

**CONDIÇÕES DA AÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DO INTERESSE PROCESSUAL, VISANDO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A POSSIBILITAR O ACESSO À JUSTIÇA E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.**

Bartolomeu Oliveira da Silva <sup>1</sup>

*Sumário:* Introdução. 1. Flexibilização com vistas à efetividade do processo; 2. A falta de flexibilização acarreta negação do acesso à justiça; 3. Flexibilização visando à garantia dos direitos humanos; 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

**Introdução.**

O presente trabalho tem como objetivo principal ressaltar a necessidade de os operadores do direito observarem as condições da ação, flexibilizando, todavia, na análise da *possibilidade jurídica do pedido* e do *interesse processual*, com vistas à efetividade do processo, ao acesso à justiça e à **garantia dos direitos humanos**.

É que a inobservância da flexibilização poderá resultar na extinção do processo, sem apreciação do mérito, o que acarretará irreparáveis prejuízos, decorrentes da perda de tempo, seja ao particular, seja ao Estado, quando, nesta hipótese, o postulante está litigando pela assistência judiciária gratuita, pois impõe ao interessado o retorno a Juízo para, sanado o vício, ver seu pleito apreciado e julgado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o rigor excessivo, por parte dos julgadores, na aplicação dos institutos – *possibilidade jurídica do pedido* e *interesse processual* –, poderá conduzi-los a extinguir o processo prematuramente (sem julgamento do mérito), impossibilitando, assim,

1- SILVA, Bartolomeu Oliveira. Defensor Público titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Itabuna. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz 1

que o processo alcance o seu fim social, que consiste na solução dos conflitos de interesses, com a entrega da prestação da tutela jurisdicional, através de uma decisão justa.

No dia-a-dia forense, os operadores do direito deparam-se com decisões excessivamente formalistas, as quais não contribuem para o desfecho da demanda. Ao contrário. Além do atraso no deslinde da causa, o apego ao formalismo pode ensejar a extinção do processo sem apreciação do mérito, o que implica a inobservância dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como do acesso à Justiça e da dignidade da pessoa humana.

O processo como instrumento que é, não pode atuar em detrimento de um direito material, mas sim para reconhecê-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste obter.

Nada justifica, pois, que o puro formalismo processual anule um processo que, apesar de possuir um ato vicioso, não gerou prejuízos a nenhuma das partes. Um exemplo em que o próprio sistema normativo repele esse excesso de formalismo, é o disposto no art. 920 do Código de Processo Civil, onde o juiz pode dar continuidade a um processo, mesmo no caso de uma ação de manutenção de posse ter sido ajuizada erroneamente no lugar de uma ação de reintegração de posse, aplicando-se, na hipótese, o princípio da fungibilidade das ações.

Não só cabe ao magistrado deixar de lado os rigores na interpretação da norma, mas, sobretudo, não pode, em hipótese alguma, permitir que seu raciocínio o conduza a uma interpretação contraproducente ao texto legal.

O Estado, ao não permitir, em regra, a autotutela, ou seja, não permitir que o indivíduo faça justiça pelas próprias mãos – salvo nas hipóteses de *legítima defesa* (no crime) e *desforço incontinenti* (no cível) –, precisa garantir-lhe o acesso à Justiça de uma forma justa. Por isso, tem-se o processo como uma garantia constitucional à satisfação de um direito material por meio da tutela jurisdicional.

A função do processo consiste em fazer o ordenamento jurídico atuar com efetividade.

A preocupação, portanto, com as referidas condições da ação, tanto por quem postula, quanto por quem julga, deve estar sintonizada com a instrumentalidade e à efetividade do processo, e com o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana, que se constituem no objetivo maior da moderna doutrina processual, de forma que, à inobservância desses princípios, concomitantemente, restará empobrecido o anseio de acesso à ordem jurídica justa, demonstrando, geralmente, a ineficiência dos instrumentos existentes.

A nossa intenção, importa registrar, não obstante acreditarmos na posição defendida, é também de suscitar o debate com referência à necessidade de flexibilização dos institutos processuais mencionados, haja vista, inclusive, que, na opinião de renomados juristas, a exemplo de Calmon de Passos, as condições da ação constituem matéria de mérito.

