vistas ao suprimimento da falta, bem como a nova previsão inserta no §6º do art. 485, do CPC, pela qual, na hipótese do inciso III daquele dispositivo legal (abandono da causa

⁶¹⁰ Neste sentido, confira-se o REsp 1.229.296/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 10/11/16, DJ de 18/11/16, cuja conclusão foi a de “*que ofende o art. 284 do CPC/1973 (art. 321, CPC), o acórdão que reforma sentença de procedência da ação e declara extinto o processo, por inépcia da petição inicial, sem intimar o autor e lhe conferir a oportunidade para suprir a falha*”.

⁶¹¹ Enunciado 292 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve aplicar o disposto no art. 321”.

pelo autor por mais de trinta dias), a extinção do processo dependerá de requerimento expresso do réu, caso já tenha sido oferecida a contestação, acolhendo-se normativamente entendimento antes sumulado no STJ (Enunciado n. 240 da Súmula do STJ⁶¹²).

Nesta última hipótese (oferecida a contestação pelo réu), é preciso ter em mente que, a despeito do abandono da causa pelo autor por mais de trinta dias, o réu pode ter interesse na obtenção de uma decisão de mérito, pois a eventual formação, em seu favor, da coisa julgada material evitará que ele seja novamente incomodado com uma idêntica pretensão levada a juízo contra ele.

Assim, se o réu não requerer, expressamente, a extinção do processo, com base no inciso III do art. 485 do CPC, o juiz deverá prosseguir com a instrução e demais atos necessários à prolação da decisão de mérito, se isso for possível e desde que sem ofensa a alguma garantia processual do autor.

No entanto, se a contestação ainda não tiver sido oferecida pelo réu, o juiz pode determinar, caso desatendida a intimação pessoalmente realizada em favor do autor, a extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no inciso III do art. 485 do CPC, porque aí não haverá mais qualquer opção de sanção do vício.

Relativamente ao §7º do art. 485 do CPC, à semelhança do que já ocorria com o art. 296, *caput*, do CPC/1973, previu-se a possibilidade de o julgador exercer o juízo de retratação, quando interposta apelação pelo autor em face de quaisquer sentenças que extingam o processo sem resolução do mérito, permitindo que o juiz reconsidere a sua sentença e avance para a apreciação do mérito da causa.

Neste contexto, observam-se, porém, duas inovações:

Primeiramente, na vigência do CPC/1973, a possibilidade de retratação se restringia à sentença de indeferimento liminar da petição inicial (art. 296) e àquela de improcedência liminar do pedido (art. 285-A), mas, agora, ampliou-se a permissividade da retratação para todas as sentenças que extinguem o processo sem resolução do mérito (art. 485, §7º, do CPC) e manteve a hipótese da sentença que julgar improcedente liminarmente o pedido (art. 332, §3º, do CPC).

Em segundo lugar, no tocante ao prazo para ser exercida a retratação, que era de apenas quarenta e oito horas (CPC/1973), mas, atualmente, passou a ser de cinco dias, atendendo à ideia de uniformidade nos prazos correlatos.

⁶¹² Enunciado n. 240 da Súmula do STJ: “A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

Como visto, pode-se afirmar que, ainda na vigência do CPC/1973, já existiam algumas regras que davam concretude à *primazia do julgamento de mérito*, as quais foram, em maior ou menor escala, formal e materialmente aperfeiçoadas, pelo atual CPC, inclusive com alterações redacionais interessantes, para dar coerência e unidade ao sistema jurídico pátrio.

De igual modo, é indubitoso que este novo diploma legal ensejou o aparecimento de inúmeras novas regras neste sentido, reforçando a atual importância do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.2.1 As regras do art. 319, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC e a impossibilidade de indeferimento liminar da petição inicial, com fulcro em sua inépcia, quando houver dificuldade na efetivação da citação do réu

Numa clara manifestação de respeito ao aproveitamento dos atos processuais, e, por via oblíqua, ao próprio princípio da *primazia da solução do mérito*, exsurtem as regras decorrentes do art. 319, §§1º, 2º e 3º, do CPC, que inexistiam no diploma legal anterior, merecendo serem examinadas conjuntamente, para a melhor sistematização do tema.

O art. 319 indica quais são os requisitos exigidos na petição inicial, que inicia o processo, a qual, além de precisar estar acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 320 do CPC), necessita indicar inúmeros dados de qualificação do réu, para fins de realizar a sua citação.

No entanto, não é necessário que o autor tenha conhecimento de rigorosamente todos os dados em relação ao réu. Se, com os dados que tiver em mãos, for possível individualizar o demandado e realizar a sua citação, a petição inicial será deferida sem maiores problemas (art. 319, §2º, do CPC).

Caso, por outro lado, faltem informações para tal identificação e o autor comprovar ter tentado previamente obter tais dados, mas sem sucesso, ele poderá, na petição inicial, requerer sejam realizadas novas diligências necessárias à sua obtenção, como, por exemplo, consultas a cadastros em órgãos públicos ou em concessionárias de serviços públicos ⁶¹³, tendo o juiz, nesse caso, o dever de auxiliar o autor nesta empreitada, no intuito de identificar, corretamente, a parte demandada.

⁶¹³ ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 319”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 465.

Finalmente, se tais diligências restarem infrutíferas ou inúteis, sendo impossível a identificação do réu ou somente sendo esta viável mediante providências excessivamente onerosas ao autor, não deverá ser indeferida liminar a exordial (art. 319, §3º, do CPC), autorizando-se, nesta hipótese, a citação por edital do réu (art. 256, I, CPC).

Trata-se, portanto, de novas regras sem correspondentes no CPC/1973, que, para além de consumarem um dos deveres da cooperação, qual seja, o dever de auxílio, também concretizam o princípio *da primazia do julgamento do mérito*, ao não permitirem o indeferimento liminar da petição inicial devido à ausência de requisitos formais⁶¹⁴.

6.2.2 As regras dos arts. 338 e 339 do CPC e o dever típico imputado ao réu de correção da ilegitimidade passiva *ad causam*

No que tange à alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, o atual CPC inovou em relação ao CPC/1973, porque, neste, o réu não tinha o dever de indicar a parte legítima, quando suscitasse a preliminar de sua ilegitimidade passiva para a causa, ressalvadas as hipóteses típicas de nomeação à autoria, previstas nos arts. 62 e 63 da revogada legislação processual civil.

Agora, no direito vigente, o réu passou a possuir um dever típico de indicar a parte passiva legítima em todos os casos em que for alegada a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ressalvada a impossibilidade de indicação por desconhecimento^{615 616}.

Diante dessa alegação do réu, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para a substituição do réu (art. 338 do CPC) ou para a inclusão da pessoa indicada pelo réu, na condição de litisconsorte passivo (art. 339, §2º,

⁶¹⁴ Neste sentido, vale a leitura, respectivamente, dos Enunciados 283 e 424, do Fórum Permanente de Processualistas Civis - E. 283: “Aplicam-se os arts. 319, §1º, 396 e 404 também quando o autor não dispuser de documentos indispensáveis à propositura da ação”; E. 424: “Os parágrafos do art. 319 devem ser aplicados imediatamente, inclusive para as petições iniciais apresentadas na vigência do CPC/1973”.

⁶¹⁵ “A redação inicial do Senado, para o dispositivo em comento, dizia “sempre que possível”, menção que foi retirada, para constar, o que nos parece, uma obrigação do réu na indicação do verdadeiro polo passivo, tanto que incorrerá nas despesas processuais e deverá indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. A norma aprimora o art. 69 do CPC revogado e cria dever processual para o réu” (AURELLI, Arlete Inês. “Comentários ao art. 339”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). FREIRE, Alexandre (coord. exec.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 496).

⁶¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. cit., p. 449.

do CPC). Aceita a indicação pelo autor, este procederá à alteração da petição inicial, requerendo a substituição do réu, ficando responsável pelas despesas processuais suportadas pelo réu excluído, inclusive os honorários advocatícios a serem pagos ao procurador deste último (art. 338, parágrafo único c/c o art. 339, §1º, do CPC).

Na verdade, está-se, claramente, diante da figura da sucessão processual, pois, caso o autor anua com a indicação do correto legitimado passivo pelo réu, este sairá da relação processual, deixando de ocupar o seu polo passivo, sendo substituído por outrem por ele mesmo apontado.

Rigorosamente, as referidas regras pretendem compensar o autor que seria prejudicado com a extinção anômala do processo, por desconhecer quem verdadeiramente deveria figurar no polo passivo da demanda, ou melhor, o autor terá a oportunidade de sanar o vício da ilegitimidade passiva *ad causam*, favorecendo também o réu que será excluído do polo passivo da demanda, sem se cogitar de qualquer prejuízo para as partes nem tampouco para o terceiro, que passará a ser réu no processo, porquanto lhe será garantido o contraditório.

Em vez de se extinguir, precipitadamente, o processo, obrigando o autor a repropor a ação contra o correto legitimado passivo, aproveita-se toda a dinâmica processual realizada e se resolve a crise existente no plano material, em fiel observância dos princípios da economia e da eficiência processuais⁶¹⁷.

Trata-se de regras inovadoras, sem correspondentes no CPC/1973, que merecem elogios, pois funcionam como uma técnica saneadora, que excepciona a estabilização da demanda⁶¹⁸, ao ampliar, para todos os processos indistintamente, a correção da legitimidade passiva *ad causam*.

Sem dúvida, a mencionada inovação normativa simplifica o procedimento, tencionando alcançar, ao máximo, a tutela do direito material, concretizando, naturalmente, o princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

É a partir dessa regra, por exemplo, que, em sede de mandado de segurança, a mera indicação errônea da autoridade impetrada não ensejará a imediata

⁶¹⁷ “Nada mais natural que se permita, por economia processual e para garantir a efetividade da tutela, privilegiando o direito material, que se traga para o processo aquele sujeito que é titular da relação de direito material discutida em juízo e contra quem a ação deveria ser movida, ou seja, busca-se a pertinência subjetiva da ação no polo passivo” (AURELLI, Arlete Inês. “Comentários ao art. 338”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 495).

⁶¹⁸ Enunciado 42 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O dispositivo se aplica mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo”.

extinção do processo sem resolução do mérito, sem que antes o impetrante seja previamente intimado para emendar a petição inicial do *mandamus*, e, na hipótese positiva, corrigindo-se o vício, aproveitar-se-ão os atos processuais praticados⁶¹⁹.

Assim, se o juiz, ao examinar a petição inicial do *mandamus*, já perceber o equívoco na indicação da autoridade impetrada, deverá, exercendo o dever de prevenção, determinar a intimação do impetrante, para a emenda da peça exordial⁶²⁰.

A rigor, a referida regra pretende compensar o impetrante que seria prejudicado com a extinção anômala do mandado de segurança, por desconhecer quem verdadeiramente deveria figurar no polo passivo da demanda, pois o impetrante terá a oportunidade de sanar o vício da ilegitimidade passiva *ad causam*, através do exercício do dever de prevenção pelo órgão julgador.

Realmente, é perfeitamente possível a aplicação das regras dispostas nos arts. 338 e 339, ambos do CPC⁶²¹, ao mandado de segurança, permitindo que se corrija a autoridade coatora indicada erroneamente ou, até mesmo, a pessoa jurídica da qual ela faz parte⁶²², já que tais regras se destinam, primordialmente, ao saneamento do processo para que se viabilize o exame do mérito.

Entretanto, pode ser que, eventualmente, a correção da autoridade impetrada originariamente indicada no mandado de segurança implique a alteração da própria competência do juízo, pois a autoridade que passou a figurar como impetrada, após a correção realizada, pode deter prerrogativa de foro, devendo ser demandada originariamente no tribunal, e não em primeira instância⁶²³.

Se isso ocorrer, naturalmente, produzir-se-á alteração no órgão jurisdicional competente para apreciar o *mandamus*, já que a competência para processamento e julgamento do mandado de segurança é funcional, ou seja, fixada em

⁶¹⁹ Neste sentido, confira-se o Enunciado 488 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No mandado de segurança, havendo equivocada indicação da autoridade coatora, o impetrante deve ser intimado para emendar a petição inicial e, caso haja alteração de competência, o juiz remeterá os autos ao juízo competente”.

⁶²⁰ Enunciado 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, o juiz facultará ao autor a alteração da petição inicial, para substituição do réu, nos termos dos arts. 339 e 340, sem ônus sucumbenciais”.

⁶²¹ Enunciado 511 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança”.

⁶²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. cit., p. 539.

⁶²³ Ibidem, p. 540.

razão da *função* exercida pela autoridade coatora⁶²⁴, entendida esta como “*aquela pessoa que exerce parcela de poder do Estado*”⁶²⁵.

6.2.3 A regra geral do art. 352 do CPC e o saneamento das irregularidades e dos vícios sanáveis

O art. 352 do CPC dispõe que “*verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará a sua correção em prazo nunca superior a trinta dias*”, regra que reproduziu, de modo muito semelhante, a parte final do art. 327 do CPC/1973, com apenas duas alterações redacionais, quais sejam, a colocação do vocábulo “vícios” em vez de “nulidades” e “determinará a sua correção em prazo” no lugar de “mandará supri-las, fixando à parte prazo”.

O CPC vigente adotou uma redação mais técnica e uma terminologia mais consentânea com as premissas nele estabelecidas, ao falar em correção de “vícios sanáveis”, em substituição a “nulidades sanáveis”, certo que, como já defendido nesta dissertação, a invalidade não é sinônimo de vício, mas sim a sanção decretada judicialmente quando o vício ou defeito não for ou não puder ser sanado.

Trata-se, pois, de regra salutar (que impõe o exercício do dever de prevenção do juiz) a ser aplicada logo após o transcurso do prazo de defesa do réu, pela qual o juiz determinará o suprimento de vícios sanáveis, para, em seguida, aproveitar o ato processual, em caso de correção do vício, ou, não havendo sanção, decretar a nulidade apenas desse ato defeituoso, ou, como última opção, extinguir o processo sem resolução de mérito, com fulcro num dos incisos IV, V, VI e VII, do art. 485 do CPC, julgando-se o processo no estado em que se encontra (art. 354 do CPC).

Se a determinação judicial for atendida, com a correção do vício processual, aproveitando-se o ato praticado, pode ser o caso de julgamento imediato do pedido (art. 355 do CPC) ou de designação de audiência de instrução e julgamento (art. 358 do CPC), hipótese na qual o juiz deve fixar os pontos controvertidos e delinear o objeto da prova a ser produzida.

⁶²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. cit., p. 549.

⁶²⁵ Segundo Francisco Cavalcanti, o texto da Lei Federal n.º 12.016/2009 incorporou os avanços da doutrina e da jurisprudência acerca da extensão do conceito, ao delinear que será “autoridade” seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, desde que exercite alguma parcela do poder estatal (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O novo regime do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 42).

Seja como for, tal regra revela-se plenamente consentânea com a exigida observância do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, pois funciona como mais uma medida de saneamento de irregularidades e de vícios sanáveis, decorrente do dever de prevenção do órgão julgador, no influxo de aproveitar o ato processual, *a priori*, defeituoso.

6.2.4 A regra do art. 486, §1º, do CPC como impeditiva ao ajuizamento reiterado de novas ações com vícios semelhantes aos presentes nas ações extintas sem resolução do mérito

Quando prolatada uma sentença que não examina o mérito, nas hipóteses do art. 485 do CPC, extingue-se apenas a relação processual, pelo que, via de regra, será cabível a propositura de uma nova ação em juízo, exceto quando o fundamento da extinção for, obviamente, a existência de coisa julgada, litispendência ou perempção (art. 485, V, do CPC), ou ainda quando o juiz acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência (art. 485, VII, do CPC); ou, por último, quando umas das partes ou ambas morrerem durante o processo e se tratar de ação considerada intransmissível por disposição legal (art. 485, IX, do CPC).

Assim, para evitar o ajuizamento reiterado de ações com vícios formais semelhantes àqueles que deram ensejo à anterior extinção do processo sem resolução do mérito, o que seria altamente contraproducente para o sistema, o CPC previu a regra disposta no art. 486, §1º, sem correspondente no CPC/1973, que constitui outra norma concretizadora do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

De acordo com tal regra, se a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485 do CPC) se deu por força do indeferimento liminar da petição inicial (inciso I), da ausência de pressupostos processuais (inciso IV), da falta de legitimidade ou do interesse de agir (inciso VI), e por conta do acolhimento da convenção de arbitragem ou do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral (inciso VII), a propositura de nova ação depende, necessariamente, da correção do vício originário, que causou a extinção do processo sem resolução do mérito.

Ao prescrever a correção do vício originário como condição obrigatória para o regular prosseguimento da nova demanda, tal regra privilegia, de modo claro, o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, porque exige da parte autora um

comportamento proativo de saneamento do defeito que acarretou a extinção do primeiro processo sem resolução do mérito.

Aqui, finaliza-se a análise sistematizada de todas as regras presentes na parte especial do CPC, na fase de conhecimento, que concretizam o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, passando-se ao exame das regras localizadas na sua parte especial, que se referem aos processos nos tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais, que também se orientam pela valorização da prioridade da solução de mérito.

6.3 As regras concretizadoras do princípio da *primazia do julgamento de mérito* na parte especial do CPC (fase recursal)

6.3.1 Generalidades

Como se demonstrou anteriormente, o CPC assumiu uma essencial função contrafática, com vistas a coibir os padrões decisórios que buscavam, apenas, descongestionar os tribunais, exigindo-se do intérprete novas premissas interpretativas que enaltecem princípio da *primazia do julgamento do mérito* e, por conseguinte, induzem, ao final, à instrumentalidade das formas e ao máximo aproveitamento dos atos processuais, escapando de um formalismo sem propósito⁶²⁶, que nada traz de proteção ou benefício para as partes do processo.

Como partícipes deste contexto, os atores processuais devem pautar suas condutas no intuito de tentarem, ao máximo, evitar as extinções anômalas do processo, causadas pelo acolhimento (não raras vezes, proposital pelo órgão julgador) de vícios processuais, que servem de “armadilhas”⁶²⁷ para que não se alcançasse o mérito, acarretando, em regra, decisões não definitivas, já que, decerto, uma nova demanda

⁶²⁶ Cuida-se de perspectiva identificada como *aspecto negativo da instrumentalidade* por Dinamarco, para quem “a excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. cit., p. 316).

⁶²⁷ “Essa realidade deu ensejo à formação do que se denominou jurisprudência defensiva, na qual se exacerba o valor dos requisitos formais para o conhecimento do recurso, valendo como um campo minado no caminho para o julgamento de mérito. Não basta ter um bom direito para vencer, é necessário um advogado treinado para vencer as verdadeiras armadilhas que esse sistema vem criando e, além disso, uma boa dose de sorte” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Parecer - Agravo de Instrumento contra decisão denegatória elaborado em favor da Companhia Siderúrgica Nacional”. São Paulo, 2008. p. 33).

deverá ser proposta para o equacionamento do litígio ou assistir-se-á à interposição do recurso cabível na hipótese, quando for o caso.

A maior preocupação do legislador quanto à implementação do novo sistema recursal civil, residiu na tentativa da observância simultânea de dois pilares do sobreprincípio do devido processo legal, quais sejam, a efetividade processual (como medida de concretização dos efeitos que possam garantir satisfatividade à prestação jurisdicional) e a segurança jurídica (obtida, em tese, com o respeito à boa-fé objetiva, ao contraditório substancial e à cooperação processuais)⁶²⁸.

A partir desta conjuntura, enalteceu-se, no novo sistema processual civil, a partir da incidência das premissas adotadas no modelo cooperativo de processo (dentre elas, o atendimento aos deveres de cooperação)⁶²⁹, a ideia de possibilidade de sanção da grande maioria dos vícios processuais, mediante a valorização da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais originariamente defeituosos, visando, alfim, a uma resposta mais qualitativa do Poder Judiciário aos jurisdicionados.

Diante disso, o atual CPC previu uma plêiade de regras que concretizem o princípio *da primazia do julgamento de mérito*, sobretudo no âmbito do sistema recursal, quer na instância ordinária, quer na extraordinária, tentando-se, com isso, incentivar a produção de decisões judiciais que analisem, definitivamente, a pretensão de direito material submetida a julgamento.

Procurou-se, de uma vez por todas, sepultar aquilo que pejorativamente se convencionou chamar, no âmbito do sistema recursal, de “jurisprudência defensiva dos tribunais”, os quais, ao se verem asoberbados de trabalho, inadmitem ou rechaçam, de plano, as postulações recursais submetidas a julgamento, promovendo o impedimento da fruição plena de direitos (muitas vezes, fundamentais) e esvaziam o papel garantístico que o processo deve desempenhar na atualidade.

⁶²⁸ “(..) *Entra em pauta a necessidade de se conceber um formalismo que se adeque às diretrizes do processo democrático, de modo a ser evitar que as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames conteudísticos do modelo constitucional de processo*” (CRUZ, Clenderson Rodrigues da; NUNES, Dierle; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. “Novo CPC, formalismo democrático e Súmula 418 do STJ: a primazia do mérito e o máximo aproveitamento”. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/novo-cpc-formalismo>> Acesso em: 15 set. 2017).

⁶²⁹ “*Daí se enxergar em boa perspectiva as premissas interpretativas da primazia do julgamento do mérito e do máximo aproveitamento processual, encampada desde o art. 4º do CPC projetado, que perpassam toda a redação da nova legislação no sentido de se fundar um novo formalismo que abandone a antiquíssima premissa ritual*” (Ibidem).

Na verdade, esse fenômeno, para além de representar uma postura defensiva do órgão julgador, corresponde, rigorosamente, a uma ofensa direta⁶³⁰ a vários princípios infraconstitucionais e constitucionais, vetores da interpretação do Direito, tais como o da legalidade, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da segurança jurídica, o do contraditório, o da cooperação, o da boa-fé processual e, por fim, de maneira mais danosa possível, ao da *primazia do julgamento de mérito*.

Seja como for, este nocivo comportamento assumido pelos órgãos julgadores, em especial os tribunais superiores, a pretexto das mais diversas motivações metajurídicas (aumento exponencial das ações judiciais, lentidão da prestação jurisdicional, deficiências estruturais do Poder Judiciário, número elevados de recursos nos tribunais etc), invertem a lógica do sistema, dando prevalência a julgamentos incompletos (por força da presença de vícios formais) em detrimento de julgamentos com aptidão de serem definitivos (por versarem sobre o mérito).

Rigorosamente, trata-se de “*verdadeira deformação da interpretação realizada pelo Poder Judiciário baseada em posições absolutamente restritivas e de extremo rigor na análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos*”⁶³¹, na medida em que são criados inúmeros óbices para obstaculizar a admissão dos recursos interpostos, notadamente aqueles dirigidos aos tribunais de superposição⁶³².

Enfim, revela-se inconcebível o emprego de diversos subterfúgios, que não deixam de ser reflexos das próprias deficiências do Estado e do próprio direito, para legitimar a prática nefasta da chamada “cláusula geral de inadmissibilidade recursal” (consubstanciada, não raras vezes, pela malsinada utilização de formulários de “checklist”), desenfreadamente usada pelos órgãos jurisdicionais, no intuito de evitar o julgamento de mérito dos recursos que lhe são encaminhados, significando, em última análise, afronta ao próprio direito fundamental de pleno acesso à justiça.

⁶³⁰ Por esse motivo, parte da doutrina, capitaneado por Pedro Miranda de Oliveira, nomina o fenômeno como “jurisprudência ofensiva”, que, em vez de enaltecer a primazia do mérito, valoriza, ao revés, na prática, a prioridade do formalismo, consubstanciada em técnicas utilizadas pelos tribunais para dificultar ou, não raras vezes, impedir totalmente o avanço do processo rumo a uma decisão de mérito (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal - conforme o CPC/2015*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito 2016, p. 71).

⁶³¹ Ibidem., p. 71.

⁶³² Neste sentido, leia-se a seguinte lição doutrinária: “Evidente que a verificação mais profusa desta postura dá-se na esfera dos órgãos destinatários dos recursos de direito estrito, isto é, aqueles designados como excepcionais, destinados à manutenção de integridade na interpretação constitucional (como no caso do recurso extraordinário destinado à nossa Corte Constitucional, o STF) ou do direito federal (caso do recurso especial visando nossa Corte Federal, o STJ)” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. “O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 233, p. 124, jul. 2014).

Por qualquer ângulo que se olhe a questão discutida, a conclusão aponta, inexoravelmente, para a ilegitimidade da chamada “jurisprudência defensiva”, que constitui óbice indevido à apreciação do mérito do recurso interposto.

De fato, para além de todos os fundamentos já expostos que servem para criticar e esmorecer o fenômeno da “jurisprudência defensiva”⁶³³, parece que, com o advento do atual CPC, a sua própria legitimidade carece de base normativa legal, decorrendo, no maior das vezes, de interpretações distorcidas dos textos de lei e de comportamentos casuísticos dos órgãos julgadores, que parecem escolher, subjetiva e seletivamente, quais recursos merecem ultrapassar o rigoroso filtro da admissibilidade⁶³⁴.

Em razão disso tudo, fazia-se necessária uma significativa alteração das antigas premissas adotadas pelo CPC/1973 relativamente ao sistema recursal, para que fossem retiradas as amarras ao formalismo excessivo injustificado, indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo⁶³⁵.

E foi justamente isso que aconteceu!!!

Os fundamentos acolhidos pelo CPC, no novo modelo do sistema recursal, são diametralmente opostos aos previstos na legislação processual passada, na qual prevalecia a noção de que os requisitos de admissibilidade recursal, em regra, deveriam estar presentes já no ato de interposição do recurso, não se permitindo, exceto em alguns casos isolados, que, após a apresentação do recurso em juízo, viesse o recorrente a corrigir algum defeito ou vício que, em tese, pudesse comprometer a admissibilidade da postulação recursal.

O sistema pretérito, portanto, era fortemente marcado pelo fenômeno das preclusões, em quaisquer de suas modalidades (temporal, consumativa e lógica), salvo em situações que a própria lei ressalvava, abrandando, por vezes, o rigor de um ou de

⁶³³ Teresa Arruda Alvim Wambier pontua que o CPC/2015 contempla “muitos dispositivos desestimulando a jurisprudência dita ‘defensiva’: acórdãos que não admitem recursos, principalmente nos tribunais superiores, com base em causas não relevantes e/ou a que parte recorrente não deu causa (...) Todos os artigos que combatem esta espécie de jurisprudência têm em vista (...) aproveitar o processo e o recurso, dar à parte o que ela deseja que é a decisão de mérito (art. 487 do NCPC)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O código de processo civil de 2015: notas marcantes”. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org). *Impactos do novo CPC na advocacia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 25).

⁶³⁴ “(...) O abandono e o esvaziamento do formalismo, constitucionalmente compreendido, em prol de uma concepção ainda de um ativismo seletivo, também merecem ser combatidos, uma vez que toda forma processual guarda fundamento numa garantia constitucional, não sendo algo que se encontre sob a escolha subjetiva e contingencial de qualquer dos sujeitos processuais” (RODRIGUES DA CRUZ, Clenderson; NUNES, Dierle; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. “Novo CPC, formalismo democrático e Súmula 418 do STJ: a primazia do mérito e o máximo aproveitamento”. cit., passim).

⁶³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

outro pressuposto de admissibilidade recursal, ou permitindo, a correção de algum defeito no recurso já interposto, sempre de maneira excepcional.

Diversamente, o atual CPC empreendeu uma verdadeira mudança de paradigma em relação à admissibilidade dos recursos cíveis, passando a vigorar um “princípio da sanabilidade dos vícios processuais”, inclusive e sobretudo em matéria recursal, a ponto de valorizar a precedência do julgamento de mérito em detrimento das técnicas restritivas de admissibilidade recursal.

Verdadeiramente, estruturou-se uma nova racionalidade para o sistema recursal, em face da adoção da teoria normativa da comparticipação ou da cooperação, que impõe uma substancial mudança interpretativa, acompanhada, inevitavelmente, de alterações dogmáticas não menos importantes, notadamente no aspecto pragmático, que serão examinadas logo mais adiante.

