

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Fernando César Nunes Brizola

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: uma abordagem sob a ótica Constitucional e do Novo
Código de Processo Civil.

Porto Alegre

2016

Fernando César Nunes Brizola

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: uma abordagem sob a ótica Constitucional e do Novo
Código de Processo Civil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Ms. Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu.

Porto Alegre

2016

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a legitimidade do fenômeno da jurisprudência defensiva sob o enfoque da nova ordem constitucional e dos valores por ela proclamados, em especial, considerando a nova fase metodológica do processo, qual seja o formalismo-valorativo. Trata, também, da atual transição entre o Código Processual Civil Reformado de 1973 e o diploma vigente. Diante deste quadro, constatou-se que esta nova concepção do processo surgiu imbuída de valores supremos de justiça e buscou dar maior relevo as decisões de mérito em detrimento de decisões processuais terminativas calcadas em meras formalidades, no entanto, a demasiada abertura do sistema de saneamento de vícios pode causar efeitos inversos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Constituição e Processo. Formalismo-valorativo. Jurisprudência Defensiva.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	4
2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO.....	6
2.1	O PROCESSO E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	6
2.2	O PROCESSO A PARTIR DO FORMALISMO VALORATIVO.....	10
3	A JURISPRUDENCIA DEFENSIVA E O NCPC.....	15
3.1	A JURISPRUDENCIA DEFENSIVA.....	15
3.2	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	19
4	OBSERVAÇÕES SOBRE A TRANSIÇÃO.....	23
5	CONCLUSÃO.....	25
	REFERÊNCIAS.....	26

1 INTRODUÇÃO

O processo civil tem enfrentado grandes transformações, em especial por toda a carga social que lhe é depositada. Tais transformações, mais notadamente aquelas realizadas no fim do século passado e que perduram, são advindas de uma grande movimentação doutrinária em busca de um processo mais efetivo.

Tais reformas encontram-se em consonância com o período em que o processo é alcançado pelo neoconstitucionalismo, onde se amplia o diálogo com a Constituição, ensejando, portanto, a tomada de uma nova consciência para diversas questões no tocante a prestação jurisdicional.

Nesta altura, o sistema processual brasileiro acaba de receber um novo instrumento para reger a forma de prestação jurisdicional, sendo que nesta fase de transição e adaptação, naturalmente surgem diversas discussões, projeções e reflexões no tocante as mudanças que se pretende implementar.

Com efeito, este trabalho tem por objetivo principal analisar a questão relativa à jurisprudência defensiva, prática ainda constante nos Tribunais, pela qual o magistrado se furta a analisar o mérito em razão de meras formalidades, bem como, verificar como o Novo Código de Processo Civil se comportou em relação à jurisprudência defensiva frente e ao Código de Processo Civil Reformado de 1973.

Primeiramente tal análise será realizada a partir de uma breve incursão do processo no Estado Constitucional de Direito, onde se procura resgatar as principais chaves para a compreensão do atual contexto entre o processo e a Constituição, que nos servirá de base para alcançar a atual fase metodológica do processo.

Em seguida, buscar-se-á refletir sobre o formalismo-valorativo, identificando as suas principais preocupações com o rigor técnico e suas vindicações e sugestões para superar este impasse.

Com o esclarecimento destes dois pontos, parte-se então a discorrer sobre a jurisprudência defensiva com um viés bastante pragmático deste fenômeno, cujo objetivo central é contrastá-lo com as premissas fundamentais da Constituição e seus princípios, especialmente considerando a primazia da decisão de mérito.

Neste passo, aborda pontualmente os artigos do Novo Código de Processo Civil que possuem relação direta com a jurisprudência defensiva, em sua maioria com voz contrária as decisões judiciais que se formaram ao longo do tempo o que se convencionou denominar jurisprudência defensiva.

Por fim, faz uma curta, mas não menos profunda, observação acerca das mudanças abarcadas pelo Novo Código de Processo Civil, em especial no tocante aos efeitos imediatos e mediatos da nova sistemática, bem como, apontando inevitáveis pontos positivos e negativos.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO

Por ocasião do hierárquico sistema brasileiro de normas, para melhor compreendermos a validade de uma prática advinda da judicção, torna-se relevante abordar as bases que sustentam ou não a jurisprudência defensiva, portanto, sendo a Constituição Federal portadora dos valores fundantes do Estado, é por ela que inicia-se o percurso, abordando a sua relação com o Processo, e seus princípios.

Em seguida passa-se ao estudo do Princípio do Formalismo Valorativo, tratando-se de uma das mais importantes estruturas de avaliação dos atos processuais individualmente considerados, indispensável a presente proposta.