### **1. Flexibilização com vistas à efetividade do processo.**

A possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem, ao lado da legitimidade *ad causam*, as condições da ação, que devem estar presentes, no juízo de admissibilidade da ação, a fim de que o mérito da causa possa ser enfrentado e julgado.

Não se pretende aqui entrar na discussão doutrinária, segundo a qual alguns eminentes processualistas sustentam que a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem matéria de mérito, mas seguir o preceituado no nosso Código de Processo Civil, que, adotando a teoria de Liebman, determina que a ausência de qualquer das condições da ação dá ensejo à extinção do processo, sem apreciação do mérito da causa, a teor do art. 267, inciso VI, combinado com o art. 3º, do referido Diploma Processual.

É necessário, contudo, que sejam afastados o excesso de formalismo, bem como o rigor exegético na análise, tanto da possibilidade jurídica do pedido, quanto do interesse processual, para evitar que o apego a esses dogmas possam conduzir à prematura extinção do feito, com manifesto prejuízo à efetividade do processo e, conseqüentemente, à solução dos conflitos de interesses, impossibilitando-se a entrega da prestação jurisdicional.

Modernamente, a doutrina tem revelado enorme preocupação com a efetividade do processo, ressaltando que este deve ser encarado como um instrumento que tem por finalidade dar efetividade à prestação jurisdicional diante de um litígio, cabendo ao julgador assegurar, da melhor forma ou da forma possível, a concretização do direito material.

Se o julgador não raciocinar nesses termos, preferindo manter-se rigoroso na análise das referidas condições da ação, para concluir, **preambularmente**, pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, a função social do processo jamais será alcançada.

Adverte Sílvio de Salvo Venosa (2003, vol. I: 382) que “*o processo só tem sentido para a realização do direito material; o direito de ação só existe para garanti-lo. A exacerbação da importância do processo leva a alguns erros de perspectiva, transformando, por vezes, o processo em fim, quando, na realidade, é meio. Trata-se de caminho a ser percorrido, garantido pela lei, para atribuir o reconhecimento de um direito material aos litigantes. Esquecer que o direito processual é caminho tem sido erro comum, por vezes, de alguns que, apaixonados pelos meandros do processo, transformam-no de meio e fim, o que deixa o perfazimento do direito material em segundo plano*”.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em sua obra “Do Formalismo no processo civil”, cita uma passagem em que demonstra como o excesso de formalismo compromete a efetividade do processo e dificulta a prestação da tutela jurisdicional. Veja-se:

“Exemplo emblemático, tanto de excesso de formalismo quanto de sua correção pelas normas maiores do sistema brasileiro, ocorreu no Rio Grande do Sul. Em determinada demanda movida contra esse Estado, seis antigas assistentes judiciárias reclamaram o reconhecimento do direito de opção pela carreira de defensor público, assegurado no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1988. O ente estatal, ao contestar a demanda, reconheceu a situação fática incontestada das autoras, mas lhes negou o direito ao argumento de que a norma transitória só albergaria os concursados, não aqueles em desvio de função. No juízo de apelação, o órgão fracionário do Tribunal de Justiça entendeu de acolher o pedido em

relação a quatro das postulantes. Rejeitou, porém, o pedido de duas delas, sob o fundamento de inexistência do desempenho das funções de defensoria pública anteriormente à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, considerando despida de eficácia a admissão da contestação por se tratar de ente estatal, incidindo o disposto no parágrafo único do art. 302 do Código de Processo Civil. Verificou-se, portanto, um giro de cento e oitenta graus, porquanto se tornara incontroverso nos autos o próprio suporte fático da regra constitucional transitória. A parte surpreendida ainda tentou elucidar o juízo apresentando, juntamente com os embargos declaratórios, certidão passada pelo Estado comprovando a circunstância fática reclamada pela decisão. O recurso, porém, não logrou êxito, pois a Câmara julgadora entendeu ter passado o momento próprio para a apresentação de documento, não se podendo emprestar efeito infringente a essa modalidade de inconformidade. O acerbado conflito entre a justiça e formalismo encontrou exemplar corretivo em decisão do 2º Grupo Cível do mesmo Tribunal, por via do remédio da ação rescisória. Prevaleceu a tese de que fora infringido o princípio do contraditório, pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão” (1997:203-204).