Com efeito, é, no âmbito do sistema recursal, que o princípio da *primazia do julgamento de mérito* tem aplicação ainda mais contundente, tendo como amparo normativo um tripé formado pelos seguintes dispositivos legais (sem prejuízo da previsão de inúmeras outras regras concretizadoras), a saber: a) art. 4º, que positivou explicitamente o referido princípio; b) art. 932, parágrafo único, que obriga (dever) o relator a intimar previamente o recorrente para, em cinco dias, sanar eventual vício ou complementar a documentação exigível no recurso, antes de inadmiti-lo; e c) art. 1.029, §3º, que permite aos tribunais superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar a sua correção⁶³⁶.

Neste particular, observa-se nitidamente um vasto arcabouço normativo em matéria recursal, que ecoa ao longo do texto do CPC, flexibilizando os requisitos de admissibilidade, cuja maior missão é tentar impedir a postura dos órgãos jurisdicionais que, não raras vezes, prezam pelo exacerbado rigor formal no exame de admissibilidade recursal, proferindo decisões sem examinar a questão de fundo, em virtude de deficiências processuais que, nem sempre, comprometem a finalidade do ato eivado de vício.

Tais normas - princípios e regras -, a olhos vistos, pretendem concretizar o multicitado princípio da *primazia do julgamento de mérito*, cujo conteúdo se direciona ao órgão julgador e às partes, para que estas persigam, na medida do possível,

⁶³⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal - conforme o CPC/2015*. cit., p. 84.

a solução de mérito para a demanda, devendo, para tanto, “sanar” os vícios dos recursos que poderiam, em tese, obstar uma decisão judicial definitiva.

Assim, para se adotar uma uniformidade terminológica nesta parte da dissertação, reputa-se o verbo “*sanar*” como o mais apropriado tecnicamente para categorizar, em seu significado, o conjunto de condutas que podem ser adotadas para *vencer* alguns vícios processuais, os quais, a depender da situação concreta, podem ser **corrigidos em sentido estrito** ou **aproveitados** (através da conversão ou fungibilidade e da desconsideração ou relevação).

Vale dizer, “*sanar*” representa o gênero, ao passo que “corrigir” em sentido estrito e “aproveitar” (mediante conversão ou fungibilidade e desconsideração ou relevação) configuram as espécies da arte de sanabilidade dos vícios processuais.

Na *correção*, o vício é corrigido e o recurso é admitido, enquanto, no *aproveitamento*, embora não haja correção propriamente dita, o recurso é *aproveitado* (com o perdão do pleonasmo), seja pela *conversão* do recurso em outro, seja pela *desconsideração* do defeito.

6.3.2 A regra geral da sanabilidade do art. 932, parágrafo único, do CPC⁶³⁷

Os destinatários da norma principiológica da primazia do mérito são todos os sujeitos processuais, enquanto partícipes do modelo cooperativo de processo, mas, sem dúvida, a norma atingirá mais especificamente o juiz e as partes. Ao primeiro, competirá o controle de validade do processo e, ao constatar a presença de um vício, verificar, primeiramente, se tal vício é sanável, e, na hipótese positiva, oferecer oportunidade às segundas para, querendo, corrigirem o defeito, antes de ser proferida uma decisão de inadmissão de um recurso.

Esta é, justamente, a finalidade da regra disposta no art. 932, parágrafo único, do CPC, cujo texto restou inserto em dispositivo legal destinado a tratar dos poderes do relator, que não encontra correspondente no CPC/1973, concretizando, a um só tempo, os princípios da instrumentalidade das formas, da *primazia do julgamento de mérito* (art. 4º do CPC) e o da cooperação processual (art. 6º do CPC).

⁶³⁷ O STF já entendeu que a inserção da regra do art. 932, parágrafo único, do CPC na ordem jurídica brasileira representou uma garantia ao jurisdicionado, ao asseverar que “*em alguns tribunais, os relatores, de forma monossilábica e sem nenhuma fundamentação, consideravam inadmissíveis os recursos. Então, eu acho que o mínimo que o cidadão tem é o direito de saber por que ele foi acolhido ou rejeitado*” (STF, AgRg no ARE nº 953.221/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 07/06/16, DJ de 05/08/16).

Tal regra consagra um dever geral de prevenção, impondo ao relator de um tribunal a obrigação (e não faculdade) de advertir as partes sobre eventuais defeitos ou imperfeições em suas postulações, dando-lhes a oportunidade de corrigir, sempre que possível, esses vícios sanáveis, que impeçam o exame de mérito da postulação recursal, antes de considerar inadmissível qualquer recurso, inclusive os excepcionais.⁶³⁸

A rigor, podem ser extraídos dessa regra, concomitantemente, um *dever* e uma *proibição* para o relator no tribunal, que terá o *dever* de intimar previamente o recorrente para corrigir a falha verificada no recurso e, correlatamente, a *proibição* de, antes disso, inadmitir um recurso ordinário ou extraordinário.

Aliás, além de traduzir um dever geral de prevenção, a regra também impõe ao julgador um consequente dever de esclarecimento, certo que o relator deverá, no mesmo ato, intimar previamente o recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação faltante, indicar, precisamente, qual o defeito a ser corrigido ou qual a documentação que reputa exigível, para fins de perfectibilização da postulação recursal.

Rigorosamente, tal regra está para o juízo de mérito recursal assim como aquela outra, do art. 317 do CPC, está para o próprio mérito da causa⁶³⁹, constituindo a regra mais relevante no âmbito recursal, por se aplicar a todos os recursos, inclusive os excepcionais (está localizada em capítulo destinado a regular, indistintamente, a “ordem dos processos nos tribunais”)^{640 641} como também aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC, mas ainda pendentes de julgamento⁶⁴².

⁶³⁸ Neste sentido: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Da ordem dos processos nos tribunais”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; e DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.090. Neste sentido, confira-se o Enunciado nº 82 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”.

⁶³⁹ TALAMINI, Eduardo. “Dever de prevenção no âmbito recursal”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/Dever+de+prevencao+no+ambito+recursal>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁶⁴⁰ Enunciado nº 197 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 932 aos vícios sanáveis de todos os recursos, inclusive dos recursos excepcionais”.

⁶⁴¹ Enunciado nº 593 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Antes de inadmitir o recurso especial ou extraordinário, cabe ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, nos termos do parágrafo único do art. 932”.

⁶⁴² Este, aliás, é o entendimento manifestado nos Enunciados nº 463 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 932, parágrafo único, deve ser aplicado aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento” e nº 574 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A identificação de vício processual após a entrada em vigor do CPC de 2015 gera para o juiz o dever de oportunizar a regularização do vício, ainda que ele seja anterior”. De modo contrário a estes enunciados, situa-se o Enunciado administrativo n.º 5 do STJ; “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, §3º, do novo CPC”, o

De fato, tal regra, que concretiza o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, deve ser, inexoravelmente, aplicada aos recursos interpostos sob a vigência do Código revogado, mas ainda não julgados, pelo que o órgão julgador, verificando a presença de algum vício sanável no recurso, deverá oportunizar ao recorrente a chance de consertá-lo com base nas novas regras contidas no atual CPC⁶⁴³.

Trata-se de dispositivo legal emblemático, sem correspondente no CPC/1973, que, sem dúvida, inseriu-se na clara diretriz adotada pelo atual CPC de rejeitar soluções meramente formais e enfrentar, sempre que possível, a questão de mérito posta para julgamento, em especial no âmbito dos tribunais, cujas decisões, em grande escala, pecavam pelo rigorismo formal exacerbado.

A partir desta regra, cumprirá ao relator, no tribunal, exercer este dever geral de prevenção conjugado com o dever de esclarecimento, sendo-lhe vedado, em regra⁶⁴⁴, decretar a imediata inadmissão de um recurso aparentemente defeituoso, sem que antes seja oportunizada a correção do vício, no prazo de cinco dias, mediante decisão judicial que esclareça ao recorrente, de modo preciso, qual a falha a ser sanada no recurso.

Então, o objetivo maior da regra é, claramente, limitar o comportamento não-cooperativo de alguns órgãos jurisdicionais que, reiteradamente, subvertem a lógica do sistema, dando preferência a julgamentos que decretam a inadmissibilidade imediata dos recursos, em vez de avançarem em direção ao exame do mérito da postulação recursal.

Entretanto, “nem tudo são flores”!!!

qual, de resto, é acolhido maciçamente pelo próprio STJ, em inúmeros julgamentos, que se orientam pela inaplicabilidade da regra do art. 932, parágrafo único, do CPC aos recursos interpostos ainda na vigência do CPC/1973 e julgados apenas sob a égide do atual CPC (AgInt no RESP nº 1.593.965/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 22/08/17, DJ de 06/09/17; AgInt no ARESP nº 1.073.482/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 17/08/17, DJ de 28/08/17; AgRg no ARESP nº 729.314/PE, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 27/04/17, DJ de 16/05/17).

⁶⁴³ A propósito, Leonardo Carneiro da Cunha trata sobre o tema, ao afirmar que: “As regras que permitem a correção de vícios não de ser aplicadas imediatamente, pois não atingem ato jurídico perfeito nem direito adquirido. Aliás, a correção do ato evita, muitas vezes, a extinção do processo, que, ao ser reinstaurado, já estará submetido às novas regras da lei superveniente. O juiz, ao decidir, já aplica a lei nova, permitindo que sejam corrigidos os vícios verificados em atos anteriormente praticados” (CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Direito intertemporal e o novo Código de processo civil*. cit., p. 67).

⁶⁴⁴ Diz-se “em regra”, porque, como já exposto anteriormente e será esmiuçado mais a frente, esta dissertação sustenta que, excepcionalmente, existirão vícios insanáveis (por exemplo, erro grosseiro quanto ao cabimento do recurso ou ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão recorrida), que, quando presentes, não autorizarão o exercício desse dever geral de prevenção, mas apenas o dever de consulta, para oportunizar ao recorrente apenas a possibilidade de comprovar a inexistência ou incorrência, no caso, do vício aparentemente insanável.

É que, embora extremamente louvável a intenção do legislador, o referido dispositivo legal não deixou claro quais as espécies de vícios que poderão ser sanados pelo recorrente⁶⁴⁵, sobretudo considerando que há uma enormidade de vícios processuais, que podem ser por essa regra abrangidos.

Diante dessa lacuna, surgiram questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possível extensão dessa regra a todos os vícios processuais, ou, na hipótese negativa, ao menos, identificar quais vícios podem ser sanados, já que existem alguns que se revelam insanáveis, tese com a qual concorda este trabalho.

A interpretação literal da aludida norma poderia levar à conclusão de que todo e qualquer vício recursal pode ser superado, dado que o relator está obrigado a conferir ao recorrente o prazo de cinco dias, para que seja sanado o vício ou para que a documentação exigível do recurso seja complementada.

Entretanto, tal interpretação literal parece não ser a mais adequada para o contexto, pois, **ontologicamente**, existem defeitos ou vícios insanáveis, incompatíveis com a possibilidade de *sanação*, e, portanto, com a regra em comento, tese com a qual concorda boa parte da doutrina abalizada sobre o tema.^{646 647}

Há de prevalecer, portanto, uma interpretação sistêmica da aludida norma, tendente à uniformização de critérios identificadores das hipóteses nas quais deverá incidir a regra da *sanação* dos vícios, ou seja, será imperioso definir que tipo de vício será abrangido pela oportunidade de *sanação*.^{648 649}

⁶⁴⁵ BECKER, Rodrigo. “Dever de prevenção no CPC 2015”. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-dever-geral-de-prevencao-no-cpc-2015>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁶⁴⁶ “(...) A regra pressupõe que o defeito seja sanável, como a falta de assinatura do recurso, a falta de procuração ou a falta de peça obrigatória (no agravo de instrumento). (...) A regra terá aplicação frequente nos casos de recurso inadmissível por irregularidade formal (...). Há, porém, defeitos insanáveis, como a falta de interesse recursal, a falta de repercussão geral no recurso extraordinário, a existência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer e a intempestividade. Em todos estes casos, não há como corrigir o recurso inadmissível” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 64-65). Em sentido contrário, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery sustentam a interpretação literal do art. 932, parágrafo único, do CPC, ao defenderem que “a regra não faz distinção sobre a causa ou o motivo da irregularidade que pode ser sanada”, dando a entender que o dispositivo poderá ser aplicado em qualquer circunstância” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.853).

⁶⁴⁷ “A disposição só tem aplicação quando o vício for sanável ou a irregularidade corrigível. Assim, por exemplo, tendo deixado o recorrente de impugnar especificadamente as razões decisórias, não cabe a regularização em razão do princípio da complementariedade, que estabelece a preclusão consumativa no ato de interposição do recurso. O mesmo se diga de um recurso intempestivo, quando o recorrente não terá como sanear o vício, e, por essa razão, não haverá motivo para a aplicação do art. 932, p. único, do novo CPC” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.502).

⁶⁴⁸ “(...) Diante disso, resta concluir que o princípio do aproveitamento do recurso, com a consequente sanatória de vício de admissibilidade, é o de regularidade formal. Nessa linha, em vez de ocorrer a inadmissão do recurso por motivo de irregularidade formal, deve haver a determinação ao recorrente

Não obstante existam situações de mais fácil enquadramento, a exemplo das regras previstas nos arts. 1.007, §§2º e 4º (preparo insuficiente ou ausência de comprovação ou de recolhimento do preparo), e 1.017, §3º, ambas do CPC (juntada de peça obrigatória ou facultativa ao agravo de instrumento), há outras que não demandam respostas tão simples, de sorte que precisam ser estabelecidos alguns parâmetros⁶⁵⁰ para identificação destas hipóteses em que deverão incidir as regras de sanação dos vícios. Isso é fundamental para conferir segurança e previsibilidade aos recorrentes, pois evitará, certamente, o casuísmo no filtro da admissibilidade dos recursos⁶⁵¹.

Na verdade, não se está diante de um questionamento simples, porquanto ainda subsistem “zonas cinzentas”⁶⁵², que merecem ser esmiuçadas, a fim de se estabelecerem critérios ou parâmetros de identificação dos vícios sanáveis na esfera recursal, certo que há, sim, vícios que não poderão ser sanados.

Uma constatação é certa: a doutrina e a jurisprudência terão um papel essencial para cumprir tal mister, cabendo a elas parametrizar as situações em que será possível sanar os vícios dos recursos, inclusive dos excepcionais, a partir de critérios minimamente racionais, sempre levando em conta a *primazia da resolução do mérito*, sendo esta, aliás, um dos objetivos fundamentais desta dissertação.

Enfim, esta complexa tarefa de delimitar, conceitualmente, o que seja um efetivamente um vício sanável ainda trará muitos problemas práticos no cotidiano forense, enquanto não houver um maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, no intuito de se identificarem quais defeitos merecem ser efetivamente sanados.

que pratique o ato necessário a corrigir o vício no prazo de cinco dias” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 52).

⁶⁴⁹ O Enunciado administrativo nº 06 do STJ, embora tenha tentado esclarecer esta distinção, na prática, aumentou a dúvida do que seria, efetivamente, um vício estritamente formal, ao estabelecer laconicamente: “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único c/c o art. 1.029, §3º, do CPC, para que a parte sane vício estritamente formal”.

⁶⁵⁰ Heitor Sica, a propósito, valeu-se dos seguintes parâmetros: “*Tomando emprestada a classificação de Barbosa Moreira, para os requisitos de admissibilidade dos recursos seriam sanáveis apenas dois dos requisitos extrínsecos (regularidade formal e preparo). O terceiro dos requisitos extrínsecos (tempestividade) e os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo e extintivo) não são passíveis de correção*” (“Comentários ao art. 1.017”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). FREIRE, Alexandre (coord. exec.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 1.345).

⁶⁵¹ TEMER, Sofia. *NCPC: Correção de vícios dos recursos. Reflexões iniciais sobre os parâmetros para a regra de sanabilidade do CPC/2015*. Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dos-recursos>> Acesso em: 17 set. 2017.

⁶⁵² Ibidem.

Nessa linha, o presente trabalho, para não fugir desse debate essencial, o que seria altamente anticientífico, apresenta critérios objetivos, adiante explicados, que poderão servir de parâmetro à resolução dessa problemática acerca da identificação dos vícios sanáveis, em prol da *primazia do julgamento de mérito*.

Na ausência de alguns dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal (relativos ao modo de exercício do direito de recorrer), a exemplo da regularidade formal e do preparo, a correção será, em regra, permitida, exceto em algumas situações atinentes à intempestividade recursal, que serão tratadas, especificamente, mais adiante.

Diferentemente, quando o defeito disser respeito à inocorrência de um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal (concernentes à própria existência do direito de recorrer), tais como o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo e extintivo do direito de recorrer, o vício, na grande maioria dos casos⁶⁵³, será insanável.

6.3.3 A regra complementar do art. 932, III, do CPC

Nos tribunais, as decisões que examinam o mérito do recurso devem ser, em regra, colegiadas, sendo, portanto, de caráter excepcional, as hipóteses de julgamentos monocráticos que examinem o mérito recursal, expressamente previstas em lei⁶⁵⁴, acarretando, nestas situações, a postergação do julgamento colegiado para um momento ulterior, somente caso seja interposto o agravo interno.

Nesse contexto, a norma do art. 932 do CPC conferiu amplos poderes ao relator no âmbito do tribunal (ordinatórios, instrutórios e decisórios)⁶⁵⁵, os quais, na

⁶⁵³ A dissertação se vale da expressão “na grande maioria dos casos”, porque, até quando se estiver diante de um vício relativo à ausência do requisito do “cabimento”, permitir-se-á, excepcionalmente, desde que inexista erro grosseiro, o aproveitamento do recurso, mediante o emprego da fungibilidade recursal, técnica que é prevista expressamente em duas situações no CPC – conversão de embargos de declaração em agravo interno e entre os recursos especial e extraordinário -, as quais serão posteriormente tratadas.

⁶⁵⁴ Enunciado 462 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É nula, por usurpação de competência funcional do órgão colegiado, a decisão do relator que julgar monocraticamente o mérito do recurso, sem demonstrar o alinhamento de seu pronunciamento judicial com um dos padrões decisórios descritos no art. 932”.

⁶⁵⁵ A propósito, Hermes Zaneti Jr alerta que não são meros poderes do relator, mas direitos-função, logo, deveres-poderes, pelo que, presentes os requisitos de incidência, não há discricionariedade na decisão do relator, que deve aplicar as normas do art. 932, do CPC (“Comentários ao art. 932”. In: CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo (coords). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. cit., p. 1.341).

prática, representam poderes de micro-gestão (*case management*), visando à gestão individualizada de cada recurso.

E um destes poderes do relator, no âmbito do tribunal, é o que se refere ao exame da admissibilidade recursal, podendo, inclusive, decretar a inadmissão imediata da postulação recursal, quando seja impossível sanar um vício processual.

Textualmente, o inciso III do art. 932 do CPC descreve que “*incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*”, ostentando essa regra um caráter complementar em relação à regra geral de sanabilidade, já tratada nas linhas anteriores.

Comparado com o art. 557, *caput*, do CPC/1973, o art. 932, do atual CPC, como facilmente se depreende de sua redação, institui uma ordenação muito mais técnica e sistemática do que o dispositivo revogado, porque congrega funções que dizem respeito à função do relator como *preparador* do julgamento colegiado, no procedimento completo, e também como órgão autorizado para proferir *decisão monocrática final* no procedimento abreviado.

De plano, observa-se que houve mudanças elogiosas e uma novidade também relevante. Primeiramente, no texto da legislação anterior, o não conhecimento do recurso dependia de “manifesta” inadmissibilidade, ao passo que, no novo dispositivo, basta a inadmissibilidade ou a prejudicialidade, pois foram suprimidos o advérbio “*manifestamente*” e o adjetivo “*manifesto*”, exigidos, respectivamente, para os casos de negativa de seguimento e de provimento monocrático do recurso, conforme o *caput* e o §1º-A do art. 557 do CPC/1973.

No entanto, a retirada dessas balizas, que ostentavam forte dose de indeterminação, não deve ser tida, na prática, como um sinal de alargamento do espaço de atuação unipessoal do relator, pois, na verdade, tais expressões nunca funcionaram como um limite à realização de julgamentos monocráticos pelos tribunais, que eram proferidos como regra geral, sem que o advérbio “*manifestamente*” ou o adjetivo “*manifesto*” fossem suficientes a incutir uma postura de prudência nos respectivos relatores quanto a essa ressalva.

Ademais, o diploma vigente não mais faz uso da expressão “negará seguimento”, que constava como um *gênero* no *caput* do art. 557 do CPC/1973, já que tal expressão, sob a égide do Código revogado, poderia significar, atecnicamente, uma decisão fundada tanto em razões de admissibilidade quanto de mérito do recurso.

Nesse ponto, o atual CPC, ao contrário do diploma revogado, primou pela clareza e técnica, ao separar, topograficamente, a questão da admissibilidade e do mérito dos recursos para fins de julgamento monocrático, empregando corretamente a expressão “*não conhecer*”, no inciso III, que traduz a inadmissibilidade proclamada pelo relator no tribunal, e as expressões “*negar provimento*” e “*dar provimento*”, nos incisos IV e V, respectivamente, em casos de julgamento de mérito contra e a favor do recorrente.

Como se percebe, as hipóteses autorizativas do julgamento monocrático *de mérito* dos recursos ficaram seguramente mais restritas no atual diploma legal processual, restringindo-se aos casos amparados em padrão decisório especificamente listado nas alíneas que compõem os incisos IV e V do art. 932 do CPC.

Entretanto, o STJ, em 18/03/2016 (data da entrada em vigência do atual CPC), editou a Emenda nº 22/2016 ao Regimento Interno daquela Corte, alterando o seu art. 34, XVIII, “b” e “c”, para autorizar o provimento ou desprovimento monocrático do recurso pelo relator em face de uma “jurisprudência dominante acerca do tema”⁶⁵⁶, consubstanciando um dispositivo regimental que vai de encontro ao balizamento adotado pelo atual CPC.

Além disso, a justificativa para esta emenda regimental se respaldou numa equivocada interpretação literal (e, porque não dizer, proposital) de outra regra disposta no art. 932, VIII, do CPC, que contempla a possibilidade de o relator “*exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal*”.

Considera-se equivocada, porque, em verdade, dita alteração visa a dilargar as hipóteses de julgamento do mérito recursal pelo próprio relator no âmbito do STJ, o que encontra limites naquilo que o próprio CPC disciplinou, ao pretender delimitar, mais tecnicamente, as hipóteses de julgamentos monocráticos do mérito recursal.

Todavia, além desse infeliz posicionamento, agravou-se ainda mais esse quadro de alargamento aleatório das hipóteses permissivas de julgamento monocrático

⁶⁵⁶ Confira-se a redação do mencionado dispositivo do RISTJ, após a Emenda Regimental nº 22/2016: “Art. 34. São atribuições do relator: (...) XVIII - distribuídos os autos: (...) b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema; c) dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema”.

de mérito dos recursos, com a edição do Enunciado nº 568 da Súmula do STJ, segundo o qual “*o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*”, reforçando a ideia de permissão de julgamento monocrático recursal fundado numa expressão dotada de um alto grau de indeterminação, que é a “jurisprudência dominante”.

De mais a mais, sobressaiu-se uma importante novidade trazida pela regra do art. 932, III, do CPC, pois restou positivada uma nova hipótese permissiva de inadmissão monocrática do recurso: a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida (embora a doutrina já considerasse essa espécie de vício como motivo para a inadmissibilidade recursal monocrática).

Entretanto, para que haja um tratamento mais crítico e técnico do assunto - (in)admissibilidade de recurso -, impõe-se decompor esta norma em três níveis de aplicabilidade, de modo a fundamentar, cientificamente, uma das conclusões defendidas por esta dissertação, que será exposta mais adiante.

Como se sabe, o relator deve inadmitir ou não conhecer de um recurso, quando este não preencher um ou mais de um de seus requisitos de admissibilidade, quais sejam, cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal e inexistência de fato impeditivo e extintivo do direito de recorrer (intrínsecos), tempestividade, preparo, regularidade formal (extrínsecos), que viabilizam, na presença simultânea de todos eles, o conhecimento do recurso e, por consequência, o exame do respectivo mérito recursal.

Assim, a inadmissibilidade é o gênero, no qual se inserem as três espécies - recurso inadmissível, prejudicado e sem impugnação específica aos fundamentos da decisão recorrida -, donde, tecnicamente falando, precisaria apenas da alusão, na redação do enunciado normativo, à locução “não conhecer de recurso inadmissível”, porque todo o remanescente é apenas repetição de algo que naquela expressão já se contém.

Contudo, ao dividir em três as hipóteses de não conhecimento do recurso, ainda que equivocadamente (porque são todas espécies do gênero “inadmissibilidade”), o legislador pretendeu, ao que parece, atribuir a mesma importância às três situações elencadas no dispositivo legal.

No entanto, em uma destas hipóteses - ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida -, este trabalho defenderá, mais adiante, que não será possível, excepcionalmente, o exercício do dever geral de

prevenção, pelo órgão julgador, para permitir a correção do mencionado defeito, por se tratar de um vício insanável, que limitará, dogmaticamente, a aplicabilidade do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Feita essa ressalva, considerando-se que “recurso inadmissível” é o gênero, a análise se limitará ao recurso prejudicado, que, por sua vez, “*é aquele que não precisa mais ser julgado pelo mérito pela falta de interesse recursal superveniente*”⁶⁵⁷, razão pela qual o relator estará dispensado de submetê-lo ao julgamento colegiado, podendo inadmitir o recurso, através de decisão monocrática.

Todavia, como o recurso prejudicado se torna inadmissível por fato e/ou direito superveniente à sua interposição, que tanto podem dizer respeito ao juízo de admissibilidade como ao próprio mérito, a serem considerados em qualquer grau de jurisdição, deve-se aplicar, à situação, a regra disposta no art. 933 do CPC, segundo a qual o relator, exercendo um dever de consulta (arts. 9º e 10, ambos do CPC), intimará as partes para que se manifestem a esse respeito no prazo de cinco dias⁶⁵⁸.

Somente após o atendimento deste dever de consulta, com o intuito de debater esse possível fato e/ou direito superveniente, que deverá ser levado em consideração, de ofício ou por provocação, no julgamento caso influencie o mérito (art. 493 do CPC), é que o relator poderá inadmitir o recurso prejudicado.

6.3.4 O fato e o direito supervenientes e a regra do art. 933 do CPC

O fato e o direito supervenientes, desde que sejam relevantes ao julgamento recursal, bem como as questões apreciáveis de ofício pelo tribunal ainda não examinadas, devem ser tomados em consideração pelos tribunais ordinários (arts. 342, I; 493 e 933, todos do CPC) e, quando determinantes para a perda do objeto recursal, também pelos tribunais superiores⁶⁵⁹.

Contudo, o tribunal, seja ele ordinário, seja de superposição, tem, necessariamente, que oferecer às partes interessadas a oportunidade de se manifestarem

⁶⁵⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários ao art. 932”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.215.

⁶⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 63. Neste mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.333.

⁶⁵⁹ Enunciado 522 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidos ao contraditório”.

a respeito, para que possa decidir com base na questão fática ou jurídica surgida supervenientemente à interposição do recurso (relevante ao julgamento) ou a respeito de alguma questão apreciável de ofício, mas que ainda não foi debatida pelo tribunal⁶⁶⁰.

Esta é, justamente, a regra decorrente do art. 933 do CPC, topograficamente localizada no capítulo que trata sobre a “ordem dos processos no tribunal”, estabelecendo, detalhadamente, um procedimento de observância do contraditório substancial em toda a sua plenitude, no âmbito de quaisquer tribunais.