2.1 O Processo e a Nova Ordem Constitucional

A Constituição Federal de 1988, inspirada nas constituições Europeias do período pós-guerra, em especial a Alemã e Italiana, foi um marco para a redemocratização do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, período este que também se convencionou denominar novo constitucionalismo¹. Em idêntico sentido daquelas constituições o sistema brasileiro incorporou uma série de direitos fundamentais e garantias processuais², e de quebra, evidentemente impulsionou um novo olhar no que tange a prestação jurisdicional no Brasil³.

A transmutação ocorrida⁴ elevou a Constituição Federal ao centro do ordenamento jurídico, e como decorrência desta hierarquia, passou-se a exigir uma leitura de todo o corpo normativo infraconstitucional à luz da Constituição, que conquistou não só uma supremacia formal, mas também material e axiológica.⁵

¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Juris. v.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 2.

² USTÁRROZ, Daniel. **As garantias do cidadão no processo civil: relação entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.128.

³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 41.

⁴ Daniel Sarmento também aponta algumas características: “Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267.

⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Juris. v.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 15.

Com o advento do Estado Constitucional de Direito e o encetamento de uma força normativa à Constituição e seus princípios fundamentais, ao princípio da legalidade foi incorporado o qualificativo “substancial”, que por sua vez ensejou uma readequação deste princípio, ocorrendo, daí a diante, uma transformação na concepção de direito e jurisdição, representando a quebra de um paradigma.⁶

“A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição”⁷. Esse positivismo crítico está pautado na equidade, que por sua vez está ligado estritamente à tarefa jurisdicional, na medida em que é através dela que se atinge a finalidade do direito processual de modo equilibrado, cujo fim é a realização da justiça material.⁸

Nesse passo, o processo passou a legitimar-se a partir do respeito aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, em especial ao princípio do devido processo constitucional jurisdicional, consubstanciado num complexo de garantias mínimas que devem assegurar um processo justo, “contra o subjetivismo e o arbítrio daqueles que tem o poder de decidir”.⁹

E o processo civil, portanto, calcado nos valores constitucionais do devido processo legal, consubstanciado neste complexo de garantias e direitos fundamentais assegurados a todo cidadão, tem como objetivo a efetiva a composição da lide, mas não qualquer composição, e sim a justa composição, que somente pode ser alcançada dentro da aplicação dos preceitos do ordenamento jurídico às contingências do caso concreto.¹⁰

Aproximando-nos especificamente do campo pragmático do processo civil, esta mudança de paradigma, em especial pela assunção dos direitos fundamentais processuais, forçou o Estado a assumir novos compromissos com a função jurisdicional, comprometendo-se com uma tutela jurídica mais adequada, uma “justiça mais humana”.¹¹

Então, a partir de 1988 o processo civil passou a ser iluminado pela Constituição Cidadã, e com ela também surge o imperativo do formalismo-valorativo, passando-se a exigir

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p 14.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. op., cit. p 14

⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. *Revista de Processo*. DTR\2006\822. v. 137/2006

⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, Poder, justiça e processo: julgando que nos julgam**. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69/70

¹⁰ THEODORO JR, Humberto. **Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1997. p. 23.

¹¹ THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. ed. 54. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1. p. 6

da prestação jurisdicional maior observância no tocante as preocupações éticas e sociais¹², sobretudo considerando aqueles valores inerentes ao processo no Estado Democrático de Direito.

Importante perceber que o Código de Processo Civil em sua versão original de 1973 tratava o processo apenas enquanto matéria estritamente instrumental, e de maneira estanque, sem qualquer diálogo com a Constituição, como se não houvesse relações entre si, quatro este que veio a ser alterado com as mudanças de paradigma¹³.

No intuito de encetar a nova mentalidade criada, importantes mudanças, a priori, ocorrem a partir das reformas do Código de Buzaid, sobretudo a partir de 1988 com o advento da Constituição Federal, e em 1994, onde se buscava de vez colocar o processo civil brasileiro num cenário de valorização e respeito aos direitos fundamentais, principalmente no tocante a celeridade e efetividade do processo.¹⁴

Ainda no que se referem às mudanças, em razão deste novo modelo e novo paradigma do direito processual, sobretudo a partir de 1994, o processo civil ao passar por uma completa reforma, o princípio da efetividade é elevado a exercer papel de destaque, inclusive sobrepondo-se, em certa medida, ao princípio da segurança jurídica.¹⁵