A falta de preocupação com a efetividade do processo chega, inclusive, a ofender o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV), pois esse princípio, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, *“não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social”*.

Depreende-se, pois, que o processo deve ter sempre em mira a utilidade das decisões. Nesse sentido, doutrinam Cintra, Grinover e Dinamarco:

“Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.”

Para Barbosa Moreira, “*Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico*”.

De forma que, se o processo não se constituir num instrumento eficiente à realização do direito material, ele não se mostrará “*capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhe a satisfação por meio da Justiça*”, conclui o ilustre jurista.

Citado por Barbosa Moreira, Rudolf Von Jhering já havia assinalado, na sua obra, o “Espírito do Direito Romano”, que:

“O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência” (RT nº 74-126).

Daí a necessidade de flexibilização na análise dessas condições da ação. Não se justifica julgar-se o autor carecedor de ação, por falta de interesse processual, apenas porque ele elegeu a via processual inadequada.

Raciocinando nesses termos, observa o processualista José Orlando Rocha de Carvalho:

“É muito comum o registro de casos em que os juízes, por motivação vária (intolerância – arbitrariedade - comodismo- preguiça - parcialidade (para não

ter que julgar contra uma das partes) - inclinação para o leguleio, etc), encer-ram o processo, sem julgamento do mérito, ou seja, sem a outorga da tutela jurisdicional requerida, sem, no entanto, observar que o feito poderia ter sido salvo da morte agônica e violenta, caso houvesse um mínimo de bom senso da parte do magistrado que assim o deliberou”.

“Magistrados desse jaez – continua o Professor – não medem esforços para vislumbrar uma tênue falta de pressuposto processual ou uma polêmica e discutida ausência de uma das condições da ação, para (escudando-se na disposição processual que informa serem tais matérias preceitos de ordem pública e conhecíveis ex officio), passarem logo a redigir o seu decreto de extinção do feito. E, o pior: no mais da vezes, sem sequer ouvir a parte a quem prejudicaria o decreto de extinção da demanda”.

Contra esse excesso de formalismo, já advertia o Des. João Mariosa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conforme o Professor José Orlando:

“A irretocabilidade da sentença no seu aspecto técnico-jurídico é um formalismo pretoriano, que, ao invés de analisar o direito material, vangloria-se com elucubrações de direito instrumental. Tem-se corolário esdrúxulo: nega-se o direito não porque a parte não o tenha, mas porque escolheu a via inadequada” (Cf. voto como relator do Ac. n. 20.822 - TJDF - 1ª T. - DJU 16.03.94) (RJ 199/86).

Theodoro Júnior, a propósito, citado pelo Professor, exemplifica com o seguinte caso:

“autor de uma ação de adjudicação compulsória, que teve sua ação negada sob o fulcro de carência de ação por falta de prévia inscrição do título no Registro Imobiliário e que, após promover tal inscrição, poderá propor outra ação nesse sentido. Neste exemplo, pois, se o juiz não observar, de logo, essa irregularidade; nem o demandado o fizer na contestação, e, antes do saneador, o autor fizer a inscrição e juntar aos autos, poder-se-á falar em falta de

interesse ou poder-se-á negar a pretensão, se a irregularidade já se acha sanada?”.

E adverte:

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

Daí a indagação do Professor:

“Afinal, em situações que tais, o reconhecimento judicial de uma falta de suposto interesse (adequação), a motivar o indeferimento da pretensão, não estaria a conspurcar e desprezar completamente os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo que reclamam exatamente o aproveitamento de atos e processos inadequados, desde que tenham colimado por atingir a finalidade desejada, (a de atuar eficazmente o direito material) e sem que tenha havido qualquer prejuízo aos contendores?”

E conclui, citando aresto do STJ:

“Sendo os fatos expostos aptos a conduzir, em tese, a consequência jurídica traduzida no pedido, não importa o rótulo que se tenha dado à causa” (REsp 15.713, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 24.02.92).