Trata-se, sem dúvida, de uma manifestação emblemática de outra regra, advinda do art. 10 do CPC, situada na Parte Geral, que, em respeito às garantias fundamentais do processo, proíbe a chamada decisão-surpresa, através do exercício do dever de consulta exercido pelo órgão julgador, corolário dos princípios da cooperação e do contraditório, cuja importância é latente, porque se aplica aos processos em trâmite em qualquer instância recursal.

Deveras, não é admissível, na atual ordem jurídica, decisão que inove no litígio, adote fundamento de fato e/ou de direito superveniente, sem anterior oportunidade do contraditório prévio à parte interessada, mesmo nas matérias que dispensam provocação das partes, porque vai de encontro a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.

Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelos tribunais que devem intimar a parte interessada, para que se pronuncie previamente sobre questão não debatida que, eventualmente, pode vir a ser objeto de deliberação judicial, sem que isso implique restrição aos poderes jurisdicionais.

Com efeito, a validade da utilização do material novo e ainda não discutido na causa está condicionada, inexoravelmente, ao prévio debate com as partes, eis que não é possível existir julgamento definitivo válido sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer, plenamente, inclusive no âmbito dos tribunais, o direito ao contraditório substancial (dinâmico), entendido este como direito de influência e como proibição da decisão-surpresa.

Tal regra é de tamanha importância para o sistema que, caso a constatação do fato e/ou direito superveniente só venha a ocorrer na própria sessão de julgamento, o advogado poderá pedir a palavra, pela ordem, requerendo a imediata

⁶⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 69.

suspensão do julgamento, a fim de que as partes se manifestem a esse respeito⁶⁶¹ (art. 933, §1º, CPC).

Realmente, mesmo estando em curso o julgamento, se sobrevier o exame de ofício de uma questão fática ou jurídica relevante, deverá ocorrer a suspensão da deliberação, a fim de que as partes se manifestem especificamente sobre o ponto, autorizando-se, com isso, a advertência do advogado quanto a esta necessidade.

Já o §2º do art. 933 alberga a hipótese de se a questão de ofício for suscitada na pendência de pedido de vista por um dos votantes, caso em que os autos deverão ser encaminhados ao relator, que deverá abrir oportunidade de manifestação à parte interessada no mesmo prazo do *caput*, para que, posteriormente, haja nova inclusão em pauta com o prosseguimento do julgamento e exame da questão pelo órgão colegiado.

Bem por isso, esta regra representa mais um exemplo de concretização do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, mediante o exercício do dever de consulta pelo relator, no âmbito dos tribunais, a partir do momento que exige o conhecimento, por todos os sujeitos processuais envolvidos, de uma questão fática ou jurídica superveniente ou daquelas apreciáveis de ofício, mas ainda não debatida no processo, que influenciem no julgamento do mérito do recurso⁶⁶².

6.3.5 As regras do art. 938, §§1º, 2º e 4º, do CPC como dever geral de correção de defeitos processuais sanáveis no âmbito do tribunal

⁶⁶¹ Enunciado 595 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No curso do julgamento, o advogado poderá pedir a palavra, pela ordem, para indicar que determinada questão suscitada na sessão não foi submetida ao prévio contraditório, requerendo a aplicação do §1º do art. 933”.

⁶⁶² Como exemplo emblemático da aplicação da regra disposta no art. 10 conjugado com aquela decorrente do art. 933, ambos do CPC, que enaltecem o dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa, inclusive no âmbito dos tribunais, invoca-se um precedente paradigmático, oriundo do STJ, que situou, precisamente, a teleologia de ambas as regras em prestígio ao princípio da *primazia do julgamento de mérito*, ao se afirmar que “(...) Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória. (...) Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica error in procedendo e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada” (REsp n.º 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 26/09/17, DJ 11/10/17).

Estas regras traduzem mais um exemplo de concretização simultânea do princípio da cooperação processual e o da *primazia do julgamento de mérito*, cuja interpretação deve ser feita conjuntamente com a regra do art. 932, parágrafo único, do CPC (já examinada anteriormente), deixando indubitado que o suprimento do vício processual sanável pode partir de determinação ou do próprio relator (§§1º e 2º do art. 938) ou, na omissão deste último, do órgão colegiado (§4º do art. 938)⁶⁶³.

Os referidos dispositivos legais consagram um dever de prevenção do tribunal (por meio do relator ou do órgão colegiado), em qualquer processo que esteja sob sua jurisdição, em competência recursal ou originária (p. ex., ação rescisória), proceder à intimação das partes, para que corrijam defeito processual sanável^{664 665}, que impeça a apreciação do mérito⁶⁶⁶.

Cumprida a diligência determinada, com a realização de um novo ato processual ou a renovação do mesmo ato, no próprio tribunal, haverá o prosseguimento, sempre que possível, do julgamento em direção ao mérito do recurso, evitando-se, em regra, a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição, em homenagem ao princípio da economia processual e ao da instrumentalidade das formas.

Destaca-se que, para se efetivar este saneamento, não se distingue entre vício grave e não-grave, pois simplesmente se permite a correção, se possível, do defeito processual que possa vir a afetar o julgamento do recurso, sendo dever do relator (e não faculdade) determinar a intimação das partes, para que assim procedam, desde que tal regularização do vício não importe prejuízo para as partes no caso concreto.

Tal regra, que tinha como correspondente a prevista no art. 515, §4º do CPC/1973, admite a regularização do vício sanável, desde que não exista prejuízo no caso concreto, tal como já ocorria, na vigência do código revogado, na hipótese de o Ministério Público – em processo no qual deveria atuar como fiscal da ordem jurídica –

⁶⁶³ RAMOS NETO, Newton Pereira. “Comentários ao art. 938”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 1.221.

⁶⁶⁴ Enunciado nº 332 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, §1º, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais”.

⁶⁶⁵ Enunciado nº 333 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Em se tratando de guia de custas e o depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedindo de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, §1º”.

⁶⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 61.

ingressar na demanda apenas em fase de apelação e ratificar todos os atos processuais praticados até então, prosseguindo-se no julgamento meritório do recurso⁶⁶⁷.

Outro exemplo muito recorrente nos tribunais de aplicação desta regra reside naquela situação na qual, apenas na instância recursal, percebe-se a ausência de um litisconsorte necessário, sendo admissível a sua intimação apenas neste momento processual e, uma vez ratificados por ele todos os atos já praticados, o recurso de apelação prosseguirá com o seu regular processamento.

Enfim, cuida-se de mais uma regra, encampando a nítida diretriz adotada pelo atual CPC de rejeitar soluções meramente formais e enfrentar, sempre que possível⁶⁶⁸, a questão de mérito posta para julgamento, concretizando, com isso, a instrumentalidade das formas e o aproveitamento dos atos processuais, e, de consequente, o próprio princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.3.6 O vício “insanável” da intempestividade recursal como limite dogmático à *primazia do julgamento de mérito* (a regra do 1.003, §6º, do CPC)

O tempo não para nem tampouco volta atrás. Todo e qualquer recurso tem, obrigatoriamente, que se submeter a um prazo determinado em lei, cujo desrespeito leva à preclusão do direito de interpor aquele recurso, consistindo, pois, a tempestividade um requisito extrínseco de admissibilidade recursal.

Assim, não sendo exercitado o direito de recorrer dentro do prazo assinalado em lei, em regra, operar-se-á a preclusão temporal, estabilizando-se a decisão, e, depois de esgotadas as medidas legais, forma-se a coisa julgada⁶⁶⁹.

Diante disso, caso o recurso seja interposto fora do prazo legalmente estabelecido, ocorre, em regra, uma insuperável preclusão, desaparecendo a possibilidade de o recurso vir a ser praticado validamente no processo, sendo legítimo,

⁶⁶⁷ Este exemplo foi dado por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.341.

⁶⁶⁸ No trato desta regra, impende rememorar a advertência segundo a qual “a aplicação deste dispositivo legal ora comentado não pode levar à prática de atos pelos tribunais que caberiam ao juízo de primeiro grau e que são de extrema relevância para a formação de seu convencimento e, conseqüentemente, servem como substrato da fundamentação de sua sentença. O saneamento dos vícios, sempre que verificados antes da prolação da sentença, só poderá ocorrer nos casos em que tal atividade não seja determinante para a formação do convencimento, limitando-se às questões secundárias, meramente formais. O eventual atropelo de atos que necessariamente devam ser praticados pelo juízo de primeiro grau significa uma ofensa ao princípio do duplo grau e até mesmo ao contraditório, que deve ser preservado segundo a própria disposição legal” (Ibidem, p. 1.341).

⁶⁶⁹ KOZIKOSKI, Sandro Macelo. *Sistema recursal CPC 2015*: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 124.

portanto, decretar-se a sua inadmissibilidade, seja monocrática, seja colegiadamente, devido à sua manifesta intempestividade⁶⁷⁰.

A intempestividade recursal, em regra, não pode ser corrigida: ou o recurso foi interposto antes do fim do prazo legal (aí incluídos aqueles interpostos antes da publicação da decisão recorrida), e, por isso, deve ser conhecido ou admitido, ou foi interposto após o prazo findar, devendo, por isso, ser inadmitido, pois, se o prazo recursal findou, não se pode repetir o ato validamente.

Esta é a primeira premissa fundamental para a compreensão do tema: o vício da intempestividade recursal constitui-se, em regra, num defeito insanável ou incorrigível⁶⁷¹, desautorizando-se a aplicação da regra geral de sanabilidade dos vícios recursais, disposta no art. 932, parágrafo único, do CPC, podendo ser abrandada apenas em uma única situação taxativamente prevista pela legislação processual civil.

A hipótese que foge à regra supracitada, na qual será permitida a desconsideração ou relevação da intempestividade de qualquer ato processual - dentre eles, o recurso⁶⁷² -, para fins de tutelar a boa-fé, é aquela em que o recurso não é interposto tempestivamente por força de evento alheio à vontade do recorrente, conhecida ordinariamente como “justa causa”.

No CPC/1973, a justa causa era “o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (art. 183, §1º), mas o atual CPC define justa causa como “o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (art. 223, §1º).

Percebe-se, claramente, a diferença entre ambas as previsões, pois foi suprimido, corretamente, o vocábulo “imprevisto”, pois pouco importa se o evento é imprevisto ou não, bastando que o recorrente não tenha dado causa ao evento e não possa removê-lo, para que seja configurada a “justa causa”, dando-se ensejo à

⁶⁷⁰ “Com o fito de atalhar, num momento previsível, a possibilidade de recorrer das soluções judiciais, todo recurso há de ser interposto antes de findar o prazo previsto em lei, sob pena de preclusão. Interposto o recurso além do prazo, ele é inadmissível, porque intempestivo” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. Ob. cit., p. 179).

⁶⁷¹ “Recurso intempestivo é inadmissível e este é um dos poucos vícios processuais absolutamente insanáveis” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 506).

⁶⁷² Ao longo desta dissertação, invocaram-se três precedentes, um oriundo do STF e outros dois do STJ, nos quais se desconsiderou, respectivamente, a “decadência de impetrar mandado de segurança”, a “intempestividade dos embargos de terceiro” e a “intempestividade da denúncia à lide”, para se julgar o mérito da postulação, pois as particularidades fáticas daqueles casos concretos impuseram a relevação do vício da intempestividade, sobretudo porque o pleito, naquelas hipóteses, poderia ser conhecido por outras vias judiciais, ou seja, a perda do prazo não representaria impedimento para se pleitear algo ao Poder Judiciário, a fim de que determinada matéria fosse enfrentada..

renovação do ato processual – recurso – pois “o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar”, conforme dicção do art. 223, §2º, do CPC.

Em tal situação taxativamente prevista no CPC, o juízo deve desconsiderar ou relevar o vício da intempestividade recursal, porque não é lícito atribuir o vício ou defeito à conduta do recorrente, que praticou o ato de boa-fé.

Em acréscimo, para polemizar a discussão, pontue-se que partes poderão reduzir os prazos processuais⁶⁷³, porque o máximo de tempo previsto em lei para a prática do ato processual é direito das partes, que podem abrir mão da fração do prazo. Quando isso ocorrer, a tempestividade do recurso deverá ser aferida de acordo com o negócio processual das partes, cujo instrumento negocial deverá ser inserto nos autos para tanto.

Fixada aquela primeira premissa supracitada - a de que a intempestividade recursal se constitui, em regra, num vício insanável -, chega-se, consequencialmente, à segunda premissa, pela qual a intempestividade recursal seria um exemplo de limitação dogmática ao princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Encampando esse entendimento, o atual CPC adota a diretriz de que, para se sanar (corrigir ou aproveitar) algum vício recursal, pressupõe-se que o recurso seja tempestivo. Basta, para tanto, observar a regra disposta no art. 1.029, §3º, do CPC, segundo a qual “o STF ou o STJ poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção, desde que não o repare grave”, apontando-se para a importância do vício da intempestividade recursal, revelando um nítido indicativo da dimensão que o sistema jurídico brasileiro confere à gravidade desse defeito.

Explica-se. Quando se tratar de um juízo de admissibilidade negativo, que incide sobre a validade do procedimento recursal, ele terá caráter constitutivo-negativo, a ponto de se aplicar a sanção de inadmissibilidade (invalidade) do ato-complexo procedimento, que se apresenta defeituoso ou viciado.

O problema surge, porém, para diagnosticar a eficácia desse juízo de admissibilidade negativo.

⁶⁷³ “É permitido às partes firmarem negócio jurídico processual a fim de convencionar a redução dos respectivos prazos processuais. O art. 190 do CPC/2015 autoriza a convenção sobre ônus e faculdades processuais. Os litigantes podem, se assim lhes for conveniente, abdicar em parte do prazo legal estabelecido em seu favor e convencionar que os prazos fluirão em prazo inferior (por exemplo, acordo para redução do prazo para interposição da apelação para dez dias)” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Comentários ao art. 222”. In: TUCCI, José Rogério Cruz et al.(Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP/OAB, 2016. p. 386).

Segundo entendimento predominante na doutrina e no STJ, que foi, aliás, encampado na regra prevista do art. 975, *caput*, do CPC (que prevê o prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória), a decisão de inadmissibilidade recursal, dado o seu cunho constitutivo-negativo, produz efeitos *ex nunc* (respeitados os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento recursal já praticados), salvo em caso de evidente intempestividade e de manifesto incabimento, quando haverá retroatividade do juízo negativo de admissibilidade, destruindo os efeitos já operados pelo recurso intempestivo.

Entretanto, *“há casos em que a discussão do recurso é exatamente quanto à tempestividade – nestas hipóteses, não parece adequado atribuir eficácia retroativa à decisão que reconhecer a intempestividade do recurso”*⁶⁷⁴, justamente para proteger a boa-fé processual. Seja como for, observa-se, a olhos vistos, a importância dada pelo sistema à noção de “tempestividade” do recurso, exatamente para evitar a preclusão, cuja ocorrência pode levar à formação da coisa julgada material.

Por fim, depois de articular todas essas ponderações quanto à caracterização do vício da intempestividade recursal, chega-se a outro ponto importante deste tópico, qual seja, examinar, de modo específico, a regra do art. 1.003, §6º, do CPC, que ainda é alvo de polêmicas no seio jurisprudencial, podendo funcionar, inclusive, como mecanismo limitador da regra geral de sanabilidade dos defeitos no âmbito recursal.

O dispositivo legal, em manifestação diametralmente oposta às premissas de sanabilidade dos vícios de admissibilidade recursal e, de resto, da própria primazia do mérito, reza que o recorrente tem o ônus de comprovar a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, configurando um exemplo da incidência da preclusão consumativa, caso não atendida a exigência naquele momento.

Ainda na vigência do CPC/1973, surgiu a polêmica sobre o tema, sendo certo que prevalecia o entendimento jurisprudencial segundo o qual a comprovação do feriado local pelo recorrente deveria efetivar-se no ato da interposição do recurso.

Mas havia, outrossim, alguns precedentes aceitando a comprovação posterior pelo recorrente (por ocasião da interposição de agravo interno), da existência de feriado local ou de não funcionamento do foro, desde que o recorrente alegasse a

⁶⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 158.

ocorrência de feriado na petição recursal e afirmasse não ter tido condições de obter a sua comprovação a tempo, protegendo-se a boa-fé processual do recorrente.

Com a positivação da regra disposta no art. 1.003, §6º, do CPC, o entendimento jurisprudencial sedimentou-se pela impossibilidade da comprovação posterior do feriado local ou da suspensão do expediente forense, configurando uma das únicas regras presentes no atual CPC, que não se mostra em sintonia com o princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Com efeito, o posicionamento jurisprudencial mais recente do STJ previu que, para fins de aferição de tempestividade recursal, a ocorrência de feriado local deverá ser comprovada, mediante documento idôneo, no ato de interposição do recurso, de modo a autorizar, na ausência desta comprovação, o decreto de inadmissibilidade imediata dos recursos devido à preclusão consumativa.

Este foi o entendimento majoritário acolhido pela Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do AgInt no AREsp 957.821/MS⁶⁷⁵, ao qual foi negado provimento, cuja conclusão se enveredou pela obrigatoriedade de comprovação do feriado local no momento da interposição do recurso, sem permitir a correção posterior da falta desta comprovação, através do manejo do agravo interno, adotando, com isso, uma posição diametralmente oposta ao Enunciado nº 66 do CJF⁶⁷⁶.

A maioria dos precedentes oriundos do STJ⁶⁷⁷ já se encaminhava no sentido da aplicabilidade estrita da regra disposta no texto do art. 1.003, §6º, do CPC sob o argumento de que a interpretação literal desta norma, que é de caráter especial, sobrepõe-se a qualquer interpretação mais ampla que se possa conferir às disposições de âmbito geral, insertas nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, §3º, ambos do citado diploma legal (*lex specialis derogat lex generalis*).

Entretanto, tal precedente representou um significativo retrocesso sistêmico, porque, ao interpretar restritivamente a multicitada regra positivada no texto do art. 1.003, §6º, do CPC, o STJ contrariou, claramente, a norma da *primazia do*

⁶⁷⁵ AgInt no AREsp nº 957.821/MS, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, j. 20/11/17, por maioria de votos, DJ de 19/12/17, Rel. para lavrar acórdão: Min. Nancy Andrighi (voto vencedor).

⁶⁷⁶ Enunciado nº 66 do Conselho da Justiça Federal: “Admite-se a correção da falta de comprovação do feriado local ou da suspensão do expediente forense, posteriormente à interposição do recurso, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do CPC”.

⁶⁷⁷ STJ, AgInt no Ag em REsp n. 991.944/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 20/04/17, DJ de 05/05/17; EDcl no AgInt no RESp n. 1.638.816/PE, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 03/08/17, DJ de 16/08/17; Alnt em ARESP n. 1.016.839/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 27/06/17 DJ de 29/06/17; AgInt em ARESP n. 632.261/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 06/06/17, DJ de 14/06/17; AgInt no REsp n.º 1.665.808/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 10/10/17, DJ de 24/10/17.

juízo de mérito, que, *in casu*, funciona como norma-princípio decorrente do texto do art. 4º do CPC, servindo, inclusive, como critério hermenêutico para a resolução de eventual conflito normativo.

É que, na prática, a interpretação restritiva da norma estatuída no art. 1.003, §6º, do CPC, servindo de amparo normativo para o citado precedente do STJ, acaba por legitimar um entendimento flagrantemente contrário a uma das premissas basilares idealizadas pelo CPC/2015 – prioridade no enfrentamento da solução de mérito.

A rigor, a redação do art. 1.003, §6º do CPC não autoriza a conclusão de que a ausência de comprovação de feriado local não possa ser sanada após o ato de interposição do recurso. O que a regra determina é apenas que o recorrente tem o ônus de demonstrar o feriado local e que a sua não comprovação, no momento da interposição do recurso, configura um vício processual, o qual, todavia, poderá ser naturalmente sanado em momento posterior, tal como assegurado em outros dispositivos ao longo do CPC⁶⁷⁸, dos quais se extraem regras que enaltecem a *primazia do juízo de mérito*.

Assim, numa situação desta natureza, caso o recorrente anunciasse, já na sua petição recursal, a ocorrência de feriado ou da suspensão do expediente forense, afirmando previamente não ter tido condições de obter a sua comprovação

⁶⁷⁸ “(...) Tal possibilidade concedida às partes para sanarem os vícios processuais encontra-se em consonância com a sistemática trazida pelo novo Código, que, com base no princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, busca resguardar o julgamento de mérito dos recursos, em detrimento do excesso de formalismo. Não por outra razão, o princípio da primazia ou prioridade do julgamento de mérito encontra previsão no art. 4º do CPC/15, fornecendo os valores e as bases da interpretação para a questão posta em debate (...) E nem poderia ser diferente: como se sabe, vige no processo civil brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas, expresso no art. 277 do CPC/2015, consoante o qual, atingida a finalidade do ato, há de se prescindir da forma, desde que preservem os interesses e os direitos por aquela tutelados (...) O mesmo raciocínio deve ser aplicado à comprovação do feriado local. Afinal, o objetivo do CPC/2015 é o de fechar as portas para a jurisprudência defensiva (compreendida esta como exarcebação dos requisitos formais de admissibilidade pelos tribunais superiores), determinando que o magistrado releve os vícios cometidos pelas partes e lhes conceda a oportunidade de saná-los, indicando, inclusive, a documentação faltante quando da interposição de um recurso e/ou vício específico, de modo a propiciar o julgamento de mérito” (ROQUE, André Vasconcelos. “Posso comprovar o feriado local após interpor o recurso?” Disponível em: <<http://jota.info/colunas/nov-cpc/posso-comprovar-o-feriado-local-apos-interpor-o-recurso>> Acesso em: 21 nov. 2017).

documental⁶⁷⁹ a tempo, a opção mais adequada seria o atendimento do dever de consulta pelo órgão julgador⁶⁸⁰.

A partir disso, seria oportunizado ao recorrente a chance de comprovar, posteriormente, a duvidosa tempestividade recursal, a fim de desfazer, concretamente, aquela suposição hipotética⁶⁸¹ (examinando-se, aqui, não o vício da intempestividade em si mesmo considerado, o qual, em regra, é insanável, mas sim a comprovação de que a intempestividade não ocorreu no caso concreto), o que representaria uma alternativa mais consentânea com a *primazia do julgamento de mérito*.

Na hipótese acima cogitada, ainda que se trate de vício, em tese, insanável e, portanto, incorrigível mediante a aplicação da regra geral do art. 932, parágrafo único, do CPC, será necessário o atendimento do dever de consulta previsto nos textos conjugados dos arts. 9º e 10, ambos do CPC, para que o recorrente tenha a chance de demonstrar, ao órgão julgador, a inoccorrência do vício insanável naquele caso.

Com isso, não se está, de modo oblíquo, dando oportunidade de correção do vício ao recorrente, mas sim lhe oportunizando, em respeito ao contraditório substancial, manifestar-se sobre tema ainda não discutido no processo, tema este tão importante, que poderá acarretar a própria inadmissibilidade de sua postulação, ainda que tal matéria esteja entre aquelas que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

Melhor explicando: embora o atual CPC tenha excluído a intempestividade do rol dos vícios sanáveis, não é menos exato afirmar que a possibilidade de comprovação de feriado local ou de suspensão do expediente forense não significaria sanar a intempestividade, mas, apenas, comprovar a “duvidosa tempestividade”, que são, evidentemente, fatos distintos.

⁶⁷⁹ O STJ já firmou o entendimento de que, para efeitos de tempestividade, a prova do recesso ou feriado local deve ser feita por meio de cópia de lei, ato normativo ou certidão exarada por servidor habilitado, não bastando a mera juntada de cópia de informações extraídas da página oficial do Tribunal de origem na internet para a comprovação (STJ, AgRg no AREsp nº 389.309/MS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 18/02/14, DJ de 25/02/14).

⁶⁸⁰ Neste sentido, parte da doutrina tem entendido que, nesses casos, dever-se-ia aplicar a regra da sanabilidade dos vícios recursais, prevista no art. 932, parágrafo único do CPC, como se vê adiante: “A melhor exegese para o art. 1.003, §6º do CPC/2015 é aquela que permite o suprimento da falta em momento posterior. O relator ou o órgão colegiado possibilitaria tal comprovação com base no art. 932, p. único, do CPC, em prestígio ao exame do mérito da pretensão recursal” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. São Paulo: Método, 2017. p. 1.009).

⁶⁸¹ Assim se orienta o Enunciado n. 551 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ao relator, antes de não conhecer do recurso por intempestividade, conceder ao prazo de cinco dias úteis para que o recorrente prove qualquer causa de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal a justificar a tempestividade do recurso”.

Tanto é assim que, caso seja autorizada a comprovação ulterior do feriado local, mas, mesmo assim, restar verificada a intempestividade do recurso, o relator deve inadmiti-lo monocraticamente.

No entanto, quando, mesmo numa situação de um suposto vício de intempestividade recursal, o recorrente não faz qualquer pedido em sua postulação para superar essa duvidosa intempestividade, não se deve admitir, em tais hipóteses, ulterior pedido de comprovação do feriado local, em decorrência da preclusão consumativa.

Aqui, a preclusão consumativa depõe contra a observância do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.3.7 O preparo recursal e as regras do art. 1.007, §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 7º, do CPC em prol da *primazia do julgamento de mérito*

As referidas regras cuidam, de modo exaustivo, do preparo recursal, um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade, que consiste no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento do recurso, aí incluídos o porte de remessa e de retorno, chegando, inclusive, a especificar muito detalhadamente os modos de sanção (no caso de ausência) ou de correção do preparo (no caso de insuficiência).

O *caput* do art. 1.007 do CPC possui redação idêntica ao do antigo art. 511 do CPC/1973, donde se deflui que a regra do “preparo imediato” ainda subsiste na atual sistemática, exigindo-se que o preparo seja, em regra, prévio e devidamente comprovado no ato da interposição do recurso, salvo se o recorrente demonstrar um justo impedimento que o impossibilitou de cumprir a exigência legal, exceção que será tratada mais adiante.

Na prática, costumeiramente ocorrem três problemas advindos do preparo, dos quais resultarão consequências diversas já estabelecidas em lei, a saber: a) falha na comprovação do preparo (p. ex., defeito na cópia xerográfica ou equívoco no preenchimento da guia de recolhimento de custas); b) ausência de preparo; c) preparo insuficiente.

Em algumas destas situações (p. ex., a regra do art. 1.007, §4º, do CPC), que aperfeiçoaram a possibilidade de sanção deste vício, percebe-se a influência do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, na medida em que se pretendeu, realmente, corrigir os defeitos e avançar ao exame do mérito dos recursos, através de postura diametralmente oposta àquela vigente no CPC/1973 em relação à matéria.

O §2º do art. 1.007 do CPC cuida da correção do chamado preparo insuficiente, sendo aquele que, embora feito, não atingiu a finalidade da norma, porque recolhido em valor menor do que o devido, situação na qual o órgão julgador terá o dever de intimar o recorrente, na pessoa de seu advogado, para efetuar a complementação do valor faltante, no prazo de cinco dias.

Se, porém, o recorrente não completar o valor faltante do preparo e não informar a ocorrência de justa causa que o impediu de fazê-lo, o juízo deverá inadmitir o recurso, devido à deserção. Ou seja, o vício, embora originariamente sanável, levou à decretação da inadmissibilidade recursal, em razão da inércia do recorrente.

Até aí não houve qualquer novidade em relação ao CPC/1973, que já permitia a oportunidade de correção desse vício, em seu art. 511, §2º, autorizando, igualmente, a decretação da inadmissibilidade apenas se não houvesse a respectiva complementação do preparo pelo recorrente.

Como visto, a função de tal regra é tutelar a boa-fé do recorrente, traduzida na oportunidade que o órgão julgador lhe confere, mediante o exercício de um dever de prevenção, de complementar o valor faltante do preparo, já que este, embora recolhido a menor, foi feito dentro do prazo legal.