Em síntese, tais mudanças evidentemente buscaram adequar o instrumento de efetivação de justiça aos valores proferidos pela Constituição, e tinha por imediato, ante os movimentos doutrinários e as necessidades da época, a perseguição de um processo mais efetivo, e o intento de desburocratizar os procedimentos e dar maior celeridade à prestação jurisdicional.¹⁶

Diante de tais avanços, o processo, que era visto como um mero instrumento, com o novo constitucionalismo e os valores difundidos por este movimento, agregados ao ordenamento jurídico através das garantias e direitos fundamentais, passa a ser reconhecido como um “instrumento ético”, imbuído de uma nova leitura a partir dos valores supremos de justiça.¹⁷

¹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005 p. 38

¹³ KOPLIN, Klaus Cohen. **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. Ed. Livraria do Advogado. 2015. p. 15/17

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 27

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1. p. 114

¹⁶ THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. ed. 54. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1. p. 5

¹⁷ ZANETI Jr., Hermes. GOMES, Camila de Magalhães. **O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil**. Revista Direitos Difusos. Ano XI. v. 53. p. 19-20

Ademais, “no plano da justa estruturação do processo, ganham relevo os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo”¹⁸. Em evidência, dentre outros, o direito de ação também encontra-se inserido nesse contexto, que por sua vez, pressupõe-se enquanto o direito à uma sentença de mérito.¹⁹

Evidentemente que a matéria que nos propomos a discutir inevitavelmente desagua em terreno pragmático, sendo que a presente discussão teórica serve de fundamento para confrontar uma conduta pontual da prestação jurisdicional com os valores da Constituição Federal.

Neste momento, portanto, é conveniente relembrar o conceito de jurisdição sob o próprio viés pragmático, que por sua vez, tem como verdadeira essência a realização do direito material, sendo que o pronunciamento judicial é simples atividade meio, portanto, a atividade jurisdicional tem o dever de prestar tutela dando resposta adequada ao pedido formulado.²⁰

Diante deste quadro, constata-se, portanto, que com o advento do Estado Constitucional de Direito, o processo civil passou a ser observado sob o enfoque da Constituição e a partir dos valores que dela advieram, surgindo então uma nova mentalidade no que tange a prestação jurisdicional, buscando-se dar maior relevo a sua finalidade precípua que é a tutela de direitos, e tal afirmativa nos conduz a afirmar que a tutela de direitos implica, portanto, num processo justo e a realização do seu fim: dirimir a lide, ou seja, numa decisão de mérito.

Desta maneira, o processo no Estado Constitucional tem por fim a “tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes”.²¹ E a decisão justa, por sua vez, implica na adoção dos valores constitucionais processuais como parâmetro na formação do pronunciamento judicial, e mais, o instrumento deve reagir frente ao direito material de acordo com as necessidades concretas do caso específico.²²

Logo, assumir que o processo tem por fim dirimir a lide significa dizer que não se pode admitir que o processo tenha um fim em si mesmo, que se esgote em matéria propriamente processual quando evidentemente necessita-se de um pronunciamento quanto ao direito material pleiteado no pedido.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil**. Revista Processo, Ano 39, v. 229/2014. p. 66/67.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil. 7. Ed. Rio de Janeiro**. Forense, 2006. v. 1. p. 72/78.

²¹ MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 56

²² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 65

Ora, é pouco mais do que evidente que a nova ordem fez surgir outro modelo de juiz, sendo apenas necessário, agora, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou.²³

Com efeito, dispense destacar que o objeto que se pretende confrontar com o novo modelo de prestação jurisdicional está consubstanciado especificamente no pronunciamento judicial terminativo sem conteúdo substancial quando o mesmo se faz necessário, cuja fundamentação do pronunciamento está calcado em um vício de formalidade que não impede o regular desenvolvimento do processo e sim um justo pronunciamento judicial substancial, que por sua vez daria luz a sua finalidade precípua de pacificação.

O que nos interessa nesta etapa, portanto, é compreender que o processo civil visto a partir da Constituição e de suas garantias fundamentais e valores protegidos, tem como fim a justa diluição da lide, além disso, para poder adentrar ao tema principal, deve-se ter em mente que o problema central é uma questão de excesso de formalidade, que por vezes impede o exame de mérito.

Além desta análise do ponto de vista constitucional, propõe-se uma breve digressão acerca do formalismo-valorativo, estudo proposto pelo Eminentíssimo jurista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que em muito nos auxilia a compreender o equilíbrio que se deve existir na condução do instrumento jurisdicional.