Por outro lado, não seria razoável julgar-se, *initio litis*, o autor carecedor de ação, por falta de possibilidade jurídica do pedido, tão-somente porque não se acostou à

petição inicial o documento indispensável à propositura da ação. Cite-se, como exemplo, uma ação de reivindicação de área rural em que o autor só juntou à inicial escritura pública de compra e venda, desacompanhada do título de propriedade. Como a escritura só transfere posse, e não propriedade, e considerando que a reivindicatória pressupõe, de um lado, autor proprietário e sem posse, e do outro, réu posseiro e sem propriedade, seria o caso de indeferimento da inicial para extinguir o processo, sem abordagem do mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido? (CPC, art. 295, parágrafo único, inciso III, c/c o art. 267, inciso I).

Entendemos que não, diante da necessidade de aplicação dos princípios da **instrumentalidade e da efetividade do processo**. Deve-se conceder ao autor, com fundamento no art. 284 do CPC, o prazo de 10 dias para juntar aos autos o título comprobatório do seu direito de propriedade, viabilizando-se, desse modo, o julgamento do mérito da causa. Não cumprida, no entanto, a diligência, incide o parágrafo único do referido artigo, quando, então, o processo deve ser extinto na forma dos dispositivos supracitados.

Em recente decisão (19.09.02), proferida no Processo REsp 433.671, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando os princípios da **instrumentalidade e da efetividade do processo**, reformou acórdão do TJ-SC, que extinguiu um processo de execução, sob o fundamento de que o exequente não juntou à petição inicial o demonstrativo pormenorizado do débito. Eis o teor da decisão, publicada em Notícias do STF, pela internet:

“O Banco do Estado de Santa Catarina S/A entrou com uma ação de execução cobrando o débito de R\$ 26.502,84 da empresa Casa Real Confeções Ltda. e dos comerciantes Antônio e Sebaldo Brand. A dívida teria resultado de um contrato de abertura de crédito fixo, firmado em julho de 1995, no valor de R\$ 15mil. Os devedores contestaram a execução com embargos alegando que o Banco teria embutido juros acima dos contratados”. Além disso, segundo os devedores, o Banco não teria comprovado a origem do débito, tendo apresentado somente cópia do contrato firmado sem os extratos da evolução da dívida”.

“O juiz de primeiro grau rejeitou os embargos dos devedores. A Casa Real, Antônio e Sebaldo Brand apelaram, reiterando as afirmações da contestação. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu o apelo julgando extinto o processo. Para o TJ, “o demonstrativo pormenorizado do débito é elemento essencial à liquidez, certeza e exigibilidade do título (crédito cobrado pelo Banco)”, representando documento indispensável ao julgamento do processo de execução movido pelo credor”.

“Tentando modificar a decisão de segundo grau e, assim, dar prosseguimento à cobrança, o Banco de SC recorreu ao STJ defendendo o princípio do aproveitamento do processo contrário ao formalismo, como previsto no art. 616 do Código de Processo Civil. Para o Banco, o título executivo (cobrança) não poderia ser anulado, como decidido pelo TJ-SC. O certo seria a intimação do credor para complementar o processo, “que cuida de contrato de abertura de crédito fixo, como valor literal já estabelecido, questionados apenas os cálculos que embasaram a cobrança sob a afirmação de que o demonstrativo de débito estaria incompleto”.

O ministro Aldir Passarinho Júnior acolheu o pedido determinando o retorno do processo ao Juízo de primeiro grau. Dessa forma, o banco será intimado pela primeira instância para que apresente a documentação que está faltando. O relator destacou que, em seu entendimento, o artigo 616 do Código de Processo Civil só poderia ser aplicado pelo Juízo ao analisar o processo, “mas não quando a parte devedora tenha apontado o tal vício em embargos à execução”.

“No entanto, segundo o ministro, o STJ tem decisões no sentido de permitir a apresentação posterior dos documentos faltantes, mesmo após a contestação da parte devedora, permitindo que o autor da execução supra “a omissão (falta de determinados documentos) mediante intimação para tanto pelo órgão julgador”. Com base nos precedentes do Tribunal, Aldir Passarinho concluiu: “Cedo à orientação predominante para, também aqui, permitir, mesmo

após embargos do devedor suscitando o tema, seja reparado o defeito, aproveitando-se o processo de execução já iniciado”.