Entretanto, caso a insuficiência do preparo seja mínima, ou seja, se o valor complementar faltante for ínfimo, é certo que, excepcionalmente, nestas situações, a referida insuficiência deverá ser relevada ou desconsiderada, sem a necessidade de complementação, dando prosseguimento ao recurso em direção ao julgamento de mérito.

Assim o é, porque o inadimplemento foi mínimo, devendo-se aplicar, em situações dessa natureza, a teoria do adimplemento substancial, corolário do princípio da boa-fé processual, impedindo-se que do inadimplemento resultem consequências desproporcionais^{682 683}.

A desconsideração da insuficiência de valor irrisório, aliás, poderá ocorrer após a aplicação das medidas de correção previstas nos §§2º, 4º e 5º, do art. 1.007 do CPC, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto.

⁶⁸² DIDIER JR., Fredie. “Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 176, p. 335-340.

⁶⁸³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 152.

Na vigência do CPC/1973, houve inúmeros exemplos de julgamentos⁶⁸⁴, que inadmitiram recursos devido à deserção, por força da não complementação de centavos, o que atenta contra o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, pois, como anteriormente defendido, em situações desta natureza, o recurso merece ser naturalmente admitido, independentemente de ser determinada, ou não, a complementação.

Relativamente à ausência de preparo, operou-se uma expressiva mudança de paradigma, destinada a ultrapassar o rigorismo no exame deste requisito extrínseco de admissibilidade recursal, tratando-se de “*inovação elogiável, que ameniza as consequências de eventual falha no cumprimento de exigência formal, sem comprometer significativamente a celeridade do processo*”⁶⁸⁵.

O §4º do art. 1.007 do CPC, por sua vez, trata do vício da ausência do preparo recursal, sem qualquer justificativa do recorrente, hipótese sobre a qual se percebe nítida preferência normativa pela sanabilidade do vício, pois, agora, na nova sistemática, caso o recurso seja interposto sem a comprovação do preparo, não caberá o imediato decreto de deserção⁶⁸⁶.

Primeiro, o órgão julgador terá que intimar o recorrente, na pessoa de seu advogado, para efetuar o recolhimento do preparo em dobro, em cinco dias (aplicação simétrica da regra geral do art. 218, §3º, do CPC⁶⁸⁷), salvo se outro prazo for determinado pelo juízo, sob pena de deserção.

Caso o recorrente, intimado para suprir o vício, não recolher o valor dobrado exigido, mantendo-se inerte, ou, após a intimação, recolhê-lo de modo incompleto, operar-se-á a deserção.

Vale dizer: o recurso somente será admitido e conhecido, caso o recorrente efetue o recolhimento em dobro do preparo, pois, se não o fizer ou o fizer de modo incompleto, não mais se admitirá a correção do vício, nos termos do art. 1.007, §5º, do CPC, devendo-se decretar a inadmissibilidade do recurso devido à deserção.

⁶⁸⁴ STJ, Reclamação 4.278/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 06/05/11, DJ de 09/05/11.

⁶⁸⁵ TONIOLO, Ernesto José. “Os requisitos de admissibilidade dos recursos no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)”. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luiz Alberto (Org.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 189.

⁶⁸⁶ Enunciado n. 215 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Fica superado o enunciado 187 da súmula do STJ (“É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”).

⁶⁸⁷ Enunciado n. 97 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “É de cinco dias o prazo para efetuar o preparo”.

Para parte da doutrina, essa dobra do valor tem natureza sancionatória⁶⁸⁸, razão pela qual, caso o recorrente seja o vencedor ao final, tal valor não entrará no monte das “despesas de sucumbência”, a ser suportado pelo vencido⁶⁸⁹.

A regra do §6º do art. 1.007 do CPC, por sua vez, prevê a hipótese de “justo impedimento” que atalha o recorrente de efetuar o preparo⁶⁹⁰, hipótese na qual, caso devidamente comprovado, o julgador deve relevar a deserção e determinar a intimação para efetuar o preparo, em cinco dias, sem a cominação de qualquer multa⁶⁹¹.

Mesmo após esta intimação, se o recorrente não efetuar o preparo integral ou recolher o valor de modo insuficiente, o órgão julgador deverá aplicar, respectivamente, as regras do §2º e do §4º do art. 1.007 do CPC.

É que a relevação da pena de deserção se justifica pela ocorrência de evento alheio à vontade do recorrente, contra fato que ele nada poderia fazer para vencer, ao passo que a complementação (§2º) e o suprimento (§4º) se fundam, respectivamente, na insuficiência e na ausência de preparo, causadas ou motivadas pelo próprio recorrente, o que não ocorre naquela situação.

Ademais, sobressai-se a regra do §7º do art. 1.007 do CPC, sem qualquer correspondente no CPC/1973, que parece ter sido inserida na lei, de modo expresse, justamente para acabar com todas aquelas situações extremamente danosas ao sistema, mas corriqueiramente ocorridas, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores, que revelavam a “pior face” da denominada “jurisprudência defensiva”.

É que, na vigência do CPC/1973, conta-se um sem número de precedentes jurisprudenciais, que deixavam de admitir um recurso, devido à suposta deficiência no preparo recursal, valendo-se de motivações pueris (que chegavam a ser risíveis) e, ao mesmo tempo, extremamente rigorosas quanto à sua comprovação⁶⁹².

⁶⁸⁸ “O legislador impôs uma multa de cem por cento do valor do preparo como sanção substituta à inadmissibilidade imediata do recurso” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 153).

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 153.

⁶⁹⁰ Enunciado n. 484 da Súmula do STJ: “Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário”.

⁶⁹¹ Enunciado n. 610 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando reconhecido o justo impedimento de que trata o §6º do art. 1.007, a parte será intimada para realizar o recolhimento do preparo de forma simples, e não em dobro”.

⁶⁹² Neste sentido, confirmam-se, dentre muitos, os seguintes precedentes: “O pagamento do preparo recursal deve ser feito na forma da legislação em vigor à época da interposição do recurso, mediante o correto preenchimento do código de receita na guia de recolhimento” (STJ, AgRg no AREsp 807.099/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 21/06/16, DJ de 30/06/16); “Necessidade de correto preenchimento da guia de recolhimento das despesas processuais, principalmente do número que identifica o processo na origem, não sendo hipótese de regularização com base no art. 511, §2º, do CPC” (STJ, AgRg no AREsp 855.965/PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 09/08/16, DJ de

Agora, na atual sistemática, tais motivações não podem servir, de modo algum, para a inadmissão automática do recurso, já que “*o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias*” (§7º do art. 1.007 do CPC).

Sendo assim, qualquer que seja a incorreção no preenchimento da guia de recolhimento do preparo, deve o recorrente ser intimado para a sua correção, de forma a se tornar inaceitável a inadmissão automática do recurso nestas situações de dúvida do relator quanto ao correto recolhimento do preparo recursal.

Da maneira como traçada, trata-se de uma regra relevante, no viés pragmático, na medida em que servirá como proteção normativa para as partes, facilitando a admissão de recursos que outrora eram trancados em seu nascedouro, viabilizando, com isso, o julgamento do mérito recursal.

Por fim, para demonstrar que o STJ parece estar cumprindo a regra disposta no art. 1.007, §7º, do CPC, invoca-se um precedente que a concretizou⁶⁹³, cuja *ratio decidendi* revelou, inclusive, a necessidade de se respeitar a norma da *primazia do julgamento de mérito*.

6.3.8 O julgamento de mérito diretamente pelo tribunal e as regras dispostas no art. 1.013, §§3º e 4º, do CPC em prol da *primazia do julgamento de mérito*

Os §§3º e 4º do art. 1.013 do CPC permitem ao tribunal avaliar, “em primeira mão”, a matéria de mérito que não tenha sido apreciada e decidida pelo juízo

17/08/16); “As anotações feitas à mão na respectiva guia de recolhimento não podem ser consideradas, não sendo aptas a demonstrar a regularidade do preparo” (STJ, AgRg no AgRg no Ag 1.059.585/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 01/03/12, DJ de 12/03/12); “A ilegibilidade do comprovante de pagamento do porte de remessa e retorno dos autos impede a verificação da regularidade recursal, o que acarreta o não conhecimento do recurso” (STJ, AgRg no Ag 1.300.848/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 23/04/13, DJ de 02/05/13).

⁶⁹³ STJ, Ag no AResp nº 850.576/BA, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 31/05/17, DJ de 01/06/17. No caso concreto, o tribunal de origem decretou a deserção de um recurso especial, sob o simplista argumento de que o número do processo teria sido preenchido de forma errada na guia de recolhimento da União, pois faltava o número “0” à esquerda do número do processo preenchido no documento. Entretanto, o STJ, ao julgar o agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto, deu-lhe provimento, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que se prossiga no exame da admissibilidade recursal. Para tanto, o relator desconsiderou uma formalidade exagerada para julgar a admissibilidade de um recurso especial, sustentando que “*se verifica a ausência apenas do número zero à esquerda da GRU, o que não torna impossível a necessária vinculação entre a GRU cobrança e o processo em questão*”, complementando que “*o formalismo processual não deve ser interpretado de maneira desvinculada de sua finalidade, que é a primazia do julgamento justo e a busca pela resolução integral do mérito (art. 4º do NCPC), pressupostos da nova legislação processual*”.

de primeira instância, desde que a causa reúna condições de pronto julgamento, seja por se mostrar dispensável a fase probatória, seja por já terem sido produzidas todas as provas necessárias ao julgamento da demanda.

Tais regras autorizam, em certos casos, que o tribunal ordinário, após dar provimento ao recurso de apelação, decida diretamente o mérito da causa, quando o processo estiver em condições de imediato julgamento (réu citado e com instrução probatória satisfatória), sem que haja supressão de instância, não sendo necessário, por isso, determinar o retorno dos autos do processo à primeira instância.

Trata-se de regras consideravelmente ampliadas e aprimoradas em relação aos parágrafos do art. 515 do CPC/1973, dispositivo legal correspondente no código revogado, que consagram a chamada “teoria da causa madura” nas hipóteses mencionadas no texto do art. 1.013 do CPC, que representam sentenças de mérito viciadas, a merecerem a reforma (no caso dos incisos I e III) ou a anulação (nas hipóteses dos incisos II e IV) pelo tribunal ordinário.

A rigor, o atual CPC, ao ampliar as situações de aplicabilidade da referida teoria, nas quais o tribunal, ao prover um recurso de apelação, poderá avançar no julgamento de mérito na causa, prestigiou, sem dúvida, o princípio da duração razoável do processo e o da *primazia do julgamento de mérito*.

A partir da leitura do novo regramento legal, percebem-se, claramente, duas mudanças significativas, a saber: a primeira diz respeito ao requisito geral para a aplicação da regra da “causa madura”, ao passo que a segunda está relacionada à ampliação das hipóteses que autorizam o tribunal *ad quem* a julgar imediatamente o mérito, sem anular a sentença e sem determinar a baixa do processo para novo julgamento pelo órgão jurisdicional *a quo*.

Agora, o único requisito legal exigido para a aplicação da regra é que a causa esteja em “condições de julgamento”, adotando uma redação mais técnica do que aquela contida no CPC/1973, afinando-se, com isso, às normas fundamentais do atual CPC, mormente as que tratam da efetividade, da celeridade e da economia processuais.

Relativamente ao exame do(s) requisito(s) legal(is) para a aplicação da “teoria da causa madura”, com as devidas vênias a quem defende o contrário⁶⁹⁴, esta

⁶⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 226-227. Para os mencionados autores, “razões de ordem sistemática aconselham que se exija a formulação do requerimento do recorrente para a aplicação da regra, tendo em vista que a delimitação “daquilo-que-tem-de-ser-decidido” pelo órgão jurisdicional é, no ordenamento brasileiro, matéria adstrita ao princípio dispositivo e, pois, à provocação da parte interessada”.

dissertação sustenta que é prescindível o requerimento do apelante para a aplicação da regra, porque foi utilizado, no texto, o verbo “dever” para o tribunal, revelando o caráter impositivo da norma, tornando irrelevante a vontade do recorrente em manifestar expressamente o seu desejo de julgamento imediato da pretensão meritória pelo tribunal.

Assim, como o próprio dispositivo já representa uma situação excepcional do efeito devolutivo do recurso de apelação, basta que o recorrente pugne pela reforma ou anulação do julgado, com amparo em uma das hipóteses cabíveis, aliando-se a isso o fato de a causa estar em condições de imediato julgamento, o tribunal poderá, desde logo, de ofício, ingressar no *meritum causae*⁶⁹⁵.

Ultrapassado o problema quanto aos requisitos exigidos para a aplicação da regra, é certo que houve, invariavelmente, a ampliação das hipóteses legais permissivas, representando uma novidade o acréscimo dos incisos II e III, no dispositivo legal, que previu a possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal. Isso ocorrerá quando for dado provimento à apelação, decretando-se a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (inciso II) ou integrando a sentença omissa quanto ao pedido (inciso III).

Em ambas as hipóteses, o atual CPC considerou a regra da congruência ou da adstrição da sentença ao pedido, pelo que toda vez que a sentença extrapolar ou não observar os limites da causa de pedir ou do pedido autoral, esta deverá ser anulada.

Vale dizer, será permitido tal tipo de julgamento, quando for o caso de sentenças *extra petita* ou *extra causa petendi*, que examinam pedido não formulado na

⁶⁹⁵ Embora com texto direcionado para o CPC/1973, mas que se encaixa perfeitamente no atual CPC, quem se posicionou nesse sentido foi Gervásio Lopes Jr., tese com a qual concorda este trabalho. Segundo o autor, “quando o tribunal aprecia o objeto de uma causa, sem que o a quo o tivesse feito, de forma total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos. Nestes casos, o recurso funciona, apenas, como instrumento de eliminação de empecilho criado pelo 1º grau ao julgamento, no momento adequado, do fundo do litígio. Talvez a compreensão do que propomos não seja fácil, até porque a ideia que sempre tivemos é que toda e qualquer atividade desempenhada pela 2ª instância, nos feitos que não conhece originariamente, dá-se no exercício de competência recursal. Tal ideia deve ser superada, inclusive para que o instituto possa ser bem compreendido e aproveitado. Deveras, se esquecemos qualquer suposta relação do julgamento per saltum com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e o da vedação da reforma para pior nos seus devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente. Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto julgamental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso; o seu provimento ou a anulação da sentença e a maturidade da causa” (grifo nosso) (LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 164-165). No mesmo sentido, considerado desnecessário o requerimento do recorrente para fins de aplicação do §3º do art. 1.013, do CPC, situa-se OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Ob. cit, p. 109.

inicial (inciso II), ou de sentenças *citra petita*, quando o juízo de primeiro grau deixar de decidir um ou mais de um dos pedidos expostos na exordial (inciso III).

Na hipótese do inciso II, o tribunal decretará a nulidade da sentença, por *error in procedendo*, avançando diretamente ao julgamento de mérito, ao passo que, no caso do inciso III, o tribunal limita-se a reconhecer a omissão quanto ao pedido e passa a integrar a sentença, julgando, de modo originário, o pedido que deveria ter sido julgado no juízo de primeiro grau, sem existir, na verdade, um defeito para ser invalidado, porque sequer houve decisão sobre o pedido formulado⁶⁹⁶.

Ademais, outra novidade compatível com o modelo cooperativo de processo foi a previsão do inciso IV do §3º do art. 1.013 do CPC, que permite o julgamento imediato do mérito pelo tribunal, quando for dado provimento ao recurso de apelação interposto, anulando-se a sentença monocrática em razão da sua falta de fundamentação.

Nessas situações, o próprio tribunal, através de uma nova decisão, passará a decidir, de modo fundamentado, o mérito da causa, nos moldes preconizados pelo art. 489, §1º, do CPC. Com efeito, por força dos comandos conjugados estatuídos nos textos dos arts. 6º, 10 e 489, §1º, do CPC, trata-se de um dever cooperativo do magistrado fundamentar, analiticamente, suas decisões, sob pena de nulidade dos seus provimentos que deixem de observar tal regra fundamental.

Sem dúvida, trata-se de outra regra afinada com a preferência do julgamento de mérito, pois o tribunal, ao reconhecer o defeito da fundamentação sentencial (*error in procedendo*), anula a sentença e rejulga a causa, desde que o processo esteja pronto para julgamento⁶⁹⁷, evitando que a demanda retorne ao juízo de primeiro grau, o qual, muito provavelmente, daria o mesmo desfecho ao processo, apenas com um retoque na fundamentação⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 230-231.

⁶⁹⁷ Neste sentido, confira-se o Enunciado n. 307 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do §3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa”.

⁶⁹⁸ “(...) Por isso, cabe ao tribunal, ao aplicar o dispositivo, dividir bem o julgamento: primeiramente, reconhece a falta de fundamentação e invalida a sentença; depois, preenchidos os pressupostos do inciso IV, julga a causa. A divisão é importante, pois certamente o número de decisões anuladas por falta de fundamentação será levado em conta nos processos administrativos de promoção do magistrado” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 232).

6.3.9 A regra do art. 1.024, §3º do CPC e a fungibilidade dos embargos de declaração recebidos como agravo interno

O CPC/1939, em seu art. 810, previu, expressamente, o princípio da fungibilidade recursal, segundo o qual um recurso equivocadamente interposto pode ser admitido como adequado, ao estabelecer que *“salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”*.

No entanto, o atual CPC, a exemplo do diploma legal anterior, não prevê, expressamente, o princípio da fungibilidade recursal, mas, a despeito disso, tratou de algumas hipóteses de aplicabilidade deste último, tentando resolver algumas situações nebulosas presentes na legislação processual passada.

Tais problemas ocorreram geralmente pela atecnia na caracterização de um dos requisitos exigidos para a fungibilidade recursal, qual seja, a “dúvida objetiva”, presente quando a doutrina e/ou jurisprudência divergem, de modo atual, a respeito do recurso cabível para determinada decisão recorrível.

Foram três as situações taxativamente previstas pelo atual CPC, nas quais se poderá aplicar a fungibilidade recursal⁶⁹⁹, a saber: no conhecimento dos embargos de declaração como agravo interno (art. 1.024, §3º), no encaminhamento de recurso especial ao STF, para ser analisado como recurso extraordinário (art. 1.032) e no encaminhamento de recurso extraordinário ao STJ, para ser admitido como recurso especial (art. 1.033), as quais serão examinadas detalhada e sucessivamente.

Superadas tais delimitações conceituais, é indubitoso que uma das situações que geravam dúvida a respeito da aplicação do princípio da fungibilidade recursal foi resolvida com o art. 1.024, §3º, do CPC, de cujo texto se extrai uma regra de fungibilidade recursal entre os embargos de declaração e o agravo interno, que evidencia mais um exemplo do aproveitamento dos atos processuais.

De acordo com esta regra, o órgão julgador deverá conhecer dos embargos de declaração como agravo interno, caso entenda ser este último o recurso cabível na hipótese, mas, para tanto, precisa determinar previamente a intimação do embargante para, querendo, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais,

⁶⁹⁹ Enunciado n. 104 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o NCPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.

de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1º, do CPC, que impõem ao agravante uma impugnação especificada dos motivos da decisão agravada.

Tal regra veio por fim à polêmica existente na vigência do CPC/1973, quando a jurisprudência admitia apenas a interposição de agravo interno contra decisão monocrática relatorial, sem aceitar a conversão dos embargos declaratórios naquela outra espécie recursal ou, quando aceitava a fungibilidade, não intimava o embargante para adaptar as razões dos embargos ao modelo do agravo interno, que era julgado sem a necessária adaptação procedimental, o que acarretava, na maior das vezes, o seu improvimento.

Com efeito, a mera conversão dos aclaratórios em agravo interno, como era feita anteriormente, frequentemente trazia prejuízos ao recorrente, pois o objeto dos aclaratórios (buscar esclarecimento ou integração de uma decisão judicial) é diferente do objeto do agravo interno (que pretende buscar, no órgão colegiado, a reforma ou a anulação da decisão impugnada), diminuindo, sobremaneira, as chances de provimento do recurso convertido⁷⁰⁰.

O atual CPC, valorizando o contraditório dinâmico, passou a prever a possibilidade de o recorrente adequar e/ou complementar as suas razões recursais, reconhecendo, a partir disso, que a simples alegação de vícios de natureza formal (erro material, omissão, obscuridade e contradição) não é idêntica à alegação de matérias de fundo, com nítido conteúdo material. Pretende-se evitar, com tal regra, a prolação de decisões judiciais que surpreendam as partes, na contramão das premissas orientadoras da cooperação processual e da valorização da boa-fé processual.

Aliás, esta compreensão poderia ser facilmente extraída da inteligência dos arts. 10 e 933, ambos do CPC, que asseguram o contraditório como direito de influência e à vedação das decisões-surpresa, impedindo atividades decisórias que possam gerar, potencialmente, prejuízo às partes sem possibilitar a sua participação e manifestação no processo de formação do pronunciamento jurisdicional.

Objetiva-se, com isso, aproveitar o esforço recursal do recorrente, quando equivocado o manejo dos aclaratórios (porque ausente qualquer dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC), permitindo o ajuste e/ou complementação das razões

⁷⁰⁰ “(...) Certamente, o recorrente ofereceria uma impugnação mais ampla materialmente, se a ela fosse dado o direito de agravar, e não embargar desde o início” (SILVA, Ticiano Alves e. “Os embargos de declaração no Novo Código de Processo Civil”. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 663).

dos aclaratórios à abertura devolutiva do agravo interno (bem superior àquela primeira), que se restringe aos lindes previstos no art. 1.022 do CPC⁷⁰¹.

É que o recurso de embargos de declaração possui fundamentação vinculada, cuja causa de pedir são vícios formais taxativamente previstos em lei, ao passo que o agravo interno possui fundamentação ampla, cuja causa de pedir se presta a impugnar, especificamente, os fundamentos da decisão unipessoal, objetivando a sua reforma ou até mesmo a sua anulação.

Entretanto, não obstante a permissão da fungibilidade trazida pela regra em comento, convém salientar que ainda são plenamente cabíveis os embargos de declaração, desde que presente algum dos vícios do art. 1.022 do CPC, para se insurgirem contra decisões monocráticas relatoriais, proferidas em tribunais ordinários ou superiores, hipótese nas quais, não sendo eles intempestivos, interromper-se-á o prazo para o recurso futuro, inclusive para o agravo interno (art. 1.021 do CPC).

Aliás, tal conclusão também se estende para as decisões que não admitem recurso especial ou extraordinário, seja no tribunal de origem, seja no respectivo tribunal superior, contra as quais caberá o recurso de embargos de declaração - repita-se -, desde que presente algum vício constante no art. 1.022 do CPC (omissão, obscuridade, contradição ou erro material), com a consequente interrupção do prazo recursal, para o manejo posterior do agravo em recurso extraordinário ou em recurso especial⁷⁰².

Estas duas conclusões supracitadas adquirem uma enorme relevância prática, certo que as partes, entendendo que tais decisões (monocráticas relatoriais em tribunais ordinários ou de inadmissão de recursos excepcionais em tribunais superiores) contêm algum defeito embargável, poderão opor, tempestivamente, os embargos de declaração sem o receio posterior de não conhecimento do futuro agravo (interno ou de inadmissão) devido à suposta intempestividade, pois haverá, no caso, interrupção do prazo recursal, conforme a dicção do art. 1.026, *caput*, do CPC.

De qualquer sorte, seja como for, a norma do art. 1.024, §3º, do CPC, ao positivar uma nova hipótese de fungibilidade recursal, atende simultaneamente a vários princípios (o da boa-fé processual, o da cooperação, o do contraditório e, por fim, o da

⁷⁰¹ STRECK, Lênio Luiz; FREIRE, Alexandre. “Comentários ao art. 1.024”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 1.355.

⁷⁰² Enunciado n. 75 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Cabem embargos declaratórios contra decisão que não admite recurso especial ou extraordinário, no tribunal de origem ou no tribunal superior, com a consequente interrupção do prazo recursal”.

primazia do julgamento de mérito), reforçando, ainda, outra regra, a da proibição de decisões-surpresa, extraída do texto do art. 10 do CPC, ao permitir a adequação ou complementação do recurso convertido.

6.3.10 A regra do 1.025 do CPC e o prequestionamento ficto

O prequestionamento é, dentre vários outros, um requisito específico de admissibilidade dos recursos tendentes à uniformização do alcance e do sentido do direito positivo, notadamente os recursos extraordinário e especial, exigindo que a questão de direito impugnada (constitucional ou infraconstitucional) tenha sido previamente debatida e decidida no acórdão recorrido, quer naturalmente, quer pela provocação através de embargos de declaração, para que o mérito daqueles recursos excepcionais seja enfrentado pelas Cortes Superiores

Trata-se de exigência constitucional (arts. 102, III, e 105, III, da CF/88), que se constitui em mais um requisito, além dos tradicionalmente exigidos também aos recursos ordinários, necessário para a admissibilidade dos recursos ditos excepcionais, dirigidos aos tribunais de superposição, porque estes somente devem decidir questão de direito, que tenha sido efetivamente julgada no tribunal recorrido, ou seja, somente pode julgar as “causas decididas”⁷⁰³.

O prequestionamento passou a ser previsto como um verdadeiro óbice de acesso aos tribunais superiores, sendo, inclusive, mencionado em três diferentes enunciados de Súmulas do STF e do STJ⁷⁰⁴, que são frequentemente utilizadas no exercício do juízo de admissibilidade feito ou pelos presidentes (ou vice-presidência) dos tribunais de origem ou pelos próprios relatores dos recursos tanto no STF como no

⁷⁰³ Neste sentido, por oportuno, cumpre invocar a seguinte lição doutrinária sobre o tema: “A expressão *prequestionamento* (o signo linguístico) direciona o entendimento. *Prequestionamento* é a indispensabilidade da questão, a ser objeto de o recurso de superposição, ter sido discutida no acórdão recorrido, o que abre e possibilita o debate dialético da questão no recurso de superposição. Como tais recursos estão fundados na discussão da violação da legislação (infra)constitucional, imprescindível que o recurso a ser interposto demonstre que o acórdão recorrido se deteve sobre tal tema. O *prequestionamento* é condição de possibilidade dos recursos que visem à uniformização do entendimento sobre o sentido e o alcance do direito positivo – função nomofilática” (OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. “Prequestionamento virtual no novo CPC – Quem, o quê, onde, como, quando e por quê?” Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que>> Acesso em: 10 nov. 2017.

⁷⁰⁴ Enunciado n.º 221 da Súmula do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo; Enunciado n.º 282 da Súmula do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada; Enunciado n.º 356 da Súmula do STF: O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

STJ, sempre no sentido de obstaculizar a admissão de ambos os recursos excepcionais⁷⁰⁵.

Com isso, na vigência do CPC/1973, diante da significativa relevância atribuída ao prequestionamento, criou-se uma curiosa dinâmica para se admitir e conseguir o exame de mérito dos recursos especiais dirigidos ao STJ.

Nas hipóteses em que não houvesse o necessário prequestionamento da questão a ser impugnada no recurso especial, o recorrente teria que opor embargos de declaração “prequestionadores” contra o acórdão recorrido, para prequestionar (suscitar) o tema; se, mesmo assim, o tribunal recorrido não se pronunciasse sobre a questão, o STJ aplicava o enunciado de sua Súmula 211, entendendo não haver, nessa hipótese, o prequestionamento, de modo a impedir o conhecimento do recurso especial.

Assim, se a recorrente pretendesse ver a questão “omissa” expressamente debatida pelo tribunal *a quo*, deveria interpor o recurso especial com duplo fundamento, inserindo uma preliminar de violação ao art. 535 do CPC/1973 (art. 1.022 do atual CPC), e, depois, suscitava a questão de fundo, apontando, no mérito, a violação à determinada legislação federal infraconstitucional.

Caso o STJ reconhecesse a omissão do tribunal *a quo* em realizar o enfrentamento da questão suscitada e reeditada nos embargos de declaração, dava provimento ao recurso especial interposto, para anular o acórdão recorrido, determinando-se o retorno dos autos ao tribunal de origem para julgamento dos embargos de declaração anteriormente agitados, desta feita com o efetivo exame da referida questão.