2.2 O Processo a partir do Formalismo Valorativo

A evolução histórica do processo se divide basicamente em quatro fases, sendo que, pela ordem, é a fase intitulada instrumentalismo que antecede a atual, que convencionou-se denominar formalismo-valorativo, que surgiu com o advento do neoconstitucionalismo no Brasil.

Como decorrência deste marco, surge o neoprocessualismo, cuja premissa é introduzir ao sistema processual as bases do movimento constitucional, contexto em que está inserido o formalismo-valorativo, teoria esta capitaneada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.²⁴

Segundo as lições do professor Daniel Mitidiero, o formalismo-valorativo nasce da Constituição de 1988, sendo “nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo,

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 14

²⁴ DIDIER, Fredie Junior. Leonardo J. C. Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012. v.1. pg. 31 e ss.

com preocupações éticas e sociais. Superando aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para a concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto(...).²⁵

Os estudos que envolvem o formalismo-valorativo recaem ligeiramente sobre as preocupações acerca da antinomia entre formalismo e justiça, que fora uma das grandes preocupações ligadas ao processo. A proposta em grande medida foi analisar esta antinomia e propor soluções para este problema que ainda assola o jurisdicionado, tendo em vista uma “adequada realização do direito material e dos valores constitucionais”.²⁶

Importante anotar que a missão aqui encapsulada é basicamente revisar o contexto atual do processo civil, em especial sob a ótica da Constituição Federal, tendo como norte os seus valores, a fim de confrontá-los com determinado fenômeno processual, qual seja a jurisprudência defensiva.

Nesse momento, portanto, é conveniente afirmar que o processo, dentre os diversos pontos de vista, pode ser compreendido enquanto a sequência ordenada de atos desenvolvidos ao longo do procedimento adotado, para o fim de subsidiar o pronunciamento judicial. Porém, é de sabença que os atos processuais individualmente considerados são revestidos de certa formalidade.

Como se anotou anteriormente, o atual estágio de desenvolvimento da teoria constitucional do processo, a rigor, definiu novos rumos ao instrumento de jurisdição ao lhe incorporar novos valores, e como decorrência disso, surge um forte discurso doutrinário vindicando um maior compromisso do processo com decisões de mérito, com vistas à por fim ao litígio e não “ao processo”, ou seja, a pacificação em detrimento de decisões que não detenham este conteúdo.

Tal contexto²⁷ é bem descrito pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que a doutrina atual entende ser pobre e insuficiente o discurso de que o processo é uma mera

²⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 38

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. *Revista de Processo*. DTR\2006\822. v. 137/2006

²⁷ Muito bem narrado pelo Juiz de Direito José Wellington: "Vivemos tempos em que se consolidam motes que se desenvolveram nas últimas décadas de frutificação da ciência processual, tais como as ideias de instrumentalidade das formas; relegação a segundo plano do formalismo excessivo; ascensão da interpretação teleológica das formas; prestígio ao princípio da inafastabilidade com a novel conotação de propiciar-se, na máxima medida possível, a decisão acerca da questão de fundo, o mérito processual; afastamento de decretos de nulidades sem claras indicações dos prejuízos; amplificação do acesso à Justiça, com eliminação dos óbices ilegítimos e interpretação flexível dos legítimos; etc. “O ideal, em perpétuo vir a ser, consiste na construção de um serviço judiciário rápido, eficiente, econômico, democrático e acessível a todos, controlado pela sociedade, que distribua justiça adequada”.

técnica instrumental. De outra maneira, embora reconheça o seu caráter técnico, assevera que a sua realização deve ser “informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”.²⁸

Neste contexto, importante trazer à colação a observação feita pelo professor Daniel Mitidiero ao descrever o formalismo-valorativo enquanto um movimento cultural cujo objetivo imediato seria a concretização dos valores constitucionais no âmbito do procedimento judicial com vistas “a busca pelo justo”.²⁹

O formalismo-valorativo, desta maneira, foi uma luz encontrada para iluminar o instrumento a partir da nova realidade normativa conferida pela nova ordem constitucional, que forçosamente atribuiu ao processo tamanha carga de cunho ético ao consagrar princípios e garantias fundamentais, não se conformando com o excessivo formalismo que ainda se pretende desconstruir.