Com vistas, pois, à flexibilização na análise das aludidas condições da ação, deve-se atentar, como princípio geral do processo, para o princípio da adequação formal, facultando-se, inclusive, ao Juiz – obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada –, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.

Em nome da instrumentalidade e da efetividade do processo, somente em casos absolutamente extremos, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o feito, é que deve o Magistrado extingui-lo sem apreciação do mérito.

Urge, portanto, a mudança de mentalidade, a fim de que o processo possa realmente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

## **2. A falta de flexibilização acarreta negação do acesso à Justiça.**

Por outro lado, a extinção do processo, sem se adentrar no mérito da causa, em decorrência da não flexibilização das mencionadas condições da ação, implica negar à parte o acesso à Justiça, elevado, com a Constituição Federal de 1988, ao patamar de direito e garantia fundamentais do cidadão, e, portanto, de Direitos Humanos, pois o acesso à Justiça “*não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo*”, conforme leciona o Professor Paulo Cesar Santos Bezerra, que, ao enfatizar que o acesso à Justiça é um problema ético-social, adverte:

“O acesso à justiça, portanto, depende de uma postura de natureza eminentemente ética e social. Social, porque é o maior ou o menor acesso do cida-

dão aos direitos e valores desejáveis, que determina o fluxo dos conflitos sociais. É ético, em sentido teórico, como valor supremo e ideal, em sentido de *praxis* moral no seio da sociedade, porque “a moral constitui, seja qual for a orientação que se tome, uma regulação da atitude e da conduta humana. O homem parte do que é, rumo ao que pode ser: o dever ser incumbe de regular o caminho”. Ético e social se amalgamam num direito que é o principal deles, o acesso à justiça” (2001: 238-239).

E no tópico “Acesso à Justiça e o Poder Judiciário”, o referido Professor Paulo Cesar Santos Bezerra, acentua que:

“Quando a legislação está em descompasso com a realidade social, deve o juiz interpretá-la de forma a conformá-la com esta última”, não se olvidando, por outro lado, que “os tribunais superiores são compostos por juízes de postura dogmática na maioria de sua composição, prontos a coarctar qualquer interpretação mais avançada e mais sociológica” (2001: 204 e 205).

Portanto, o acesso à Justiça, de acordo com a doutrina brasileira recente, significa acesso à ordem jurídica justa.

É que o acesso à Justiça está umbilicalmente ligado à justiça das decisões. Daí Cintra, Grinover e Dinamarco advertirem que:

“O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *men legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “*pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça*” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol de justiça é que deve conformar-se”.

Com o mesmo pensar, doutrina o Professor José Orlando Rocha de Carvalho:

“Ademais, convém salientar, que o encerramento de feito sem julgar a lide, em situações anômalas e quando possível (de alguma forma), a outorga da tutela jurisdicional, representa indubitavelmente uma forma de impedimento ao livre acesso à jurisdição. Ainda mais quando se procede a esta extinção ex officio, sem qualquer pronunciamento prévio das partes, que são os maiores interessados no prosseguimento, ou não, do feito, até porque têm, ambos, autor e réu, direito subjetivo de buscarem uma sentença de fundo que defina, de uma vez por todas, a controvérsia que deu origem à contenda judicial. Neste sentido, o pronunciamento de Rogério Lauria Tucci, que lança a seguinte advertência: “Não há dúvida de que o réu, tanto quanto o autor, tem direito a uma sentença de mérito, no processo para o qual chamado à instância do antagonista”.

A ausência de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, aliada ao excessivo formalismo na interpretação das regras de direito, levou o Professor a se manifestar contundentemente, nos seguintes termos:

“Sabe-se que o juiz é obrigado a julgar, não podendo declinar desse dever. No entanto as circunstâncias autorizam a pensar que, na maioria das vezes em que se decreta a extinção do feito sem julgamento de mérito (notadamente fundado em falta de pressuposto processual e/ou condição da ação), o juiz nada mais está fazendo do que encontrando um meio legal (porém não legítimo) de proferir disfarçadamente ao non liquet”.