Já em relação ao recurso extraordinário, o STF, diferentemente, admitia, em regra⁷⁰⁶, que o simples manejo dos embargos de declaração contra o acórdão recorrido, ao fito de prequestionamento da matéria constitucional, ainda que o tribunal recorrido não se manifestasse a respeito, já era suficiente para atender a esse requisito específico, fazendo uma interpretação inversa do Enunciado de sua Súmula 356.

Foi pensando nisso que o legislador positivou a regra disposta no art. 1.025 do CPC, visando a uniformizar a admissão do prequestionamento ficto para

⁷⁰⁵ Numa pesquisa efetuada no sítio eletrônico do STJ, no dia 05/09/2017, constatou-se que a expressão “Súmula 282/STF” aparece, isolada ou conjuntamente com outras, em 14.456 acórdãos e em 370.600 decisões monocráticas do Superior Tribunal Justiça, enquanto que a “Súmula 211/STJ” aparece em 13.581 acórdãos e em 280.709 decisões monocráticas do Superior Tribunal Justiça.

⁷⁰⁶ RE 231.452/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 01/09/04, DJ de 24/09/04. Há, contudo, entendimento em sentido contrário, como se pode observar do ED no RE 661.521/MS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 17/04/12, DJ de 25/05/12.

ambos os tribunais superiores (STF e STJ), sendo necessário, agora, que a parte interessada apenas oponha os aclaratórios no tribunal de origem, e, na hipótese de improvimento destes, interponha o recurso especial e/ou recurso extraordinário sem qualquer preliminar.

Assim, para a matéria ser considerada devidamente prequestionada, a teor do art. 1.025 do CPC, é necessário que o tribunal superior admita a existência de erro material, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido, podendo-se afirmar, daí, que a ideia de prequestionamento ficto trazida com o CPC, em verdade, ocorre *secundum eventum litis*⁷⁰⁷, já que, somente em caso de análise positiva pelo tribunal superior, é que a matéria será considerada como debatida pelo acórdão recorrido.

Então, após o advento desta regra, parece que o prequestionamento passou a ser tido como um ato que depende tanto da atuação volitiva da parte, como agente colaborador da eficiência processual⁷⁰⁸, que deve desincumbir-se tempestivamente do seu ônus (impugnar a matéria controvertida nos embargos declaratórios) como da manifestação valorativa do tribunal superior, que – repita-se – tem que admitir a existência de um dos vícios apontados nos aclaratórios⁷⁰⁹.

Assim, verifica-se que a regra do atual CPC, sem dúvida, valoriza o princípio da duração razoável do processo, a segurança jurídica (ao uniformizar a aceitação do prequestionamento ficto tanto para o recurso extraordinário como para o

⁷⁰⁷ BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. “Embargos de declaração e prequestionamento”. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-prequestionamento>> Acesso em: 30 set. 2017.

⁷⁰⁸ Na mecânica do processo, o prequestionamento se dará normalmente com a apresentação pelas partes da questão infra(constitucional), na medida em que demandam e exigem a análise do tribunal para o tema (arts. 489, §1º, inciso IV e 1.013, §§1º e 2º do CPC).

⁷⁰⁹ “Tem-se aí o prequestionamento virtual, decorrente de uma eficácia integrativa automática predisposta nos embargos declaratórios. Isso porque, nos termos do art. 1.025, a interposição dos embargos declaratórios com o fim de prequestionamento, importa na inclusão virtual dos argumentos suscitados pela parte no acórdão recorrido, possibilitando assim a interposição dos recursos de superposição pela presença do prequestionamento (virtual). Claro, para tanto, que o Tribunal Superior necessitará reconhecer previamente a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade do acórdão no enfrentamento da matéria apresentada. Tal necessidade visa afastar a tentativa de prequestionamento tardio, em que a parte apresenta embargos declaratórios com matéria até então estranha aos autos e que poderia ter sido previamente enfrentada, mas sobre a qual não se dedicou. Agora, nas situações em que a parte trabalhe com a questão (infra)constitucional previamente, a apresentação dos embargos declaratórios contra o acórdão recorrido integrará o mesmo, prequestionando virtualmente aquela(...) Das duas, uma: ou o Tribunal Superior entende que o acórdão já analisou a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausente tais vícios, e o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado; ou reconhece o vício e tem a matéria prequestionada virtualmente” (OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. “Pquestionamento virtual no novo CPC – Quem, o quê, onde, como, quando e por quê?” cit, passim).

recurso especial), e, via reflexa, reforça o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, ao facilitar a admissibilidade daqueles últimos.

Cuida-se de novidade inteiramente consentânea com o perfil do CPC, direcionada a dar prioridade ao julgamento de mérito dos recursos excepcionais em sentido lato, livrando-lhes de rigoroso exame de admissibilidade, superando, de uma vez por todas, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ.

Todavia, embora se trate de regra por demais relevante, teórica e pragmaticamente, criada com o nítido escopo de “dilatar o comprimido filtro” de acesso aos tribunais superiores, tal regra não vindo sendo muito bem recepcionada pelo STJ, que já a desconsiderou frontalmente em alguns julgamentos.

Em termos mais esclarecedores: nos dois precedentes abaixo citados⁷¹⁰, o STJ entendeu que não se configurou o prequestionamento ficto, mesmo com a oposição de embargos de declaração prequestionadores, após a publicação do acórdão proferido no tribunal ordinário, sob o simplista argumento de que “*a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei*”.

A partir destes precedentes, o STJ, numa nítida manobra defensiva, tenta fazer renascer o enunciado da Súmula 211, ao exigir o já sepultado prequestionamento expresso, como requisito de admissibilidade do recurso especial, fazendo letra morta da norma estatuída no art. 1.025 do CPC.

Percebe-se, daí, que a “cláusula geral de inadmissibilidade” ainda persiste como uma faceta da “jurisprudência defensiva”, representando ciladas jurídicas para as partes e seus representantes judiciais quando da interposição de recursos, inclusive os excepcionais em sentido amplo.

Isso porque, nos dois precedentes citados na nota de rodapé anterior, restou consignado que, para o prequestionamento ficto ser efetivamente produzido, nos termos do art. 1.025 do CPC, ao interpor o seu recurso especial além da matéria objeto do recurso (questão de fundo propriamente dita), caberá ao recorrente alegar também a violação ao dispositivo que prevê o cabimento dos embargos declaratórios (hoje, art. 1.022 do CPC), sob pena de seu recurso ser declarado inadmissível.

⁷¹⁰ AgInt no AREsp n. 1.043.549/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 27/06/17, DJ de 01/08/17; e REsp 1.639.314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/04/17, DJ de 10/04/17.

Contudo, trata-se de exigência absolutamente formalista, que não pode ser extraída da interpretação da regra do art. 1.025 do CPC, cuja auto-aplicabilidade torna desinfluyente a alegação de violação à norma art. 1.022 do CPC, pois o prequestionamento dependerá apenas da oposição dos embargos de declaração pela parte interessada cumulada com o reconhecimento pelo STJ da omissão neles imputada.

Rigorosamente, tais precedentes vão em sentido oposto ao da regra do art. 1.025 do CPC, que é extremamente técnica e adequada, porque somente considera o prequestionamento ficto, *secundum eventum litis*⁷¹¹, ou seja, quando houver o reconhecimento pelo tribunal superior de erro no julgamento dos embargos pelo tribunal de origem, evitando-se, inclusive, a anulação do julgamento originário e ulterior devolução para o tribunal de origem se pronunciar a respeito da omissão impugnada no primeiro recurso especial interposto.

Caso o relator ou a turma entenda, porém, que não houve erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, não será considerada fictamente prequestionada a matéria e o recurso excepcional certamente será inadmitido.

Cumprirá especialmente à doutrina e aos aplicadores do direito rechaçarem tais posicionamentos extremamente restritivos oriundos do STJ (através de manifestações que refutem, analiticamente, tal argumentação perniciosa), para fazerem valer esta regra disposta no art. 1.025 do CPC, criada em sintonia com as premissas adotados pelo CPC, no intuito de facilitar a análise do mérito dos recursos, inclusive dos excepcionais.

Trata-se de regra que, sem dúvida, avulta como um dos exemplos de observância da *primazia do julgamento de mérito*, pois objetiva evitar um recurso especial apenas para obrigar o STJ a “prequestionar” a matéria, reduzindo a complexidade do sistema recursal e, prioritariamente, valorizando o acesso completo à instância extraordinária, direito fundamental do jurisdicionado⁷¹².

6.3.11 A regra do 1.029, §3º, do CPC e a desconsideração ou a correção de vício formal “não grave” em favor do exame de mérito dos recursos excepcionais

⁷¹¹ BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. “Embargos de declaração e prequestionamento”. cit, passim.

⁷¹² MACHADO, Marcelo Pacheco. “Novo CPC, art. 1.025 e STJ: Prequestionamento ficto, pero no mucho”. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj>> Acesso em: 27 jul. 2017.

Assim como qualquer outro recurso, os recursos extraordinários e especiais se submetem, obrigatoriamente, a um prévio juízo de admissibilidade, no qual se avaliará a presença, ou não, dos chamados requisitos de admissibilidade, sejam aqueles comuns aos recursos ordinários, sejam os específicos exigidos para se alcançar o julgamento de mérito nos tribunais de superposição (por exemplo, o prequestionamento, o esgotamento prévio das instâncias ordinárias e a impossibilidade de reexame da matéria fático-probatória).

Nesse sentido, é certo que os recursos excepcionais em sentido amplo passam por um rigoroso juízo de admissibilidade bifásico, precisando ultrapassar duas etapas distintas para terem o seu mérito examinado pelos tribunais superiores: primeiramente, perante o tribunal de origem, exercido pelo (vice)presidente respectivo (art. 1.030 do CPC) e, depois, secunda-se tal exame perante o Ministro relator do tribunal superior respectivo⁷¹³.

Segundo a regra disposta no art. 1.029, §3º, do CPC⁷¹⁴, tanto os relatores como os órgãos colegiados do STF e do STJ podem⁷¹⁵, ao exercerem o juízo de

⁷¹³ A versão original do atual CPC, ao extirpar, quanto aos recursos especial e extraordinário, o juízo de admissibilidade nas instâncias ordinárias, gerou grande desagrado, principalmente aos ministros dos tribunais superiores. Por isso, mesmo durante o período de *vacatio legis*, o Código teve o seu texto alterado, o que se deu pela vigente Lei Federal n.º 13.256/16.

⁷¹⁴ De plano, percebe-se a relevância desta regra no contexto do atual sistema processual civil pátrio, cuja observância se espraiou, inclusive, para outros ramos do direito, em virtude da grande novidade por ela trazida em relação à admissibilidade dos recursos excepcionais, matéria onde prevalecia a visão utilitarista de restrição do acesso integral ao STF e ao STJ. Tome-se como exemplo da promulgação da Lei Federal n.º 13.015/14, que tratou do processamento de recursos repetitivos na justiça do trabalho, alterando-se o art. 896, §11, da CLT (“Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito”), com inspiração na regra do art. 1029, §3º, do CPC, orientando-se, ao final, pela priorização da resolução do mérito do processo.

⁷¹⁵ Segundo Zulmar Duarte, tal regra também pode ser aplicada pelo (vice)presidente do tribunal de origem, permitindo-se a este último corrigir vícios formais não graves dos recursos excepcionais, ao asseverar que: “Ainda que não seja o relator do recurso, remanesce no (vice)presidente competência funcional suficiente para o processamento e a análise do recurso interposto, inclusive com cognição sobre a pretensão recursal propriamente dita (art. 1.030 do CPC). Tanto é assim que o (vice)presidente detém competência para a análise do efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários antes da realização do juízo de admissibilidade (art. 1.029, §5º, inciso VI). Portanto, o enfeixamento de tal competência na figura do (vice)presidente abrange o dever/poder de determinar o saneamento dos vícios processuais, na medida em que o (vice)presidente exerce típica atividade jurisdicional, nessa primeira fase de processamento dos recursos, pelo que investido dos deveres/poderes correspondentes (art. 139, inciso IX). Em tese, a decisão de correção pode ser revista, em momento posterior, pelo relator dos recursos especiais e extraordinários, decretando a inadmissibilidade do recurso, na medida em que considere incorreta a concessão de prazo para correção do vício recursal pelo (vice)presidente. Mesmo porque, na solução diversa, o (vice)presidente negaria conhecimento ao recurso, pois mal formatado, sendo que na via do agravo o relator do tribunal de superposição permitia sua correção (art. 1.042 do CPC). Inútil desperdício de tempo e energia processual, com o fomento ainda da interposição de recursos” (OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. “Correção dos recursos especiais e extraordinários”. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/correcao-dos-recursos-especiais-e-extraordinarios>> Acesso em: 10 nov. 2017).

admissibilidade definitivo dos recursos extraordinários e especiais, *desconsiderar* (I) ou *determinar a correção* (II) de vícios formais não graves de recursos tempestivos, para permitir o julgamento do mérito dos mencionados recursos⁷¹⁶.

Trata-se, sem qualquer sombra de dúvida, de outra regra simbólica, que dialoga, na instância recursal extraordinária, com a norma da prioridade da solução do mérito, em perfeita consonância com as linhas mestras do CPC, qual seja, a sanação ou a relevação de vícios sanáveis, em prol do julgamento de mérito, funcionando, consequencialmente, como um mecanismo de desestímulo à chamada “jurisprudência defensiva” em relação aos recursos excepcionais⁷¹⁷.

A despeito de toda a valorização desta regra, este trabalho suscita uma preocupação de índole pragmática quanto à possibilidade de os tribunais superiores deturparem o real significado da locução “vício não grave”, cuja interpretação poderá funcionar como um mecanismo de manutenção às avessas da “jurisprudência defensiva”, dada à abertura semântica daquela expressão, que pode possibilitar, em tese, a adoção de posturas discricionárias pelos tribunais de superposição quanto à caracterização do vício “não grave”.

Com efeito, o tribunal superior poderá, na prática, “escolher” que defeito formal poderá ser corrigido, e, com isso, “optar” a causa que pretende julgar, mesmo que o recurso que a veicule seja inadmissível, bem como, *a contrario sensu*, poderá ignorar, excepcionalmente, defeitos insanáveis (a exemplo da ausência de prequestionamento e da falta de interesse recursal), a depender da relevância das questões discutidas no caso concreto, para firmar precedentes vinculantes em relação a elas.

Sendo assim, competirá à doutrina exercer um papel importantíssimo neste particular, no sentido de evitar que os tribunais de superposição se valham da indeterminação da expressão “*desde que não o repute grave*”, para restaurar, às avessas, a utilização da “jurisprudência defensiva”.

Feita essa ressalva, a partir da simples leitura da regra, observa-se, sem maiores esforços exegéticos, que dela decorrem dois comandos diferentes dirigidos

⁷¹⁶ Enunciado 220 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O STF ou STJ inadmitirá o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal do qual foi intimado para corrigi-lo”.

⁷¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1.496.

tanto ao relator do recurso como ao órgão colegiado do qual este participa⁷¹⁸: I) o STF e o STJ pode *relevar*, ignorando vício formal de recurso tempestivo, “desde que não o repute grave”; II) o STF ou o STJ pode *determinar a correção* de vício formal de recurso tempestivo”, desde que não o repute grave”⁷¹⁹.

Sendo assim, são necessários dois pressupostos lógicos para a aplicabilidade da regra, ao caso concreto, quais sejam: primeiro, o recurso há de ser necessariamente *tempestivo*, porque, do contrário, o vício será, em regra, insanável, pois, sendo o recurso excepcional intempestivo, o tribunal estaria transformando-o em ação rescisória contra uma decisão que já transitou em julgado; e segundo, o vício formal a ser *relevado* ou *corrigido* não pode ser grave.

É nesta última condição de aplicabilidade da regra que reside o “nó górdio” da controvérsia: identificar, correta e tecnicamente, qua(is) vício(s) podem ser reputado(s) como não grave(s), de modo a permitir a sua *correção* ou a sua *relevação*, isto é, estabelecer qual(is) será(ão) o(s) vício(s) sanáveis (entendido, aqui, o vocábulo “sanar” como gênero, do qual se extraem duas espécies: *corrigir* e *aproveitar* (através da conversão ou fungibilidade e relevação ou desconsideração do vício apontado).

Ora, a regularidade formal é um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, cujo atendimento, na vigência do CPC/1973, era mais complicado, quando se tratasse de recursos excepcionais. Contudo, por força da regra trazida pelo art. 1.029, §3º, do CPC, tornou-se, agora, mais fácil sanar os defeitos formais dos recursos excepcionais, já que, em regra, eles poderão ser amplamente corrigidos.

Todavia, por outro lado, ainda existem defeitos, mesmo de natureza formal, que não podem ser sanados, a exemplo dos recursos com deficiência ou até mesmo ausência de fundamentação, por não impugnarem, especificadamente, os argumentos da decisão recorrida, como será visto mais adiante.

Então, para o perfeito entendimento do debate, é necessário distinguir as duas alternativas de conduta a serem praticadas pelo STF ou STJ, para fins de sanação de eventual vício formal “não grave” de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo certo que a medida a ser adotada deverá ser a *mais adequada* à superação do vício, sem que se adote, indiscriminadamente, qualquer uma das duas.

⁷¹⁸ Enunciado 219 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

⁷¹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 366.

Explica-se. Se o vício formal “não grave” precisar de *correção* para que o recurso siga adiante, a exemplo daqueles relativos à representação processual⁷²⁰ e à ausência de assinatura do advogado na petição recursal, o STF ou o STJ deve adotar, *inicialmente*, a medida de *correção*, de sorte que a medida de *desconsideração* somente poderá ser aplicada posteriormente, caso o recorrente se omita em *corrigir* o defeito sanável do recurso.

Assim, quando o vício formal “não grave” necessitar da *correção*, a medida de *desconsideração* revela-se *subsidiária* em relação à medida de *correção*, ou seja, a primeira medida – de relevação – somente poderá ser aplicada sucessivamente à segunda medida – de correção –, quando esta não se mostrar exitosa⁷²¹.

Diversamente, se o vício formal for, em tese, incorrigível, mas puder ser superado, tem-se como principal a medida de *desconsideração/relevação*, que pode ser adotada em situações excepcionalíssimas, significando dizer, então, que tal medida, referida na primeira parte do §3º do art. 1.029 do CPC, deve relacionar-se exatamente à possibilidade de o STF ou o STJ *ignorar* defeitos formais aparentemente *insanáveis*, tornando-os irrelevantes, desde que não os repute graves⁷²².

Como visto, esta foi a grande inovação trazida pela mencionada regra, ao permitir que o relator ou o órgão julgador tanto do STF como do STJ releve vícios formais aparentemente insanáveis, alguns dos quais, todavia, podem ser, excepcionalmente, relevados, consubstanciando uma norma interessante, cuja bom rendimento dependerá naturalmente de uma mudança de postura por parte dos tribunais superiores, que deverá ser consentânea com as premissas basilares norteadoras do atual sistema processual civil.

6.3.11.1 A ausência de prequestionamento como vício insanável

A falta de prequestionamento é um vício formal insanável, pois “*não há como determinar ao recorrente que corrija o seu recurso, trazendo uma decisão*

⁷²⁰ Enunciado 83 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Fica superado o enunciado n. 115 da súmula do STJ, após a entrada em vigor do NCPC (“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”).”

⁷²¹ SILVA, Ticiano Alves e. *Princípio da superabilidade dos vícios dos recursos: fundamentos, medidas de superação e dinâmica de aplicação*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017, p. 144.

⁷²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 367.

recorrida que tenha enfrentado a questão de direito por ele controvertida”⁷²³, mas que, excepcionalmente, poderá ser *desconsiderado*, em prol da previsibilidade e da segurança jurídica, “*nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada*”⁷²⁴.

Realmente, somente em situações excepcionalíssimas, nas quais o STF ou o STJ pretenda se manifestar sobre questões relevantes à ordem jurídica pátria, firmando precedentes vinculantes em relação a elas⁷²⁵, é que se admitirá, ressaltando as particularidades do caso concreto (respeito à faticidade), a medida de *desconsideração* de vícios aparentemente insanáveis (a exemplo da falta de prequestionamento e até mesmo da intempestividade recursal), medida esta que é, ao mesmo tempo, bastante promissora e produtora, mas também, por outro lado, perigosa para o sistema.

Com efeito, poder-se-ia constituir uma medida sistemicamente útil, pois permitiria aos tribunais superiores uma maior flexibilização na análise da admissibilidade de recurso extraordinário e/ou especial, funcionando como um instrumento de escolha dos recursos que se queira julgar, ainda que estes, em princípio, sejam inadmissíveis, para julgar determinada questão de direito objeto do recurso⁷²⁶.

No entanto, sob outra ótica, tal regra confere um inegável espaço de discricionariedade aos tribunais superiores⁷²⁷, no exercício do juízo de admissibilidade, o que pode acarretar decisões casuísticas ou subjetivismos indesejados, ao permitir, por exemplo, *desconsiderar* vícios insanáveis, que aparentemente seriam graves, e, portanto, insuperáveis, a exemplo da ilegitimidade ou da falta de interesse recursal.

6.3.11.2 A inexistência de repercussão geral como vício insanável

⁷²³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 367.

⁷²⁴ STF, AI n. 375.011/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 05/10/04, DJ de 28/10/04.

⁷²⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 368.

⁷²⁶ Sobre o tema, Francisco de Barros e Silva Neto já advertia que, considerando-se o recurso extraordinário como um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo STF, o rígido exame dos seus requisitos de admissibilidade seria um de seus paradoxos, de modo que, para que houvesse efetivo controle de constitucionalidade pelo STF, deveria haver uma maior abertura do juízo de admissibilidade (In: CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52-53).

⁷²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 368.

É cediço que a ausência de repercussão geral da questão constitucional debatida no recurso extraordinário configura um vício insanável grave, que, *a priori*, não permite *correção* tampouco pode ser *desconsiderado/relevado*⁷²⁸.

Isto porque, em não existindo repercussão geral no recurso extraordinário, não será permitida a *correção* deste vício, sem se facultar ao recorrente a possibilidade de retificação de suas razões recursais para *suprir* tal requisito, ressalvada a hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial, prevista no art. 1.033 do CPC.

Ocorre, todavia, que **a falta de alegação da repercussão geral** no recurso extraordinário pode, excepcionalmente, ser *desconsiderada*.

Explica-se. Ao contrário do que está disposto textualmente na CF/88 e no CPC, o recorrente, rigorosamente, não *demonstra*, em suas razões recursais, a presença da repercussão geral no recurso extraordinário, mas apenas a *alega* (alegação esta que, inclusive, não precisa vir mais em forma de preliminar ou em tópico específico⁷²⁹), para tentar influenciar o convencimento do STF a respeito da importância daquele julgamento para a coletividade e para a unidade do direito.

Ao STF é que competirá, efetivamente, examinar se aquela questão constitucional debatida no recurso extraordinário, *alegada* pelo recorrente, possui, ou não, repercussão geral. Se, por acaso, o STF entender que a questão constitucional debatida no recurso extraordinário não ostenta a relevância e a transcendência necessárias, o recurso extraordinário, *tout court*, será inadmitido, sem o atendimento do dever de prevenção exigido pela regra geral de salvabilidade recursal, prevista no art. 932, parágrafo único, do CPC.

Por outro lado, se o STF compreender, a partir do conjunto de fontes jurídicas trazidas no processo, que a repercussão geral está presente, por entender que o julgamento deste recurso surtirá efeitos para toda a coletividade, contribuindo para a estabilidade, a coerência e a integridade do direito, mediante a fixação de um precedente, o referido vício – **a falta de alegação da repercussão geral** - poderá ser *desconsiderado*.

⁷²⁸ Enunciado 550 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso extraordinário é vício insanável, não se aplicando o dever de prevenção de que trata o parágrafo único do art. 932, sem prejuízo do disposto no art. 1.033”.

⁷²⁹ Enunciado 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico”.

Bem por isso, se o STF estiver convencido da existência de repercussão geral, ainda que ela não tenha sido sequer *alegada* no recurso extraordinário, o vício poderá ser *desconsiderado*, avançando-se ao julgamento de mérito do recurso extraordinário, desde que, antes disso, em homenagem ao contraditório dinâmico e à isonomia substancial, intime-se o recorrido que terá a oportunidade de convencer o STF quanto à inexistência da repercussão geral no caso concreto (dever de consulta).

Entretanto, em quaisquer dos casos, que evidenciam exemplos de relevação de vícios *a priori* insanáveis, configurando um exemplo de concretização da *primazia do julgamento de mérito*, os tribunais superiores devem adotar, nestas situações extremas, posicionamentos coerentes e uniformes, de forma a evitar a imprevisibilidade e a insegurança jurídica tão nocivas ao sistema jurídico.

6.3.12 As regras dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC e a fungibilidade de mão dupla entre os recursos especial e extraordinário em prol do exame de mérito dos recursos excepcionais

Os arts. 1.032 e 1.033 do CPC tratam, respectivamente, das regras denominadas de *conversão de mão dupla* do recurso especial e do recurso extraordinário, ambas com o mesmo propósito: superar um problema relativo ao *cabimento* dos recursos excepcionais, que remonta à criação do STJ pela CF/88⁷³⁰, mediante a mitigação das amarras procedimentais para se julgar o mérito desses recursos.

É que, antes da atual ordem constitucional, o STF detinha competência para apreciar tanto as questões constitucionais como as infraconstitucionais federais, competência esta que foi cindida com o advento da CF/88.

Na vigência do CPC/1973, acontecia de não ser conhecido nem o recurso extraordinário, por entender o STF ser a questão infraconstitucional, nem o recurso especial, por entender o STJ ser a questão debatida no processo de índole constitucional, o que implicava, em última análise, negativa de prestação jurisdicional⁷³¹.

⁷³⁰ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015”. *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. cit., p. 805-820.

⁷³¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Do recurso extraordinário e do recurso especial. Das disposições gerais”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.305.

Com efeito, na vigência do Código revogado, existia um “verdadeiro limbo jurisdicional”⁷³², quando o STJ não conhecia o recurso especial, por entender que o acórdão recorrido violava norma constitucional, assim como o STF também não conhecia de recurso extraordinário contra a mesma decisão, afirmando que a violação ao texto constitucional não era direta e frontal, mas sim reflexa.

Objetivando acabar com tal problema, as regras irmãs dispostas nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC, que estabelecem o “livre trânsito de recursos entre o STF e o STJ”⁷³³, consagram a fungibilidade de mão-dupla entre o recurso especial e o recurso extraordinário ou vice-versa, que deve ser precedida da observância do contraditório substancial, assegurando às partes, previamente, a possibilidade de influenciar no resultado jurisdicional, evitando-se, com isso, os pronunciamentos-surpresa.

Agora, o art. 1.032 permite a conversão do recurso especial em recurso extraordinário, em nome do princípio da fungibilidade recursal, autorizando o STJ a remeter o recurso ao STF (quando vislumbrar, no caso, a presença de questão constitucional ao invés de questão federal infraconstitucional). Mas, antes disso, o relator no STJ deve intimar o recorrente para, em quinze dias, demonstrar a existência de repercussão geral da matéria constitucional e se manifestar sobre tal questão e, além disso, adaptar as razões do seu recurso, enquadrando-o em uma das hipóteses constitucionalmente permissivas do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/88).

Todavia, após possibilitar ao recorrente complementar o seu recurso extraordinário para tentar demonstrar a repercussão geral no caso concreto, o relator deverá, igualmente, para atender à garantia da isonomia, antes de enviar o processo ao STF, intimar o recorrido, oportunizando-lhe o aditamento de suas contrarrazões para sustentar a inexistência da repercussão geral^{734 735}.

⁷³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.492.

⁷³³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação*, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 102.

⁷³⁴ Enunciado 565 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do *caput* do art. 1.032, complementar suas contrarrazões”.