E conclui indagando:

“Não estaria, destarte, esta postura, limitando o livre exercício de direitos, por vezes legítimos, justamente por conta da recusa do judiciário em prestar a tutela jurisdicional? Não representaria, isso, uma forma de se pretender negar, injustificadamente, a jurisdição?”

Conforme se observa, o excesso de formalismo, que viola, ao mesmo tempo, os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, dá origem, inevitavelmente, à *síndrome da inefetividade do processo* e, conseqüentemente, da jurisdição.

E, como acentua Celso Antônio Bandeira de Melo, “*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra*” (1994:451).

### 3. Flexibilização visando à garantia dos direitos humanos.

A falta de flexibilização poderá, inclusive, ferir um dos mais importantes dos direitos humanos, ou seja, a dignidade da pessoa humana, pois a parte poderá ver frustrada a sua sede de justiça, com a extinção prematura do processo.

E, justamente em respeito à dignidade da pessoa humana, cresce, na doutrina e na jurisprudência, um movimento de adesão à tese da relativização da coisa julgada. Não se admite, atualmente, que, diante do resultado preciso do exame genético do DNA, não possa alguém voltar a discutir a paternidade, se a sentença, apesar de transitada em julgado, julgou o feito com base em provas exclusivamente testemunhais.

A corrente contrária à tese invoca o princípio constitucional da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI). Só que a dignidade da pessoa humana possui, também, *status* constitucional, alçando-se num dos pilares da República (CF/88, art. 1º, inciso III).

Se, diante do caso concreto, os dois princípios entrarem em rota de colisão, aplicar-se-á aquele de maior prevalência. É que os princípios constitucionais não se anulam, uma vez que eles têm o mesmo *status* jurídico, desfrutando todos da condição de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

#### **4. Considerações finais**

Como ficou demonstrado, a análise dos institutos da *possibilidade jurídica do pedido e interesse processual* deve visar, sempre, à efetividade do processo, ao acesso à Justiça e ao respeito aos direitos humanos.

Isto porque a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, invocando-se as referidas condições da ação, deve constituir-se numa exceção, pois o fim do processo reside na solução da demanda posta em juízo.

Não se justifica que o processo, sendo possível a flexibilização na aplicação dessas condições da ação, como, por exemplo, concedendo-se prazo para emenda da inicial ou juntada de documentos, seja extinto, sem apreciação do mérito, já que o seu prosseguimento pode conduzir o julgador a ingressar no mérito da causa solucionando o conflito de interesses, com a efetiva entrega da prestação da tutela jurisdicional, tão reclamada pelas partes e pela sociedade.

O processo, “*antes de ser um meio de satisfações de pretensões, é, antes de tudo, um instrumento destinado a excluir insatisfações*”.

A doutrina moderna e a tendência dos Tribunais direcionam-se no sentido da efetividade do processo, devendo o Juiz fazer sua parte, envidando o máximo de esforços para assegurar, da melhor forma possível, a concretização do direito material.

Somente em hipóteses absolutamente extremas, ou seja, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o processo, é que deve o Magistrado extingui-lo sem julgamento do mérito.

Destarte, a falta de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, bem como o apego ao excessivo formalismo na interpretação das normas a elas atinentes, ofende os princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, implicando, inclusive, a negação dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da dignidade da

pessoa humana, gerando, como conseqüência, a **síndrome da inefetividade do processo e da jurisdição, e, portanto, uma violação aos Direitos Humanos.**

### **5. Referências bibliográficas:**

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à Justiça:** um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

CARVALHO, José Orlando Rocha. Possibilidade Jurídica do Pedido *Versus* Adequação: um Embate sem Trégua. **DIKÉ, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, vol 1. Ilhéus: Editus, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma Alapoiese no Sistema Processual de Ministração da Tutela Jurisdicional:** a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual ou por ausência de condições da ação. Porto Alegre: **Síntese**, 2002. 1 CD-ROM. Windows 3.1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela Urgente**. RT, v. 83, p. 86, São Paulo:1994.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A efetividade do Processo de Conhecimento**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Por um Processo Socialmente Efetivo**. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 11, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Em Torno das Condições da Ação** – A Possibilidade Jurídica. Porto Alegre: Revista de Direito Processual Civil, vol. 4, jul-dez, 1961.

\_\_\_\_\_. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2003.