⁷³⁵ Enunciado n. 79 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Na hipótese do art. 1.032 do CPC, cabe ao relator, após possibilitar que o recorrente adite o seu recurso para inclusão de preliminar sustentando a existência de repercussão geral, oportunizar ao recorrido que, igualmente, adite suas contrarrazões para sustentar a inexistência de repercussão”. Aliás, o STJ já atendeu a este Enunciado, porque, depois de intimar o recorrente para aditar o seu recurso, na tentativa de demonstrar a ocorrência de repercussão geral, em obséquio à isonomia, intimou o recorrido, para que este, querendo, complementasse as suas contrarrazões, a fim de sustentar a inexistência da repercussão geral antes de remeter o feito ao STF (STJ, REsp 1.632.377/MG, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJ de 12/09/17).

Recebidos os autos no STF, este poderá discordar do posicionamento e do envio feito pelo STJ, devolvendo os autos a este último tribunal (que já havia se pronunciado quanto à inexistência de afronta à legislação federal infraconstitucional), surgindo, com isso, um problema: como deve agir o STJ, sabendo-se que o STF entendeu não haver questão constitucional debatida no recurso?

Agora, não haverá outra saída, senão a inadmissão do recurso especial pelo STJ, por lhe faltar requisito essencial de admissibilidade, qual seja, a ausência de violação à legislação federal infraconstitucional, pois, a partir do momento em que o STF reconheceu que a discussão posta no recurso extraordinário convertido envolve a análise da legislação infraconstitucional, não há mais o que se discutir, eis que cabe ao STF dar a última palavra sobre o assunto⁷³⁶.

Já a regra art. 1.033 complementa a do art. 1.032, ambos do CPC, prevendo a situação inversa, ao permitir a conversão do recurso extraordinário em recurso especial, pelo STF, quando este entender pela ausência de questão constitucional no recurso extraordinário ou pela ofensa reflexa à norma constitucional, hipótese na qual o relator no STF deverá remeter o recurso extraordinário para o STJ, para que lá seja julgado como recurso especial.

No entanto, visando à equiparação procedimental de ambas as regras e à coerência e à unidade sistêmicas, sustenta-se que o STF, ao invés de encaminhar o recurso extraordinário diretamente ao STJ, deverá, antes disso, oportunizar tanto ao recorrente que complemente suas razões recursais⁷³⁷ como ao recorrido o aditamento de suas contrarrazões recursais⁷³⁸, em obséquio ao contraditório.

Outro questionamento surgido, sobre o tema, reside na discussão se seria permitido ao (vice)presidente do tribunal de origem aplicar esta regra de fungibilidade/conversão? Salvo melhor juízo, a resposta é afirmativa.

Caso se procedesse a uma interpretação literal conjugada dos arts. 932 e 1.030 do CPC, poder-se-ia cogitar que tal permissividade estaria obstada no tribunal *a quo*, somente competindo ao relator do tribunal superior a corrigenda do vício recursal.

⁷³⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 411.

⁷³⁷ Enunciado 566 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do *caput* do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do *caput* do art. 1.032 para que o recorrente adapte o seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional”.

⁷³⁸ Enunciado n. 80 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Quando o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, deverá, antes de remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial, conceder prazo de quinze dias para que as partes complementem suas razões e contrarrazões de recurso”.

Se assim o fosse, o (vice)presidente do tribunal de origem negaria seguimento ao recurso, devido à sua formação deficiente e a competência para permitir a sua correção seria exclusiva do relator no tribunal *ad quem*, desde que provocado pelo Agravo em recurso especial, previsto no art. 1.042 do CPC.

Entretanto, essa não é a melhor solução para o problema.

É que, com o retorno do juízo bipartido de admissibilidade aos recursos excepcionais, reintroduzido pela Lei Federal n.º 13.256/2016, não há vedação ao (vice)presidente do tribunal *a quo* exercer, integralmente, o juízo de admissibilidade a ele conferido, sendo-lhe plenamente possível aplicar a referida regra da fungibilidade, pois o cabimento recursal é um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal. Esta atividade, porém, estará sujeita à confirmação pelo respectivo tribunal superior, a quem incumbe o exame definitivo dessa admissibilidade.

Com efeito, entende-se que tais regras também devem ser cumpridas pelos tribunais de origem, sobretudo porque, ao exercerem, em primeiro plano, o juízo bifásico de admissibilidade dos recursos excepcionais, devem aplicar a regra da fungibilidade entre os recursos excepcionais *lato sensu*, aprofundando a análise quanto à presença daquilo que deveria ser o seu pressuposto analítico: saber se o acórdão regional, em tese, violou uma norma constitucional ou de caráter infraconstitucional federal.

Sendo assim, tratando-se de vício sanável, ao (vice)presidente do tribunal *a quo* se permite aplicar a regra do art. 932, parágrafo único, do CPC, de modo a oportunizar a retificação do recurso, para, apenas posteriormente, realizar o juízo de admissibilidade, até porque, em tese, tal decisão de convertibilidade poderá ser revista e, inclusive, alterada, em momento posterior, pelo relator no tribunal *ad quem*.

Noutro ângulo da discussão, parte da doutrina^{739 740} assevera que, para a admissão da fungibilidade entre os recursos excepcionais *lato sensu*, não se exige que o recorrente demonstre a “dúvida objetiva” em torno do cabimento de um ou de outro

⁷³⁹ Para esta parcela doutrinária, com a qual concorda esta dissertação, tal análise já teria sido realizada previamente pelo legislador, que preferiu não exigir o requisito da demonstração da “dúvida objetiva” para admitir a fungibilidade recursal, já relevando, de antemão, o vício do incabimento com a consequente permissão da conversão recursal (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 411).

⁷⁴⁰ “Com isso, restou claro para o NCP, no campo dos recursos excepcionais, ser irrelevante o equívoco da parte em usar o especial em lugar do extraordinário e vice e versa, pois sempre será possível a conversão do inadequado no adequado” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 1.128).

recurso excepcional ou que comprove inexistência de “erro grosseiro”⁷⁴¹, sob o argumento de que nada há no texto normativo que imponha esse ônus ao recorrente.

É que, neste contexto de permissão antecipada da fungibilidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial ou vice-versa, não se poderia criar um obstáculo à aplicação de uma regra que veio justamente para superar mais um empecilho procedimental.

De mais a mais, as regras de *conversão de mão dupla* entre os recursos extraordinário e especial, ao permitir que as questões submetidas a julgamento sejam efetivamente decididas⁷⁴², revelam-se consentâneas com o sistema de precedentes estabelecido no CPC, bem como diminui as chances de o STF e o STJ decidirem a mesma questão, ainda que por ângulos diversos, em sentidos *diferentes*, o que causaria grande instabilidade decisória⁷⁴³.

No entanto, seja como for, uma conclusão revela-se inquestionável: tanto numa como noutra regra, consagram-se os princípios da cooperação, do contraditório, da eficiência, e, sobretudo, da *primazia do julgamento de mérito*, ao obstar a inadmissão imediata dos recursos excepcionais, aproveitando-se, pela medida da fungibilidade, o recurso equivocadamente interposto como se fosse o correto, abrindo-se a oportunidade para o respectivo exame do mérito⁷⁴⁴.

⁷⁴¹Discordando desta ideia, num viés mais restritivo ainda quanto à ampla permissão da conversão/fungibilidade, Luiz Henrique Volpe entende que o art. 1.033 do CPC impõe ao recorrente o ônus de demonstrar o estado de dúvida quanto ao cabimento de recurso extraordinário ou recurso especial para a solução de casos como aquele objeto do seu recurso. Para o autor, “*é o estado de dúvida objetivamente verificável sobre ser direta ou indireta a ofensa ao texto constitucional que justifica a aplicação da fungibilidade de que tratam os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015*” (in “A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015”. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Org.). *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 819).

⁷⁴²“*Se a pronúncia das Cortes Supremas justifica-se a fim de que se outorgue unidade ao direito, com o que sua legitimidade está coarctada ao exercício da função da adequada interpretação do direito constitucional ou do direito federal, não há sentido algum em se deixar de conhecer recurso que efetivamente veicula questão que merece ser resolvida apenas porque foi endereçada equivocadamente*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015, v. 2. p. 549).

⁷⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 516.

⁷⁴⁴ O STF já admitiu a regra da fungibilidade entre os recursos extraordinário e especial, entendendo que, no caso, houve ofensa reflexa à Constituição Federal, por pressupor a revisão de interpretação de lei federal, notadamente da LC 87/96, determinando-se a remessa da matéria controvertida ao STJ para julgamento da como recurso especial, nos termos do art. 1.033 do CPC (STF, AgR no RE nº 927.274/MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 31/05/16, DJ de 28/06/16).

6.4 Os limites dogmáticos à aplicabilidade do princípio da *primazia do julgamento de mérito* no sistema recursal

6.4.1 Generalidades

Se, de um lado, é certo que se deve priorizar a apreciação do mérito pelo órgão jurisdicional, premissa defendida ao longo de todo este trabalho, de outro, não se deve desconsiderar a lealdade com que os sujeitos processuais devem pautar suas condutas (em respeito à boa-fé objetiva), a fim de não se frustrarem as expectativas legítimas dos demais sujeitos e não se permitirem julgamentos díspares e distintos em situações jurídicas semelhantes, causando insegurança no sistema, ao invés de inibi-la.

Há, excepcionalmente, vícios insanáveis, que inviabilizam – de fato – o exame do mérito no caso concreto, por força da necessária observância da isonomia, da preclusão, da boa-fé processual, da proteção à confiança legítima e da segurança jurídica.

Realmente, o princípio da *primazia do julgamento do mérito*, a despeito de sua significativa relevância no atual panorama do modelo cooperativo de processo, pode ceder, em situações excepcionais, quando estiver presente algum vício insanável da postulação recursal⁷⁴⁵, cuja presença não autoriza o exercício do dever geral de prevenção, que orienta as regras de salvabilidade do mérito, previstas nos arts. 932, parágrafo único e 1.029, §3º, do CPC.

Como já restou tratado anteriormente, há um grande desafio a ser enfrentado pelos órgãos julgadores, no sentido de identificar quais hipóteses aceitarão a sanção dos vícios recursais, ou melhor, que tipo de vício poderá ser abrangido pela oportunidade de *sanação*, sendo este um dos objetivos essenciais desta dissertação.

Na verdade, esta será uma missão a ser paulatinamente resolvida, através do amadurecimento e da responsabilidade dos aplicadores do direito (todos em conjunto) em relação a esse novo paradigma de sanção dos vícios processuais, em prol do julgamento meritório da postulação.

⁷⁴⁵ Neste particular, Marco Antônio Rodrigues, ao tratar sobre a regra de salvabilidade do art. 932, parágrafo único, do CPC, sustentou que “a previsão do parágrafo único não se aplica a qualquer vício de admissibilidade de um recurso. A tempestividade, a legitimidade e o interesse em recorrer, caso ausentes, não são vícios sanáveis em cinco dias, assim como a inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer. O cabimento, por sua vez, é requisito superado pela fungibilidade apenas em situações excepcionais, em que presentes os três requisitos analisados para esse último princípio” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. cit., p. 52).

É indubitável que a doutrina e a jurisprudência terão um papel essencial para cumprir tal mister, cabendo a elas parametrizar as situações em que será possível sanar os vícios dos recursos, inclusive dos excepcionais, a partir de critérios minimamente racionais, que, aliás, já foram anteriormente apontados neste trabalho.

E, neste sentido, esta dissertação tentará contribuir com a referida missão, na medida em que responderá, doravante, alguns questionamentos quanto à postura adequada a ser adotada pelo órgão julgador, quando se estiver diante de um vício processual, em tese, insanável.

Fixada a problemática final, impende, de logo, asseverar que o ponto de partida para esta discussão ampara-se em duas constatações fundamentais à perfeita compreensão e à resolução do problema.

Primeiramente, para que se deixe de aplicar, de modo racional, o princípio *da primazia do julgamento do mérito*, é imprescindível comprovar, satisfatoriamente, que sua aplicabilidade estaria desamparada pela própria realidade do sistema.

Neste ponto, parte-se do pressuposto de que não é cabível rotular, aprioristicamente, um vício como insanável, ou seja, a insanabilidade não pode ser aferida em tese, mas sempre em concreto, devendo o órgão julgador observar as particularidades fáticas da postulação trazida a julgamento.

Daí por que este trabalho enaltece a necessidade de respeito à faticidade do direito, isto é, deve-se almejar uma máxima tentativa de sanção dos vícios, a fim de se obter a resolução mais adequada ao caso concreto, mas, simultaneamente, o órgão julgador deverá considerar as particularidades do processo trazido a julgamento, o que imputará uma maior responsabilidade na entrega da decisão judicial.

Além desse pressuposto, vislumbra-se uma segunda constatação fundamental para a compreensão do tema ora discutido: antes de se decretar a insanabilidade do vício e, conseqüentemente, a inadmissibilidade da postulação, o órgão julgador, mesmo quando o vício, em tese, seja insanável, deve, necessariamente, atender ao dever de consulta previsto nos textos conjugados dos arts. 9º, 10 e 933, todos do CPC.

Em outras palavras, será obrigatória a intimação da parte interessada para que esta, eventualmente, possa demonstrar a inexistência do vício insanável apontado pelo órgão julgador.

Contudo, essa obrigatoriedade somente terá lugar, caso, obviamente, ainda não tenha sido debatido no processo o tema específico que poderá causar a inadmissibilidade recursal, a fim de que o recorrente tenha a chance de convencer o órgão julgador acerca da inexistência do vício insanável naquele caso concreto.

No âmbito do sistema recursal, mesmo em se tratando, em tese, de vícios insanáveis, e, portanto, incorrigíveis, mediante a aplicação da regra geral do art. 932, parágrafo único, do CPC, será necessário o atendimento pelo juiz do dever de consulta, sem que isso sirva, de modo trasvestido, para fins de correção desse tipo de vício.

Na realidade, em respeito ao contraditório substancial, tal comportamento judicial representará uma oportunidade para o recorrente manifestar-se sobre o tema ainda não discutido no processo, tema este tão importante que poderá acarretar a inadmissibilidade da postulação recursal⁷⁴⁶.

Enfim, ainda que se tratem de vícios aparentemente insanáveis, o órgão julgador, primeiramente, deve cumprir o seu dever de consulta, para, somente na hipótese de inalteração de sua suposição inicial quanto à impossibilidade de sanção daquele vício, decretar, *a posteriori*, a inadmissibilidade da postulação recursal sem o exame do mérito.

Isso, entretanto, pode causar embaraços pragmáticos, como, por exemplo, a confusão semântica entre as finalidades dos deveres de prevenção e do de consulta, decorrentes do princípio da cooperação, de modo a exigir muito cuidado e perspicácia do órgão julgador, no momento em que for adotar tal comportamento.

Contudo, uma vez exercido o aludido dever de consulta, este não terá a serventia de possibilitar a correção do vício insanável, mas apenas oportunizará à parte interessada manifestar-se, pela primeira vez, sobre uma matéria ainda não debatida no processo, na tentativa de demonstrar a não ocorrência daquele vício, no caso concreto, sobretudo porque ela poderá ser, eventualmente, prejudicada com o reconhecimento desse tema até então por ela desconhecido.

Assim, fixadas as duas premissas essenciais para desenvolver a questão, passa-se, doravante, a examinar os possíveis vícios insanáveis na esfera recursal (outros referentes à fase de conhecimento já foram examinados anteriormente, a exemplo da

⁷⁴⁶ Encampando esta ideia, Eduardo Talamini assim se manifestou: “(..) Mesmo em relação aos defeitos de admissibilidade recursal que não comportem correção, havendo fundada dúvida, o relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do recurso, deve propiciar ao recorrente a oportunidade de manifestação, a fim de que ele eventualmente demonstre não existir o defeito cogitado. Essa é também uma relevante expressão dos princípios da cooperação e do contraditório: o dever de debate (ou de consulta – arts. 9º e 10)” (TALAMINI, Eduardo. “Dever de prevenção no âmbito recursal”. cit.).

colusão entre as partes para prejudicar terceiros e obter resultado proibido por lei e da proibição de condutas contraditórias no processo) e, com isso, tentar delimitar qual o comportamento a ser adotado pelo órgão julgador nesses casos.

Antes, porém, cai a lançar rememorar, a esse respeito, que boa parte da doutrina⁷⁴⁷ defende que somente dois dos requisitos extrínsecos da postulação recursal poderiam ser sanados - a regularidade formal e o preparo -, de modo que a tempestividade recursal e todos os outros requisitos intrínsecos seriam, em tese, insanáveis, tais como o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal ou a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer^{748 749}.

6.4.2 Cabimento recursal

O cabimento é um requisito intrínseco de admissibilidade recursal, que será atendido quando, simultaneamente, a decisão a ser impugnada é recorrível e o recorrente interpõe o recurso *adequado* contra esta decisão recorrível.

Em suma, o cabimento desdobra-se em dois elementos: (i) a recorribilidade da decisão a ser desafiada (recorribilidade) e (ii) a previsão legal do recurso adequado para atacar aquela decisão (adequação), de sorte que, previsto o recurso em lei, verificar-se-á se ele é adequado para combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso⁷⁵⁰.

Assim, se a decisão for irrecorrível (v.g., tratar-se de um despacho sem carga lesiva), o incabimento não poderá ser sanado, pois não há o que fazer⁷⁵¹, certo que este defeito, visualizado sob a ótica do primeiro elemento do conceito de cabimento (recorribilidade), não poderá ser *corrigido* ou *aproveitado* (nem na modalidade da *conversão* nem da *relevação*), sob pena de se ampliarem as hipóteses taxativas de cabimento do recurso, pois aquela decisão específica, segundo a própria legislação, é inatacável pela via recursal.

⁷⁴⁷ Confira-se neste sentido: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal - conforme o CPC/2015*, cit., p. 85; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Ob. cit., p. 67.

⁷⁴⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 1.017”. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1.345.

⁷⁴⁹ Alguns autores, como Nelson Nery Jr., inserem a “inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer na categoria de requisito “extrínseco” de admissibilidade recursal (*Teoria Geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 274).

⁷⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 129-130.

⁷⁵¹ Neste mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2, p. 487; JORGE, Flávio Cheim. Ob. cit., p. 80-81.

Por outro lado, se a decisão for recorrível (superado o primeiro elemento da irrecurribilidade), mas o recorrente interpuser o recurso *inadequado* (desatendido o segundo elemento da adequação), o defeito recursal (falta de adequação, que poderá redundar no incabimento recursal) não poderá ser *corrigido* propriamente dito, mas apenas *aproveitado* (através da conversão ou fungibilidade), desde que presente a boa-fé do recorrente.

Com efeito, o recurso *inadequado* poderá ser *convertido*, em três hipóteses legais, que traduzem as regras de *conversão* de recurso *inadequado* em recurso *adequado* (e, portanto, cabível), quais sejam, as previstas nos arts. 1.024, §3º, 1.032 e 1.033 do CPC (todas já devidamente analisadas neste trabalho).

Eis aí a aplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal como uma norma concretizadora do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, observadas as hipóteses supracitadas, devendo-se ressaltar, porém, que “*a fungibilidade não se presta para legitimar o equívoco crasso, ou para cancelar o profissional inábil: serve sim, porém, para salvar ato praticado erroneamente, mas sob a crença de ser o correto, diante de circunstâncias do caso concreto*”⁷⁵².

Assim, quando não houver, por parte do recorrente, comportamento contrário à boa-fé a processual, mas sim uma nítida “dúvida objetiva” quanto ao cabimento do recurso adequado na hipótese (razoavelmente aceita a partir de elementos objetivos, (i) como a equivocidade do próprio texto legal quanto à natureza da decisão recorrida ou (ii) divergências doutrinárias e/ou jurisprudenciais quanto à natureza da decisão a ser impugnada), será legítima a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, que deriva dos princípios da boa-fé processual, da instrumentalidade das formas, do aproveitamento dos atos e, por fim, valoriza a *primazia do julgamento de mérito*.

Sendo assim, de modo geral, o vício do incabimento recursal, no tocante ao elemento adequação, pode ser aproveitado em prol da solução de mérito, mediante a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, inclusive em decorrência da nova leitura que o atual CPC lhe pretendeu emprestar, orientada pela própria boa-fé do recorrente e pelo princípio da cooperação⁷⁵³.

⁷⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 510.

⁷⁵³ Dentro desta problemática, impende ressaltar que, na ótica deste trabalho, o erro grosseiro cometido pelo recorrente somente se perfaz quando houver expressa previsão legal quanto ao recurso adequado para atacar determinada decisão judicial, sem que possa cogitar, no caso, da dúvida objetiva, que, por sua

Entretanto, por outro lado, também não é menos certo que, para se aceitar a fungibilidade, não se pode vislumbrar um “erro grosseiro” cometido pela parte recorrente, entendido como aquele que contraria uma expressa previsão legal quanto ao recurso adequado, sem que haja margem à presença de “dúvida objetiva”, configurando, nessas hipóteses, um comportamento culposos do recorrente, que, obviamente, não pode beneficiá-lo.

O apuro técnico notado no atual CPC pode funcionar, em algumas situações, como um elemento limitador à verificação de confusão legal quanto à natureza da decisão judicial, de modo a restringir as hipóteses de possibilidade da conversão ou do aproveitamento do recurso.

Deveras, o requisito para se admitir a fungibilidade recursal - a inexistência de “erro grosseiro” - pode, de igual modo, funcionar como um **instrumento limitador** do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, a ponto de não autorizar o aproveitamento do recurso (através da conversão), impondo-se a decretação da inadmissibilidade recursal, com fulcro na regra disposta no art. 932, III, do CPC.

Tenha-se como exemplo a situação a seguir descrita⁷⁵⁴, a saber: numa ação civil pública de improbidade administrativa, o réu interpôs agravo de instrumento contra uma decisão interlocutória, que havia indeferido pedido por ele formulado com o escopo de assegurar a remarcação de audiência para oitiva de testemunhas, sustentando

vez, seria aquela advinda ou da divergência doutrinária e/ou jurisprudencial a respeito do recurso cabível para impugnar determinada decisão judicial ou quando o próprio órgão julgador induz o recorrente a erro, ou seja, os termos em que é rotulado ou redigido o decisório é determinante para a interposição equivocada do recurso, a exemplo do decidido pelo STJ no EAREsp n. 230.380/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 13/09/17, DJ de 11/10/17. Neste precedente, a 2ª Seção do STJ deu provimento aos embargos de divergência, ressaltando a excepcionalidade do caso concreto, aplicando a fungibilidade recursal, mesmo se tratando de recurso incabível de apelação interposto contra decisão interlocutória que julgou exceção de pré-executividade, sem extinguir o processo de execução, por entender que o juízo de primeiro grau contribuiu diretamente para o surgimento da dúvida quanto ao recurso cabível na hipótese. Afastou-se a eventual má-fé da embargante na interposição da apelação, pois o juízo deu à decisão interlocutória verdadeiro tratamento de sentença, assim denominando-a e registrando-a, bem como recebendo e processando o recurso de apelação. Observa-se, assim, que nem sempre o equívoco recursal é decorrente de incerteza ou dúvida do patrono: a “dúvida objetiva” pode originar-se da prática de ato do próprio órgão julgador. Dessa forma, o entendimento do STJ foi de que o juízo colaborou diretamente para o surgimento da dúvida quanto ao recurso cabível, afastando-se a ocorrência de erro grosseiro, autorizando-se, com isso, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Trata-se, na ótica deste trabalho, de um precedente afinado com as diretrizes propostas pelo atual CPC, enaltecendo a boa-fé processual do recorrente, resguardando o princípio da cooperação e, principalmente, o sobreprincípio da segurança jurídica, certo que o juiz deve cooperar não só para a resolução do mérito, mas também para o perfeito desenvolvimento da marcha processual.

⁷⁵⁴ Este exemplo foi extraído do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0805363-60.2017.4.05.0000, no TRF-5ª Região, cuja relatoria coube ao Des. Federal Rubens Canuto, 4ª Turma, j. 21/06/17.

que, na data aprazada, o seu patrono teria outro compromisso profissional, o que impossibilitaria o seu comparecimento à audiência de inquirição designada.

Ocorre, todavia, que o relator entendeu que faltaria um pressuposto intrínseco de admissibilidade recursal, qual seja, o cabimento, precisamente na vertente da *adequação*, porque o agravo de instrumento não seria o recurso *adequado* para combater aquela decisão interlocutória, conforme a dicção do art. 1.015 do CPC.

Diante disso, através de decisão unipessoal do relator, não se admitiu o recurso de agravo de instrumento, devido à impossibilidade de aproveitamento deste recurso inadequado, através da medida de fungibilidade, eis que o recurso correto seria o de apelação, em cuja preliminar se atacaria a decisão interlocutória não agravável, a qual, por sua vez, não precluiria, por força da regra contida no art. 1.009, §1º, do CPC.

De igual modo, invoca-se outro exemplo muito semelhante⁷⁵⁵, no qual, diante do “erro grosseiro” cometido pelo recorrente, não se autorizou o aproveitamento do recurso como se fora o correto (através da medida de fungibilidade), provocando o não conhecimento do recurso, devido à sua manifesta inadmissibilidade.

Em sede de cumprimento de sentença, o juízo monocrático não acolheu a impugnação apresentada pela Fazenda Pública, determinando o prosseguimento da execução com base na planilha de cálculos ofertada pelo exequente, tendo a Fazenda Pública apelado desta decisão interlocutória.

Diante disso, o relator entendeu que, no caso, faltaria um pressuposto intrínseco de admissibilidade recursal, qual seja, o cabimento, precisamente na modalidade da adequação, porque restou facilmente aferível o equívoco perpetrado pelo recorrente, que interpôs o recurso de apelação, em vez do agravo de instrumento, cuja previsão para o caso está textualmente descrita no art. 1.015, parágrafo único, do CPC.

Bem por isso, constatando-se, *in casu*, o erro grosseiro (porque não havia qualquer dúvida quanto à natureza interlocutória da decisão impugnável, que não pôs fim ao processo), sem ser possível aproveitar o recurso (através da medida de fungibilidade), o relator não conheceu do recurso de apelação, por ser incabível na espécie, decretando, de plano, a sua manifesta inadmissibilidade, com fulcro no art. 932, III, do CPC.

⁷⁵⁵ Este outro exemplo, por seu turno, adveio do julgamento da Apelação Cível nº 0803316-45.2017.4.05.8300, no TRF-5ª Região, cuja relatoria coube ao Des. Federal Edílson Nobre Júnior, 4ª Turma, j. 12/09/17. Neste mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 0806480-23.2016.4.05.0000, no TRF-5ª Região, cuja relatoria coube ao Des. Federal Rubens Canuto, 4ª Turma, j. 01/12/16.

Por fim, convém trazer à colação um outro exemplo da ocorrência de “erro grosseiro”, que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, hipótese frequentemente chancelada pelo STJ, que reputa incabível o agravo em recurso especial, caso interposto contra decisão, que inadmite recurso especial quando a matéria nele veiculada já houver sido decidida pela corte de origem em conformidade com recurso especial repetitivo.

Nestas situações, o STJ tem entendido que se afigura inviável a conversão do agravo em recurso especial em agravo interno, devido à expressa previsão legal do recurso adequado nesta hipótese, que impõe ao recorrente o ônus de manejar o agravo interno para o tribunal de origem (art. 1.030, §2º, do CPC)⁷⁵⁶.

Com efeito, a recorribilidade das decisões que inadmitem recurso especial, em situações desta natureza, vem atormentando os advogados, os quais, não raras vezes, deixam de observar os fundamentos da inadmissão e, a partir daí, terminam por escolher, equivocadamente, o agravo em recurso especial (art. 1.042, *caput*, do CPC), em vez do agravo interno, que é o recurso adequada para combater tal tipo de decisão.

Assim, a interposição do agravo em recurso especial contra as decisões que inadmitem recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STJ, exarado em regime de julgamento de recursos especiais repetitivos, constitui erro grosseiro, merecendo, por isso mesmo, o imediato decreto de inadmissão em face do manifesto descabimento.

Realmente, não se tem admitido, em situações dessa natureza, a medida de fungibilidade, para que o agravo em recurso especial seja recebido como agravo interno, com fulcro na dicção peremptória do art. 1.030, §2º, do CPC.

Diante da força atribuída pela atual ordem jurídica aos precedentes obrigatórios e à boa-fé processual, revela-se como um posicionamento acertado do STJ, certo que impede às partes transformarem um recurso inadequado (e, por isso, incabível) em mais um recurso, quando a matéria impugnada já foi solucionada no âmbito do recurso especial representativo da controvérsia.

⁷⁵⁶ Invocam-se, dentre muitos, os seguintes precedentes oriundos do STJ, que atestam a impossibilidade de aplicação da fungibilidade recursal nessas hipóteses, pois não há dúvida objetiva, dada a expressa previsão legal do recurso adequado para a hipótese (agravo interno), a saber: 1) AgInt no AREsp n. 1.096.099/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 07/11/17, DJ de 14/11/17; 2) AgInt no REsp n. 1.656.690/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 19/10/17, DJ de 16/11/17; 3) AgInt no AREsp n. 1.126.721/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 24/10/17, DJ de 07/11/17.

Aliás, tal entendimento do STJ se mostra consentâneo, ademais, com a ideia da padronização decisória, ou seja, com a noção de que os precedentes obrigatórios servem como meio de “fechamento argumentativo do processo”⁷⁵⁷, para encerrar a discussão processual, notadamente quando a argumentação do recorrente for improdutiva e irrelevante para o desfecho do processo.

Como visto, estes três exemplos citados nas linhas anteriores configuram exemplos de inaplicabilidade da fungibilidade recursal (impossibilidade de *aproveitamento* do recurso inadequado), dada a inexistência de dúvida objetiva, tornando-se, pois, um vício insanável (incabimento recursal), que limita a aplicabilidade do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.4.3 Interesse recursal

O advento do atual CPC impactou, como não poderia deixar de ser, tradicionais categorias jurídicas do direito processual civil, dentre elas, o interesse recursal, que é um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, que se desdobra em dois elementos – na utilidade e na necessidade.

Então, na concepção tradicional, para que se tenha interesse recursal, é preciso que haja *utilidade*, pela qual o recorrente deseja que, em termos práticos, do julgamento do recurso possa surgir uma situação mais vantajosa do que aquela advinda da decisão impugnada, aliada à *necessidade*, pela qual somente possa alcançar esta vantagem através do recurso⁷⁵⁸.

Sendo assim, ou o recorrente tem interesse recursal, donde o recurso merece ser admitido e conhecido, ou não o possui, hipótese na qual o recurso deve ser inadmitido, devido à impossibilidade de corrigir este vício insanável, porquanto não há como o recorrente sanar a ausência de interesse recursal, isto é, não há como,

⁷⁵⁷ “A padronização decisória, tal como implementada na legislação processual brasileira, trouxe o fechamento argumentativo, através da ideia de que o precedente ou súmula pudesse automaticamente ser aplicado ao caso, e, portanto, encerrasse ali a discussão. Evidentemente, já na primeira onda de reformas, os precedentes e as súmulas dos tribunais superiores passaram a ser vistos como hipóteses de fechamento argumentativo” (SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Melo Franco. “Agravos em Recurso Extraordinário e Agravo em Recurso Especial: entre imposição de precedentes, distinção e superação”. *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. cit, p. 726).

⁷⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 138.

posteriormente, fazer surgir a utilidade ou a necessidade para o recurso que não as tem⁷⁵⁹.

Uma vez proferida e publicada, a decisão torna-se *inalterável* pelo próprio juízo, salvo na hipótese de correção de inexatidões materiais ou erros de cálculos, e julgamento de embargos de declaração (art. 494 do CPC). É somente a partir da decisão judicial, inclusive de sua fundamentação, que se avalia a existência, ou não, do interesse recursal, tomando-a como referencial temporal, não sendo possível falar, portanto, em *obtenção superveniente interesse recursal*.

O interesse recursal, antes mesmo do advento da novel legislação processual civil, já havia deixado de ser visto na perspectiva exclusiva da sucumbência formal (quanto aos pedidos da demanda), para estar ligado, outrossim, à sucumbência material (relativa a determinadas questões processuais), a qual, em regra, apenas tem reflexo mediato sobre os pedidos.

Entretanto, a partir da vigência do atual CPC, a noção de interesse recursal foi significativamente ampliada, não mais podendo ser extraída, pura e simplesmente, das concepções de sucumbência formal ou material, quanto ao pedido ou às questões processuais formuladas, respectivamente.

Realmente, conquanto as duas concepções de sucumbência – formal e material – possuam o mesmo eixo fundamental – a decisão judicial -, percebe-se que tais conceitos, atualmente, mostram-se insuficientes aos novos desdobramentos que o interesse recursal passou a assumir, ou melhor, nenhuma destas perspectivas responde bem aos novos questionamentos trazidos pela acepção mais ampla do interesse recursal⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. “Dever de prevenção no âmbito recursal”. cit., passim.

⁷⁶⁰ Neste particular, oportuno trazer à colação a seguinte lição doutrinária: “A evolução do ordenamento exige uma nova concepção do interesse recursal, que não tenha mais simples ligação com a decisão proferida, seja retrospectiva, seja prospectivamente. A perspectiva do interesse deve ser uma visão de futuro, mas que tem como ponto de vista a necessidade e a utilidade de persistir no processo para a obtenção de uma posição jurídica mais favorável, só alcançável pelo recurso a ser interposto. A decisão recorrida pode ter entregue tudo que era possível, enquanto ato processual, mas quando não exaure as possibilidades da posição jurídica no processo, viável a interposição do recurso para obtenção de uma valia dessa posição jurídica. (...) Assim, quando a parte só possa obter uma vantagem com o recurso, ainda que vantagem meramente jurídica, no plano eficaz, ela terá interesse jurídico, pois a não interposição do recurso a deixará em uma posição jurídica aquém daquela possível de ser obtida. Designamos tal sucumbência jurídica, em que a sucumbência se refere à perda de uma potencialidade alcançável somente com a interposição do recurso. O prejuízo à esfera jurídica, pela não obtenção de uma eficácia jurídica, já é suficiente a configurar o interesse recursal, a fim de se afastar a sucumbência jurídica. E a própria perda de potencialidade na posição justifica pela não interposição do recurso, pois importa em diminuição do espectro de vitória da parte, na perspectiva da sucumbência jurídica. Então, tem-se interesse quando o recurso possa conferir mais do que aquilo atualmente titularizado, qualquer acréscimo à esfera jurídica, mesmo que seja apenas no plano da eficácia. O interesse recursal tem na

Neste contexto, embora ainda se considere, na avaliação do interesse recursal, o resultado da decisão proferida, alterou-se a ótica *retrospectiva* pela *prospectiva*, pelo que não se apura mais, apenas, o resultado da decisão sobre os pedidos, mas também os efeitos prejudiciais do *decisum* frente àquilo que se poderia obter com o recurso. Vale dizer, a partir da prolação da decisão judicial, olha-se para frente, para aquilo que não foi alcançado com o pronunciamento jurisdicional.

Por exemplo, tanto nos tribunais ordinários, como nas Cortes Superiores, a parte vencedora poderá recorrer de fundamento não acolhido em julgamento, que poderá gerar precedente com eficácia vinculante, podendo ter interesse apenas na fixação de um precedente obrigatório⁷⁶¹.

Neste caso, como a vinculação ocorrerá em razão da *ratio decidendi*, a parte vitoriosa poderá ter interesse recursal somente para modificar o fundamento da decisão que já nasce predestinada a se tornar um precedente vinculante⁷⁶².

De igual modo, a parte vitoriosa no mérito também terá interesse recursal exclusivamente para impugnar uma questão prejudicial decidida, expressa e incidentemente, em seu desfavor no processo, localizada na fundamentação da decisão, a fim de afastar prejuízo hipotético advindo da coisa julgada material desfavorável quanto à mesma, desde que preenchidos os requisitos exigidos no art. 503, §1º, do CPC.

Contudo, em ambas as situações acima descritas, não houve a *obtenção superveniente do interesse recursal*, porque o interesse recursal, ainda que da parte vitoriosa, surge naturalmente com a prolação da decisão a ser atacada, e não em um momento posterior.

O que pode acontecer, e, de fato, ocorre amiúde, é a *perda superveniente do interesse recursal*, por força do reconhecimento de um fato superveniente relevante para o desfecho da causa, que deve, justamente por isso, ser levado em consideração no julgamento.

sucumbência jurídica sua atual pedra de toque” (OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. “Interesse recursal e novo CPC: sucumbência jurídica”. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/interesse-recursal-e-o-novo-cpc-sucumbencia-juridica>> Acesso em: 10 nov. 2017).

⁷⁶¹ Sobre o interesse recursal na definição do precedente, confira-se: “*Como consequência disso, o interesse recursal deve passar a abranger, além do interesse na alteração do quanto decidido relativamente ao caso concreto, ou seja, da norma individualizada que constitui o dispositivo, o interesse na definição do precedente, ou melhor, da norma jurídica geral do caso concreto, independentemente de discussão da conclusão a que se chegou na decisão judicial*” (LIPIANI, Júlia. “Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente”. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 45-72, maio./ago.2014).

⁷⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. cit., p. 1.516.

Nesta hipótese, vislumbra-se a prejudicialidade do recurso, que deverá ser inadmitido, através de decisão monocrática, com fulcro no art. 932, III, do CPC, sem o atendimento do dever de prevenção.

Por tudo isso, a despeito da ampliação da noção de interesse recursal com o advento do CPC, a ausência deste requisito representa, inquestionavelmente, um vício insanável, que não pode ser corrigido, funcionando, pois, como mais um limite dogmático ao princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

6.4.4 Legitimidade recursal

A legitimidade recursal é a aptidão, conferida por lei, para determinados sujeitos processuais interporem recurso, que, segundo o art. 996 do CPC, poderão ser a parte vencida, o terceiro prejudicado e o representante do Ministério Público, quando atuar como parte ou fiscal da ordem jurídica.

Via de regra, se o recorrente não tem legitimidade recursal, não há como ele corrigir isso, passando a ser posteriormente legitimado⁷⁶³, pelo que tal vício, em tese, não poderá ser corrigido.

Bem é dizer: ou o recorrente, ao interpor o recurso, é legítimo, devendo o seu recurso ser naturalmente admitido, ou, sendo parte ilegítima, ao recurso se aplica a sanção de inadmissibilidade pelo relator, com fulcro no art. 932, III, do CPC, devido à ausência do requisito da legitimidade recursal, seja através de uma decisão unipessoal, seja mediante um julgamento colegiado.

No entanto, podem existir algumas situações, nas quais um recurso seja interposto por quem não tenha, num primeiro momento, legitimidade aparente, mas que passará a tê-la, posteriormente, sem que exista um vício de ilegitimidade recursal.

Pense-se no seguinte exemplo: ocorrendo o falecimento da parte originária durante a demanda, sendo que os seus sucessores interpõem o recurso contra uma eventual decisão a eles desfavorável, hipótese cuja resolução dependerá de saber se o evento morte ocorreu antes ou depois da interposição do recurso.

Se o falecimento for anterior, não existe defeito de ilegitimidade recursal, pois os sucessores são legitimados para recorrer, podendo existir apenas uma dúvida sobre a legitimidade, que poderá ser *esclarecida*, através do dever de esclarecimento a

⁷⁶³ TALAMINI, Eduardo. “Dever de prevenção no âmbito recursal”. cit., passim.

ser exercido pelo recorrente, que deverá comprovar a sua qualidade de sucessor, ou pelo próprio juiz *se esclarecendo* junto às partes.

Se a morte for posterior à interposição do recurso, não haverá vício também, mas sim um *fato superveniente* (morte), que deverá ser levado em consideração no momento do julgamento, em qualquer grau de jurisdição, certo que tal fato tanto pode preencher como suprimir um requisito de admissibilidade recursal, bem como pode contribuir para o provimento, ou não, do recurso⁷⁶⁴, tudo em obediência à regra contida no art. 933 do CPC.

Bem por isso, nesta última hipótese, o julgador deve considerar a morte como um fato superveniente, reputando como preenchido o requisito da legitimidade recursal pelos sucessores, desde que comprovada tal qualidade, avançando ao julgamento de mérito do recurso, caso estejam presentes os demais requisitos de admissibilidade, porquanto se estará diante, na verdade, de uma sucessão processual em grau recursal⁷⁶⁵.

Seja como for, nas duas situações narradas acima, não haverá, rigorosamente, um defeito de ilegitimidade recursal, mas sim uma circunstância ulterior, que interferirá na admissibilidade recursal.

Não ocorrerá, portanto, uma atividade de sanação do suposto vício, donde se conclui que tal vício é, substancialmente, insanável, sem admitir a atividade judicial de sanabilidade, funcionando, portanto, como outro limite dogmático à norma da prioridade da solução do mérito.

6.4.5 Inexistência de fato impeditivo e extintivo do poder de recorrer⁷⁶⁶

Os fatos extintivos ou impeditivos ao poder de recorrer se constituem em requisitos **negativos** de admissibilidade recursal, na medida em que a presença deles implica, necessariamente, a inadmissão do recurso, e, conseqüentemente, a impossibilidade de julgamento de mérito da postulação⁷⁶⁷.

Assim, para que o recurso seja admitido, há fatos que não podem ocorrer, por serem incompatíveis com o exercício do poder de recorrer, chamados de fatos

⁷⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 69.

⁷⁶⁵ SILVA, Ticiano Alves e. *Princípio da superabilidade dos vícios dos recursos*. cit., p. 157.

⁷⁶⁶ A denominação dessa categoria de requisitos de admissibilidade recursal deve-se a Barbosa Moreira (in *O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. cit., p. 168).

⁷⁶⁷ JORGE, Flávio Cheim. Ob. cit., p. 112.

impeditivos desse poder. Será impeditivo “o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la”⁷⁶⁸, a ensejar o instituto da preclusão lógica, que consiste na “perda de uma situação jurídica processual de vantagem por quem tenha realizado atividade incompatível com o seu exercício”⁷⁶⁹.

Evidencia-se, nesse caso, uma incompatibilidade lógica entre a conduta do recorrente, tomada antes ou até depois da sentença, com a ulterior interposição do recurso, constituindo-se como exemplos a desistência da ação (art. 485, VIII, CPC), a renúncia à pretensão formulada na ação (art. 487, III, “c”, CPC)⁷⁷⁰ e o reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, “a”, CPC), condutas que, acaso realizadas, impedirão o futuro exercício do poder de recorrer, porque não são consentâneas com a boa-fé processual, afrontando a confiança legítima e a própria segurança jurídica.

Em todos estes casos, o processo será extinto por atos praticados pelas próprias partes, motivo pelo qual a parte que deu ensejo à prolação da sentença ficará *impedida* de impugná-la, porque é inconcebível a interposição de recurso para atacar a conclusão da sentença provocada pelo próprio recorrente, salvo se o recorrente pretender discutir a validade de tais atos, o que redundaria na **rescisão** da decisão judicial que os tenha por fundamento⁷⁷¹ ou rever a condenação na verba sucumbencial.

Aqui, percebe-se, em todas estas hipóteses, uma manifestação, em grau recursal, da proibição do *venire contra factum proprium* (instituto inerente à cláusula geral da boa-fé processual), *impedindo-se* a interposição do recurso, a funcionar, em situações desta natureza, como limite à *primazia do julgamento de mérito* do recurso.

Demais disso, outro exemplo de ato *impeditivo* ao poder de recorrer reside na *desistência do próprio recurso* (art. 988 do CPC), quando o recorrente dele desiste expressamente, através de uma cota ou petição nos autos, mas, posteriormente, volta atrás na sua manifestação, interpondo outro recurso ainda dentro do prazo recursal.

⁷⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 69.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 143.

⁷⁷⁰ “Não se confunde a *desistência* com a *renúncia* ao recurso: aquela pressupõe recurso já interposto, nesta, ao contrário, o renunciante abre mão *previamente* do seu direito de impugnar a decisão. Tampouco se confunde com a *aquiescência* à própria decisão, que é manifestação, pelo vencido, antes ou depois da interposição do recurso, da vontade de conformar-se com o julgado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 120).

⁷⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. cit., p. 143.

Nessa hipótese, salvo melhor juízo, operou-se a preclusão consumativa⁷⁷², pois, ao praticar o ato processual, o recorrente não poderá mais aditá-lo ou emendá-lo.

Entretanto, existe um fato impeditivo – proibição de recorrer – cuja sanção processual é aplicada, normalmente, em consequência do descumprimento de outra sanção, p. ex., o recolhimento de uma multa por conduta abusiva (v.g., art. 1.021, §4º, CPC), hipótese na qual o defeito pode ser *sanado*, pois se impõe ao relator oferecer a oportunidade para o recolhimento da multa, através da aplicação da regra do art. 932, parágrafo único do CPC, cessando o fato impeditivo.

Por sua vez, será *extintivo* do poder de recorrer o ato de aceitação ou de aquiescência com a decisão (art. 1.000 do CPC) e a renúncia ao direito de recorrer (art. 999 do CPC), que configuram condutas praticadas após a prolação da decisão recorrida, mas antes da interposição do eventual recurso, extinguindo, e não impedindo, o poder de recorrer. Tanto na renúncia, como na aceitação da decisão, o recorrente não poderá mais voltar atrás, eis que elas são irrevogáveis e produzem efeitos imediatos, independentemente de qualquer homologação judicial⁷⁷³.

Aqui, percebe-se, em ambas as situações dos fatos *extintivos* do poder de recorrer, a ocorrência, em grau recursal, do fenômeno da preclusão lógica⁷⁷⁴, cuja verificação, dificilmente, pode ser feita em abstrato, pois não está adstrita à enumeração taxativa de casos específicos⁷⁷⁵, mas sim ao impedimento, de caráter geral, de as partes e o juiz adotarem, *a posteriori*, comportamentos processuais logicamente diversos de outros anteriormente praticados.

Bem por isso, não há como apagar ou suprimir estes atos extintivos ou impeditivos ao poder de recorrer, de modo que tais vícios serão insanáveis, desautorizando a aplicação da regra geral de sanabilidade do art. 932, parágrafo único,

⁷⁷² “Ao praticar o ato, a parte exerce o direito não só de consumir essa prática, mas também exerce o direito ao prazo que lhe é conferido pela lei, pelo juiz ou por convenção. O prazo é um direito processual, já exercido, consumado, realizado quando se pratica o ato tempestivamente. Praticado o ato, ocorre a preclusão consumativa. Não será mais possível aditá-lo ou emendá-lo. Reputa-se consumido o restante do prazo, quando a parte pratica desde logo o ato que lhe incumbe (CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários aos art. 278”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 151).

⁷⁷³ Na renúncia a parte manifesta a sua vontade de não se utilizar do recurso. O ato de vontade, diante da sentença, direciona-se ao recurso. Na aquiescência, o ato de vontade direciona-se à própria sentença, concordando com o seu comando” (JORGE, Flávio Cheim. Ob. cit., p. 117).

⁷⁷⁴ “Não é demasiado observar que a preclusão lógica é comissiva, e não omissiva, como a preclusão temporal. Nessa modalidade, a preclusão não é derivada da inércia, mas sim da efetiva prática de um ato antecedente e logicamente conflitante com o subsequente” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 151).

⁷⁷⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. cit., p. 151.

do CPC, a funcionar, em situações desta natureza, como limites à *primazia do julgamento de mérito do recurso*.

6.4.6 Regularidade formal recursal

A regularidade formal é um requisito extrínseco de admissibilidade recursal, cujos defeitos, dentro de certos limites, podem ser, em regra, *corrigidos/sanados* ou *aproveitados* (pela medida de *conversão/fungibilidade* e da *desconsideração/relevação*), podendo ser considerado, dentre os requisitos de admissibilidade recursa, como o maior campo de aplicação do princípio da *primazia do julgamento de mérito*.

Aliás, parece que o Enunciado n. 6 do STJ⁷⁷⁶, da maneira como redigido, pretendeu que a regra geral de sanabilidade do art. 932, parágrafo único, fosse dirigida, apenas e tão-somente, para os vícios de regularidade formal do recurso, especialmente os menos graves, tais como defeitos documentais (falta de procuração, falta de peça obrigatória ou de qualquer outro documento exigível, falta de assinatura no recurso, etc), que, sem dúvida, são perfeitamente sanáveis, de modo a impedir o imediato decreto de inadmissibilidade recursal.

Embora seja natural que cada recurso tenha requisitos formais específicos a serem preenchidos para a sua regular admissão, os quais, via de regra, permitem a correção, há um pressuposto formal específico que, na atual sistemática, adquire contornos especiais, eis que sua ausência pode levar à inadmissibilidade recursal, sem a possibilidade de sanação do vício.

Este é a obrigatoriedade de motivação ou fundamentação analítica do recurso, que se constitui como parte integrante essencial do ato, porquanto “os recursos são compostos por dois elementos: um de vontade (“elemento volitivo”) e outro de razão (“elemento racionativo ou descritivo”), correspondendo o primeiro à declaração de desagrado para com a decisão e o segundo, exatamente, aos motivos que levam e conduzem a esse desagrado e a essa insatisfação com a decisão recorrida”⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ O Enunciado administrativo nº 06 do STJ: “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único c/c o art. 1.029, §3º, do novo CPC, para que a parte sane vício estritamente formal”.

⁷⁷⁷ PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962, p. 215.

Sem dúvida, a fundamentação do recurso tem como objetivo demarcar a extensão do contraditório e “*definir para a parte adversa e para o juízo, o alcance e o sentido jurídico da impugnação levantada à sentença*”⁷⁷⁸, servindo, então, para determinar o alcance da impugnação como um todo.

Ora. Somente com a demonstração inteligível e integral da causa de pedir e do pedido recursais, os quais não podem ser emendados ou aditados após a interposição do recurso, é que o recorrente possibilitará ao recorrido e ao próprio órgão julgador o conhecimento da matéria impugnada e, por conseguinte, uma defesa e um julgamento final pertinentes à controvérsia instalada no recurso.

Está-se diante da regra da dialeticidade recursal, cuja relevância recrudescer significativamente na atual sistemática processual civil, na medida em que o recorrente terá o “ônus” (e não faculdade) de “*impugnar especificadamente os fundamentos determinantes da decisão recorrida*”.

Sem dúvida, os limites da impugnação recursal foram nitidamente ampliados a ponto de se exigir das partes, atualmente, uma postulação bem articulada, dotada de uma fundamentação analítica e exauriente, tal qual se exige para as decisões judiciais, conforme dicção do art. 489, §§1º e 2º, do CPC.

Deveras, no âmbito de um modelo cooperativo de processo, cujo objetivo é justamente respeitar a dialeticidade no debate, não faz sentido que a exigência da justificação analítica das decisões judiciais fosse exigida apenas do órgão julgador, mas também das partes, que, necessariamente, precisam perfectibilizar, formal e materialmente, as suas postulações, através de uma fundamentação o mais completa e exauriente possível, evitando pedidos genéricos e ininteligíveis⁷⁷⁹.

Assim deve encaminhar tal entendimento, sobretudo porque a sua adoção gerará um enorme ganho técnico para o modelo participativo, pois poderá impedir “*a reprodução mecânica de arrazoados por advogados que se limitam a copiar peças antes elaboradas, trocando seu nome e não impugnando os fundamentos da decisão*”

⁷⁷⁸ FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 102.

⁷⁷⁹ “*Tudo isso parece significar que o art. 489, §§1º e 2º, do CPC, que exige uma justificação analítica das decisões judiciais, não é aplicável apenas às decisões judiciais, sendo ele uma via de mão dupla, exigindo, como consequência, a justificação analítica de todas as postulações dos demais sujeitos processuais*” (DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. “O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ”. Editorial 191. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial-191/>> Acesso em: 27 set. 2017.

impugnada”⁷⁸⁰, especialmente porque, não raras vezes, os argumentos levantados pelas partes influenciam o órgão julgador na prolação da decisão.

A postulação recursal não pode se limitar a reiterar, exclusivamente, os argumentos já levantados na petição inicial e/ou contestação ou nas diversas manifestações ao longo do processo, sendo imperioso que se refute, de modo fundamentado, os elementos que embasaram o julgado, sob pena de se afrontarem as regras da congruência e da dialeticidade recursais.

Se isso ocorrer, viabilizar-se-á o decreto de inadmissibilidade do recurso, já que ausente um dos seus requisitos extrínsecos de admissibilidade, qual seja, a regularidade formal⁷⁸¹, desde que se tenha atendido, previamente, o dever de consulta, mas o recorrente não tenha tido sucesso na comprovação da inexistência do vício.

Realmente, sendo a cooperação uma norma processual fundamental, é certo que dela se podem extrair deveres típicos (normativos textuais), que a concretizem no sistema processual, bem como deveres atípicos (normativos não-textuais), que podem ser utilizados no decorrer do processo para justificar os fins pretendidos pelo princípio da cooperação, quais sejam, um processo mais dialógico e participativo, no qual a comunicação entre as partes e os julgadores deve ser clara e inteligível, sempre sob a égide da boa-fé processual.

Sem embargo, a opção do CPC em adotar o modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC) e priorizar um sistema de observância de precedentes vinculantes (arts. 926 e 927, ambos do CPC) provoca, inevitavelmente, grande impacto na construção dos atos decisórios, notadamente em decorrência da nova feição imprimida ao contraditório substancial, que passou a ser visto como um mecanismo de garantia de influência no pronunciamento judicial e, resto, de impedimento para a prolação das decisões-surpresa.

⁷⁸⁰ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. “Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>> Acesso em: 27 set. 2017.

⁷⁸¹ O Egrégio TRF-5ª Região perfilhou idêntico entendimento, ao deixar de atender ao dever de prevenção, inadmitindo recurso apelatório interposto pelo INSS em face de sentença monocrática, que havia julgado improcedente o pedido deduzido em ação civil pública de improbidade administrativa por aquele proposta, por concluir que “o recurso cujas razões são dissociadas do conteúdo da decisão recorrida é inepto, viola o princípio da congruência e não merece ser conhecido”, sob o argumento de que, em casos tais, “não há tecnicamente razões recursais, uma vez que estas apenas fazem remissão a argumentos que já foram analisados nos autos, nada acrescentando no que se refere aos pontos nodais da sentença a qual se pretende reformar” (TRF-5ª Região, Apelação Cível nº 0800207-16.2014.4.05.8304, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Auxiliar Frederico Wildson da Silva Dantas, j. 30/11/17, DJ de 12/12/17).

Ademais, a revalorização da argumentação das partes, sob a ótica da dialeticidade inerente ao modelo cooperativo de processo, termina por dar mais relevância ao saneamento do processo, porque será, neste momento, que o juiz deverá delimitar as questões de fato e de direito relevantes (art. 357, II e IV, do CPC), tendo as partes o direito de requererem esclarecimentos ou de solicitar ajustes quanto a eventual omissão por parte do magistrado (art. 357, §1º, do CPC)⁷⁸².

A par disso tudo, assiste-se, na prática, à necessidade de uma redefinição do modo de se postular em juízo, para que se refutem aquelas postulações genéricas, imprecisas e vagas das partes, que servem, apenas, para dificultar a defesa da parte adversa, a interpretação da decisão judicial e até mesmo a sua própria liquidação, quando esta for necessária.

Com isso, resta muito evidente que todos os sujeitos processuais, indiscriminadamente, devem participar dos processos argumentativos que formarão a decisão judicial a ser prolatada no caso concreto, pelo que o dever de fundamentação analítica originariamente imputado, exclusivamente, ao órgão julgador pelo art. 489, §§1º e 2º, do CPC, acaba por indicar uma espécie de espelhamento⁷⁸³, para a atuação dos demais sujeitos processuais, notadamente as partes.

Enfim, se o juiz é obrigado a observar o dever de fundamentação analítica, as partes devem fazer o mesmo em suas postulações⁷⁸⁴.

Assim, o patrono das partes, por exemplo, na exposição da pretensão em juízo, não poderá se limitar a fazer a mera indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo (art. 489, §1º, I, do CPC), sem explicar sua relação com questão decidida, sendo vedado, outrossim, o emprego de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados, sem que se explicito o motivo concreto de sua incidência no caso concreto (art. 489, §1º, II, do CPC).

⁷⁸² DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. “O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ”. cit., passim.

⁷⁸³ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. “Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ?” cit., passim.

⁷⁸⁴ Um precedente paradigmático do STJ encampou esta tese, ao asseverar que a correta interpretação art. 489, §§1º e 2º, do CPC deve traduzir uma “obrigação” também para as partes, defendendo a existência, na verdade, de um ônus para o recorrente demonstrar, analiticamente, os fundamentos de suas postulações, sob pena de terem suas postulações, iniciais ou recursais, tidas como ineptas e inadmissíveis. Neste julgado, restou assente que deveria ter havido, pelo agravante, a demonstração da possibilidade de distinção ou superação em relação aos precedentes firmados na decisão combatida (sejam vinculantes, sejam persuasivos), através do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, argumentos que deveriam ter sido trazidos pelo recorrente. Interpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015 que, *mutatis mutandis*, também se traduz em obrigação para as partes (...)” (STJ, AgInt no AResp 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 13/12/16, DJ de 19/12/16).

Pode-se dizer, neste contexto, que apenas se poderá exigir uma fundamentação adequada das decisões judiciais, em respeito ao art. 489, §§1º e 2º, do CPC⁷⁸⁵, quando as partes, em suas postulações, também desenvolverem uma argumentação igualmente completa e exauriente, formulando um pedido inteligível e preciso, exigindo-se, pois, um maior rigor na análise desta argumentação.

De fato, a parte recorrente, por intermédio de seu patrono, deve zelar pela regularidade material do recurso interposto, notadamente no que se refere à completude da sua fundamentação recursal, não cabendo ao órgão julgador lhe conferir novas oportunidades, após o ato de interposição do recursal, para proceder a ajustes argumentativos mediante a complementação das razões recursais.

É que, caso se oportunize a sanção desse defeito, intimando-se apenas o recorrente para aditar a sua fundamentação recursal (dando-lhe a chance, a partir daí, de impugnar especificamente os argumentos da decisão recorrida), afrontar-se-á o sobreprincípio do devido processo legal, o princípio da boa-fé processual e a própria preclusão consumativa (pois o prazo para a interposição recursal já estará expirado), que impedem o fracionamento da elaboração da postulação recursal.

Realmente, na sistemática atual, salvo melhor juízo, a *preclusão consumativa* impede que as razões recursais sejam complementadas após a interposição do recurso, certo que o recorrente, ao interpor o recurso, consumando esta atividade, ainda que de modo deficiente em seu conteúdo, perde o direito de perfectibilizar este ato⁷⁸⁶.

Demais disso, noutro ângulo da discussão, a se permitir a sanção deste vício, com o exclusivo convite ao recorrente para “melhorar” ou “aprofundar” sua

⁷⁸⁵ Segundo Jaldemiro Ataíde Júnior, “com as inovações trazidas pelo CPC/2015, sobretudo o art. 489, §§1º e 2º, inaugura-se, no direito brasileiro, o quinto estágio evolutivo do dever de motivação das decisões judiciais – o estágio da fundamentação adequada (própria do modelo constitucional de processo), que impõe ao magistrado o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahme*) e de considerar (*Erwägungspflicht*) séria e detidamente os argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes” (A inércia argumentativa no processo civil brasileiro. cit., p. 297).

⁷⁸⁶ Embora esta dissertação não corrobore com o entendimento doutrinário a seguir lançado, cumpre advertir que Heitor Sica discorda da ocorrência da preclusão consumativa nesta hipótese, ao asseverar: “(...) segundo nosso entendimento, apenas o decurso do prazo ou a prática de ato logicamente incompatível em momento anterior extingue o direito da parte em praticar o ato ou emendá-lo. (...) Se o primeiro ato for formalmente inadequado, o segundo, apresentando dentro do prazo, suprindo-lhe os defeitos, produzirá normal efeito, como se o primeiro jamais tivesse existido. (...) Por fim, se o primeiro ato for regular, e um segundo for praticado de maneira mais completa que o primeiro (e desde que na forma, tempo e lugar corretos), nada impediria, pelas razões já expostas, que se reputasse esse segundo como emenda ou complemento do primeiro, não se verificando algo que a doutrina chama de preclusão consumativa. Ora, o que extingue o direito da parte à prática do ato é o transcurso do prazo, e não a sua prática em momento anterior, de modo que não há que falar em preclusão consumativa” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. cit., p. 152-153).

fundamentação recursal, estar-se-ia afrontando, claramente, o postulado da isonomia (art. 5º, I, da CF/88), porquanto o recorrido ficaria em uma situação de desvantagem processual, já que não teve a mesma oportunidade de complementar as suas contrarrazões recursais, já apresentadas anteriormente, refutando a postulação recursal inicial.

Aliás, quando não houver impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida, configura-se evidente violação à *regra da dialeticidade*, acarretando a imediata inadmissibilidade do recurso, conforme a regra do art. 932, III, do CPC, por se considerar tal defeito como um vício insanável.

Nesse sentido, o próprio STJ já equiparou, inclusive, a inexistência de impugnação específica dos fundamentos de uma decisão, que inadmitiu um recurso especial, à verdadeira ausência das próprias razões recursais, considerando tal defeito como um vício insanável, ressaltando, expressamente, que, nessas situações, não se aplica a regra de salvabilidade recursal, prevista no art. 932, parágrafo único, do CPC.

Com tal entendimento, em julgamento colegiado no STJ, não se conheceu do Agravo Interno interposto em Agravo em Recurso Especial, devido à ausência das razões recursais, porque “*a agravante se limitou a apresentar a peça de rosto referente a agravo interno, sem, no entanto, deduzir nenhuma fundamentação ou argumentação quanto às suas pretensões e ao motivo da irresignação*”⁷⁸⁷.

Aliás, este também foi o entendimento majoritário do STF, que já se manifestou, ainda no início da vigência do atual CPC, quanto ao alcance da regra geral de sanabilidade, entendendo, naquela ocasião, que os defeitos a serem sanados são aqueles relativos a vícios estritamente formais, mas sem abranger o defeito relativo à incompletude da fundamentação recursal⁷⁸⁸.

Por tudo isso, sustenta-se que a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida revela-se como um vício insanável⁷⁸⁹, pois, nesta

⁷⁸⁷ STJ, AgInt no AResp 1.102.309/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 19/09/17, DJ de 13/10/17.

⁷⁸⁸ O debate foi suscitado pelo ministro Marco Aurélio, no julgamento de agravos regimentais da lista de processos do ministro Luiz Fux, que não conheceu de recursos extraordinários com agravo interpostos já na vigência da nova lei. Ao levantar a discussão, o ministro Marco Aurélio manifestou seu entendimento de que o parágrafo único “foge à razoabilidade”, porque admitiria a possibilidade de glosa quando não há, na minuta apresentada, a impugnação de todos os fundamentos da decisão atacada – um dos requisitos para a admissibilidade do recurso. “*Teríamos de abrir vista no agravo para que a parte suplemente a minuta, praticamente assessorando o advogado*”, argumentou o ministro, sugerindo que a matéria fosse levada ao Plenário para que se declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo (STF, AREs 953.221/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 07/06/16, DJ de 05/08/16).

⁷⁸⁹ Neste sentido, confira-se o seguinte precedente do STJ, conferindo prevalência à aplicabilidade do art. 932, III, do CPC, ao considerar um recurso manifestamente inadmissível, quando não impugnar,

hipótese excepcional, não será possível o atendimento do dever geral de prevenção pelo juiz, para permitir a correção deste defeito formal, configurando uma hipótese limitadora da norma da *primazia do julgamento de mérito*.

6.4.7 Tempestividade e preparo recursais

Por fim, chega-se aos dois últimos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal - a tempestividade recursal e o preparo recursal -, que já foram tratados, de modo satisfatório, nos tópicos 6.3.6 e 6.3.7, respectivamente, para onde se remete o leitor.

De resto, reiteram-se, neste momento, todas as ponderações e as críticas empreendidas nos referidos tópicos, sendo desnecessários quaisquer acréscimos à exposição ali realizada.

especificadamente, os fundamentos da decisão recorrida, sem se permitir ao recorrente a oportunidade de sanção do referido vício (STJ, AgInt no AResp 1.043.344/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 06/04/17, DJ de 30/06/17).

7 CONCLUSÕES

1. No âmbito do direito processual civil pátrio, a *primazia do julgamento do mérito* configura, essencialmente, uma norma jurídica de caráter fundamental decorrente do texto do art. 4º do CPC, porque reproduz um direito fundamental do jurisdicionado a uma tutela jurisdicional adequada, definitiva e efetiva.
2. A partir do texto estatuído no art. 4º do CPC, pode-se construir, *a priori*, o princípio da *primazia do julgamento de mérito*, como também, em tese, é possível que, desse mesmo texto legal, surjam novas regras relativas à preferência do julgamento de mérito, que incidam diretamente na resolução de eventual confronto normativo.
3. O princípio da *primazia da resolução de mérito* é plenamente consentâneo com o atual modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC brasileiro, sendo, inclusive, uma de suas premissas fundamentais, na medida em que aumentou a importância da boa-fé processual e da confiança legítima.
4. O princípio da boa-fé processual, conquanto seja considerado como um dos fundamentos basilares para a *primazia do julgamento de mérito*, também pode funcionar como uma limitação a essa mesma primazia.
5. Não é correto afirmar que a maior preocupação do CPC brasileiro é, exclusivamente, com a celeridade da prestação jurisdicional, porque, na verdade, o que se pretende, através da valorização do contraditório substancial, é obter decisões judiciais mais qualificadas, fato que pode, inclusive, retardar ainda mais o processo, sem que isso afronte a sua duração razoável.
6. A repercussão das premissas do modelo processual cooperativo no âmago do sistema de nulidades do CPC valorizou a própria concretização da norma da *primazia do julgamento de mérito*, na medida em que se passa a exigir do órgão julgador um dever argumentativo mais qualificado para fundamentar e decretar uma invalidade processual, abrindo-se espaço, exatamente por isso, em inúmeras situações previstas ao longo do CPC, para a sanção de defeitos processuais.
7. Neste contexto, as regras relativas ao regime de invalidades não devem ser interpretadas com os “olhos antigos”, mas sim através de uma análise lógico-sistêmica, pensando-se o sistema como um todo, pois, não raras vezes, um mesmo dispositivo legal, embora com a mesma redação anterior, deve ganhar outra interpretação mais consentânea com as premissas defendidas na novel legislação.

8. No atual CPC, deu-se ênfase a uma leitura do princípio da instrumentalidade das formas sob a ótica cooperativa, pelo qual quase todos os tipos de vícios, inclusive os mais graves, podem ser naturalmente sanados (desde que o ato defeituoso tenha atingido a finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes), mediante a observância das premissas do modelo cooperativo de processo, representadas pelo respeito ao contraditório substancial como direito de influenciar na decisão judicial.
9. A relação entre o princípio da *primazia do julgamento de mérito* e o regime de invalidades processuais previsto no atual CPC constitui uma verdadeira simbiose, com evidente natureza reflexiva, certo que deste são extraídas inúmeras balizas interpretativas daquele princípio, a serem observadas pelo órgão julgador, destacando-se a instrumentalidade das formas e o aproveitamento dos atos processuais defeituosos.
10. Por ser dinâmico o processo de construção de uma decisão judicial, através de uma matriz participativa de todos os agentes processuais, as invalidades somente podem ser constatadas e decretadas, em regra, no âmbito de cada relação processual, e somente o serão, se o prejuízo causado for tão grave ao ponto de repercutir na higidez do ambiente dialético do processo.
11. Quando se fala em prioridade na solução do mérito, quer-se referir à prioridade *valorativa*, ou seja, a solução de mérito é mais importante do que o controle disfuncional da validade processual, que, às vezes, não funciona como deveria funcionar, pois não está a serviço da resolução do mérito nem é pensado em função disso.
12. Dentro de um contexto do formalismo-valorativo, onde se enfatiza uma estrutura participativa de processo, não se pode compreender o “mérito da postulação”, apenas e tão-somente, como sinônimo do pedido isoladamente considerado, mas sim como advindo de uma análise conjugada com a respectiva causa de pedir, sobretudo porque, como se sabe, a própria interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação, inclusive da causa de pedir.
13. Embora não exista, a rigor, uma sentença de mérito no processo de execução isso não significa dizer que não exista “mérito” na execução. Existe, sim, só que ele é atendido em momento anterior à sentença, com a satisfação do crédito do exequente, através da prática de atos constitutivos de ingresso no patrimônio do devedor, que realizem a pretensão executiva.
14. O atual CPC foi estruturado com um nítido viés de amplitude do dever de prevenção, certo que foram positivados, ao longo de todo o seu texto, vários exemplos

deste tipo de dever, que, à toda evidência, corporificam regras concretizadoras do princípio da *primazia do julgamento de mérito*, extraído do texto do art. 4º do CPC.

15. A atual legislação processual civil impõe ao órgão julgador um dever de prevenção, ou seja, de, sempre que possível, prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos, incorreções, imprecisões sanáveis, para que sejam corrigidos, a fim de possibilitar o exame do mérito da postulação, seja ela inicial, seja recursal.

16. A extinção do processo sem resolução do mérito, por força da decretação de uma invalidade processual, deve ser, em regra, a última opção a ser adotada pelo operador do direito, cabível somente quando não houver outra alternativa consentânea com o sistema ou se não tiver a mínima condição de aproveitamento dos atos processuais praticados ao longo do procedimento.

17. O princípio da *primazia do julgamento de mérito* não pode, porém, ser aplicado sem a observância de qualquer limite epistemológico, mas sim após uma análise detalhada das particularidades do caso concreto, através do emprego da faticidade do Direito, sendo essencial, para tanto, uma adequada reconstrução fática da hipótese trazida a julgamento, na tentativa de reduzir o espectro da discricionariedade do intérprete do direito.

18. A norma fundamental da *primazia do julgamento de mérito* não se reveste de caráter absoluto, podendo ser relativizada em algumas situações excepcionais, que prevejam a ocorrência de vícios processuais insanáveis, devendo-se delimitar o seu alcance em prol do respeito ao devido processo legal, à boa-fé objetiva, à preclusão, à confiança legítima e à segurança jurídica.

19. Excepcionalmente, haverá vícios insanáveis, que não permitirão a correção do defeito, a exemplo da falta de interesse de agir recursal, da ilegitimidade recursal, da intempestividade do recurso, da ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida e da preclusão lógica, que funcionam como verdadeiros limites dogmáticos à aplicação da norma da *primazia do julgamento do mérito*, inviabilizando, em regra, a sua concretização nestas hipóteses.

20. Em situações dessa natureza, permite-se ao órgão julgador inadmitir as postulações iniciais ou recursais, sem o atendimento do dever de prevenção, previsto no art. 932, parágrafo único, do CPC, mas se deve atender ao dever de consulta, para que o recorrente tenha a oportunidade, em respeito ao contraditório substancial, para se manifestar sobre o tema ainda não discutido no processo, a fim de comprovar que o vício supostamente insanável não existe na realidade.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Uma metodologia para compreender o crescimento do processo e do Poder Judiciário na sociedade complexa. In:_____. *Procedimentalização do direito e crítica do processo no Brasil*. (Coleção de Monografias de Pós-graduação da ESMAPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco). Recife: Bagaço Editora, 2008.
- ALEXY, Roberty. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Da aplicação prática dos princípios processuais: uma proposta de estudo. In:_____. *Monografia premiada no concurso de monografias do Poder Judiciário de Pernambuco*. Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, Recife: Tribunal de Justiça, 1990.
- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz de. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Niterói: Impetus, 2009.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ASTONE, Franscesco. *Venire contra factum proprium*. Napoli: Jovene, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.
- ASSIS, Carlos Augusto de. Técnicas aceleratórias e devido processo legal. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 95, jul./set. 2016.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. 2017. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2017.

_____. Legalidade, incidência, motivação e controle racional das decisões judiciais. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 93, jan./mar. 2016.

_____. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, mar. 2014.

ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho. El canon neoconstitucional*. Tradução Miguel Carbonelli. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1994. v. 1.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Comentários aos arts. 338 e 339. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n.4, p.1-25, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>> Acesso em: 21 out. 2017.

_____. O que é “devido processo legal?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 33, set. 2008.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. *Reclamação constitucional*: hipóteses de cabimento no Código de processo civil brasileiro de 2015. 314f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coords.). *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

_____. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 19, 159 p, 1968.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Lex, n. 15, jan./mar. 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

BECKER, Rodrigo. Dever de prevenção no CPC 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-dever-geral-de-prevencao-no-cpc-2015>> Acesso em: 12 set. 2017.

_____. PEIXOTO, Marco Aurélio. Embargos de declaração e prequestionamento. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-prequestionamento>> Acesso em: 30 set. 2017.

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

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

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 60, out.1990.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

BERIZONCE, Roberto Omar. Las formas de los actos procesales. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2ª ed. Roma: Società Editrice del 'Foro Romano', 1935.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è um mito?. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. XXVIII, p. 146-152, 1951.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 1995.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. “Da lide: estudo sobre o objeto litigioso”. *Ensaio e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pelegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell*. São Paulo: RT, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. “A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. Comentários ao art. 282. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 126, p.59-81, ago. 2005.

CADIET, Loïc. A justiça civil francesa entre eficiência e garantias. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*. São Paulo: RT, 2017.

CALAMANDREI, Piero. “Il processo come gioco”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. In: SANTOS, Evandro Marcelo dos; OLIVEIRA, Thaís Miranda de (Org.). *Direito e processo em evolução: estudos em homenagem ao professor Antônio Pereira Gaio Júnior*. Curitiba: Editora CRV, 2017.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 197, p.261-269, jul. 2011.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art. 932. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Org.). *Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, 2006, v. 4, p. 545.

_____; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

_____. Ideologie nel diritto processuale. *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic book, 2000. v. 1.

_____. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

_____. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O novo regime do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: MP Editora, 2009.

CAVANI, Renzo. *La nulidade em el proceso civil*. Lima: Palestra Editora, 2014.

_____. *Processo Justo: Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional*. 2014. 282f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2014.

CHIARLONI, Sergio. *Processo civile e verità in questione giustizia*. Milano: Franco Angeli Edizioni, 1987. n. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. 2. ed. Tradução J. Guimarães Mengale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

_____. Sulla ‘perpetuatio jurisdictionis’. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, volume primo.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2007. v. 1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 30, n.121, p.275-301, 2005.

_____. Comentários aos arts. 188 e 189. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTALUNGA, Danilo. A teoria das nulidades e o sobredireito processual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 94, n. 344, p.3-19, out/dez, 1998.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 39, n. 233, p.123-150, jul. 2014.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

_____. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da; NUNES, Dierle; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *Novo CPC, formalismo democrático e Súmula 418 do STJ: a primazia do mérito e o máximo aproveitamento*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/18/novo-cpc-formalismo>> Acesso em: 15 set. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 39, n.233, p.65-84, jul. 2014.

_____. A translatio iudicii no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.37, n. 208, p.257-263, jun. 2012.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. v. 3.

_____. Comentários aos arts. 4º a 6º. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Do pedido. In: ARRUDA ALVIM, Angélica et al. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Embargos infringentes contraparte do acórdão que trata dos honorários advocatícios. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 154, 2007.

_____. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Normas fundamentais no novo CPC brasileiro. In: _____. SILVA, João Calvão da, et al. (Org.) *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.

_____. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 209, p.349-374, jul. 2012.

_____. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 179, p.139-174, jan. 2010.

_____. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio-49-principio-da-primazia-do-merito>> Acesso em: 03 ago. 2017.

_____. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v, 36, n. 198, p.227-236, ago.2011.

DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.12, n. 47, p.24-42, jul./set. 1987.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos: trafegando na contramão da doutrina. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, v.24, n. 93, p.149-168, jan./mar.2016.

DELLA PIETRA, Giuseppe. *Codice di procedura civile commentato*. Torino: UTET, 1997.

DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: supressio e surrectio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*. Curitiba: Juruá, n. 03, abr./jun. 2007.

_____. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. *Revista magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, v.9, n. 52, p.36-41, jan./fev.2013.

_____. A teoria dos princípios e o projeto do novo CPC. *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Comentários ao art. 1º. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do “duty to mitigate de loss” no processo civil. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, n. 32, set./out. 2009.

_____. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 176, 2009.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.30, n. 127, p.75-79, set. 2005.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 36, n. 198, p.213-225, ago.2011.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

_____.et al. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; PEIXOTO, Ravi. “O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais: um precedente do STJ”. Editorial 191. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial-191>> Acesso em: 27 set. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t.1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

_____. Nasce um novo direito processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992. n. 58.

_____. Parecer - Agravo de Instrumento contra decisão denegatória elaborado em favor da Companhia Siderúrgica Nacional. São Paulo, 2008.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 8.

FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Eric Cesar Marques. “Preceitos relativizantes das nulidades no novo CPC”, Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 09 set. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FUX, Luiz. “Prefácio”. In: FREIRE, Alexandre (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. São Paulo: Método, 2017.

GERALDES, António Santos Abrante. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. 01.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.34, n. 172, p.32-54, jun. 2009.

_____. Breves considerações filosóficas, metodológicas e dogmáticas a respeito do dever de fundamentação no Novo Código de Processo Civil. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 93, jan./mar.2016.

_____. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In: DIDIER JR. Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Comentários aos arts. 276 a 283. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida, et al. (Org.). *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Lualri, 2017, t. 1.

_____. Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 93, jan./mar.2016.

GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. 21, p.595, 1966.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos, n. 14, abr.2002.

_____. “O princípio do contraditório”. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 24, mar. 2005.

_____. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 2.

_____. Publicismo e privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.12, n.46, p.60-83, abr./jun. 1987.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trad. Miguel Carbonelli. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução e notas Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latim, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Comentários aos arts. 276 e 282. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

KOZIKOSKI, Sandro Macelo. *Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1.

_____. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985.

_____. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 28, 1983.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. 405 p.

LA ROCCA, Manlio. *Profili di un sistema di responsabilità processuale*. Napoli: Morano, 1963.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 767, 1999.

LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIPIANI, Júlia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, mai./ago. 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela de contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 17, n.1, p.164-192, jan./jun.2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.38, n. 216, p. 377-398, fev. 2013.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Extemporaneidade de recurso prematuro. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 8, p.58-66, nov. 2003.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ: prequestionamento ficto, pero no mucho. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj>> Acesso em: 27 jul. 2017.

MAFFINI, Raffael da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. 2005. 253f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado Constitucional”. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>> Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

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

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1.

_____; _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do ‘*venire contra factum proprium*’. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 376. 2004.

_____. A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 139, 1998.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolter Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho em el proceso*. Buenos Aires: La ley, 2001.

MAZZOLA, Marcelo. *Cooperação e operosidade: a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo da impugnação*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Efetividade processual, princípio da cooperação e poderes instrutórios”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, v.23, n. 90, p.175-190, abr./jun. 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, Ajuris, n. 103.

MESQUITA, Miguel. Princípios de gestão processual: O Santo Graal do Novo Processo Civil?. *Revista de legislação e jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 145, n. 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 3.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil – Recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. 4.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do advogado: o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: AASP, n. 126, 2015.

_____. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas - do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 01.

_____. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Gênese, v, 10 n. 35, p. 46-69, 2005.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di terza via. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. volume único.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, São Paulo, v. 22, jan./2006.

_____. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Comentários ao art. 222. In: TUCCI, José Rogério Cruz et al. (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP/OAB, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 217f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Belo Horizonte, 2008.

_____. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

_____. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 2.

_____; PEDRON, Flávio Quinaud. “Doutrina deve ter prudência e rigor ao definir princípios no novo CPC”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/doutrina-prudencia-definir-principios-cpc>> Acesso em: 03 ago. 2017.

_____; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>> Acesso em: 27 set. 2017.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. *O juízo de identificação de demanda e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 19, jan./mar.1994.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 29, jan./fev.2004.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal - conforme o CPC/2015*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. Do recurso extraordinário e do recurso especial. Das disposições gerais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. Devido processo legal: contraditório (trinômio informação, reação e consideração) e o novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 7, jan./jun. 2011.

_____. Prequestionamento virtual no novo CPC – quem, o quê, onde, como, quando e por quê?. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PALERMO, Antônio. *Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956.

PANZAROLA, Andrea. *La cassazione civile giudice del mérito*. Torino: Giappichelli, T. II, 2005.

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

PEIXOTO, Ravi Medeiros. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do fato processual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, v. 15, n. 60, p. 99-125, out./dez. 2014.

PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2012.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962.

RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no amanhã. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 239, 2015.

RAMOS NETO, Newton Pereira Ramos. Comentários ao art. 938. In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1939.

REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPodivm, 2017.

RODRIGUES, Daniel Colnago. O princípio da primazia da tutela de mérito: uma apresentação”. In: Gutiérrez Miranda, Néstor H. et al. (Coord.). *Horizontes contemporâneos del derecho procesal*. Peru: Adrus Editores, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

_____. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 322”. In: STRECK, Lênio Luiz et al. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Posso comprovar o feriado local após interpor o recurso?. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/posso-comprovar-o-feriado-local-apos-interpor-o-recurso>> Acesso em: 21 nov. 2017.

SALDANHA, Nelson Saldanha. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meios de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 192, v.36, p.47-80, fev. 2011.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Vedação à decisão surpresa no processo civil*. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2012.

SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

_____. Invalidades processuais no Código de Processo Civil de 2015. In: FREIRE, Alexandre, et al. (Org.). *Doutrina selecionada - parte geral*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Tradução Thomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Comentários ao art. 1.017. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no código civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.). *Impactos processuais no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977. t. 1, v. 9.

SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Agravo em Recurso Extraordinário e Agravo em Recurso Especial: entre imposição de precedentes, distinção e superação. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Org.). *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. I.

_____. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. v. 2.

_____. Processo Civil e sua recente reforma. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. São Paulo: Forense, 2002.

_____. *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Salvador: JusPodivm, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Org.). *Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Princípio da superabilidade dos vícios dos recursos: fundamentos, medidas de superação e dinâmica de aplicação*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Os princípios processuais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, p. 424-43, out. dez./2012.

_____. “Paradoxos do recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional”. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

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

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Comentários ao art. 489. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur Editorial, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 09 out. 2017

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; FREIRE, Alexandre. Comentários ao art. 1.024. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Dever de prevenção no âmbito recursal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235964,101048Dever+de+prevencao+no+ambito+recursal>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Suor Orsola: Editoriale Scientifica, 2007.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Rivista di diritto processuale*. anno LVI, n. 1, jan./mar.2001.

_____. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2002.

TEMER, Sofia. *NCPC: Correção de vícios dos recursos. Reflexões iniciais sobre os parâmetros para a regra de sanabilidade do CPC/2015*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dos-recursos>>. Acesso em: 17 set. 2017

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e nulidades em processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, n. 33, 2009.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, n. 33, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TONIOLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In: RUBIN, Fernando; REICHELT, Luiz Alberto (Org.) *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2011.

TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: G. Giapichelli Editore, 2011.

_____. *Processo civile e costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *A causa petendi no processo civil*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 27.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

TURRONI, Davide. *La sentenza civile sul processo: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2006.

VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v.55, n.2, p. 299-317, abr./jun.2000.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.34, n. 168, p.53-66, fev. 2009.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. O Código de processo civil de 2015: notas marcantes. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.)". *Impactos do novo CPC na advocacia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A supressio e o direito à prestação de contas*. São Paulo: RT, 2012. v. 915.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1997.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 932. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.