Tal empreendimento se justifica, segundo o seu proponente, sendo exatamente esta uma das preocupações atinentes ao excesso de formalismo³⁰, pelo fato de que o “poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio”, hipótese em que, “em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de principiar uma solução rápida e eficaz ao processo, contribui ora a

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo. v. 233. DTR\2014\3344. Jul. 2014 p. 123 – 148

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Editora Malheiros, 4ª edição, 2004. V.1. p. 61

²⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005 p. 20/21

³⁰ Atuais são as indagações de Chioevenda: “Muitas formas são o reflexo das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes justificável, por vezes desarrazoado, à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense, como toda classe que se educa numa longa preparação técnica. A isto acresce o prejuízo oriundo da aplicação que se faz das formas, não raro com espírito litigioso e vexatório, ou ainda mais por espírito caviloso e formalístico, alimentado pela medíocre elevação e cultura das pessoas chamadas a utilizá-las. Eis aí por que a história das leis e dos costumes forenses nos oferece eterno contraste entre o sentimento da necessidade das formas e a urgência de que a justiça intrínseca, a verdade dos fatos no processo não venha a sacrificar-se a elas; entre a necessidade da presteza nas lides e a de uma cognição e de uma defesa completas.” CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Bookseller Editora, 2002. v. 3. p. 6/7.

extinção deste sem julgamento de mérito³¹, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”.³²

Dentre outros pontos destacados referentes ao formalismo excessivo, pode-se ressaltar que no atual estágio do desenvolvimento processual, o defeito da forma não pode prejudicar as partes, nem pode as autoridades judicantes criar situações que representem nítidas armadilhas processuais, de modo que o processo venha a ser extinto por mera formalidade.

Deste modo, há que se reconhecer que tais condutas não encontram-se em consonância com o atual cenário jurídico, eis que o formalismo excessivo pode, em certa medida, tolher a atuação dos direitos fundamentais do jurisdicionado, incorrendo, portanto, conforme já dito, no rompimento com o sentimento de justiça.

Logo, diante deste quadro, como solução para combater o excesso de formalismo, o autor propõe o “emprego da equidade como função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão na sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo”.³³

Por conseguinte, como resultado prático desta visão, “processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado Democrático de Direito, que sirva à ideia

³¹ Importantes são as notas de Humberto Theodoro Jr.: “Arestos importantes, a propósito, têm ressaltado a ‘urgente necessidade de se simplificar a interpretação e a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil’ e enfatizar que o processo ‘tem que viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas’, evitando a exacerbação das técnicas puramente formais, que, não raro, sacrificam ou prejudicam o julgamento do mérito e selam o destino da causa no plano das formalidades. Arestos importantes, a propósito, têm ressaltado a ‘urgente necessidade de se simplificar a interpretação e a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil’ e enfatizar que o processo ‘tem que viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas’, evitando a exacerbação das técnicas puramente formais, que, não raro, sacrificam ou prejudicam o julgamento do mérito e selam o destino da causa no plano das formalidades. THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. v. 1. p. 33.

³² Profundo é o pronunciamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Nesse aspecto influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substancia, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil Proposta de um Formalismo-Valorativo**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 239. Também é esclarecedor o ponto de vista de José Wellington: O problema com esta postura é que apenas se legitima quando enxergada a patologia sob a ótica dos órgãos prestadores do serviço público jurisdicional; como se os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde, de modo a poderem lidar com a invencível quantidade de pacientes à espera de atendimento, passassem a servir no hall de espera dos nosocômios, doses letais de cicuta em belas xícaras, identificadas nesta metáfora com as diversas quimeras de tecnicidades pescadas nas entrelinhas da disciplina legal e mormente regimental dos distintos tipos de recursos previstos no sistema brasileiro. COSTA NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo. v. 233. DTR\2014\3344. Jul. 2014 p. 123 – 148

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo. DTR\2006\822. v. 137/2006

de um equilíbrio ideal entre as partes e o fim material do processo: a realização da justiça material”.³⁴

Necessário se faz, portanto, proporcionar a liberdade das formas ao magistrado, desde que fixada em parâmetros razoavelmente definidos a partir das garantias fundamentais asseguradas as partes, sendo esta a chave para caracterizar procedimentos mais adiantados. Neste passo, não é conferindo excessiva rigidez às formas que se assegura direitos, pois “o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”.³⁵

A rigor, o instrumento será bom na medida em que sirva ao objetivo que é destinado, qual seja a eficiente realização do direito material³⁶, assim, cada vez mais prestigiado será, “quanto mais se mostrar capaz de servir, com presteza e eficiência, aos ditames do direito material; ou seja, quanto mais conseguir convencer de que as formas que impõe são, de fato, as que se revelam úteis e necessárias para a mais fiel e justa atuação das vontades da lei material”.³⁷

Em conclusão, o formalismo-valorativo defende o emprego da equidade e de uma certa ponderação a luz dos valores constitucionais na realização dos atos processuais, cujo objetivo é cerrar com o rigor excessivo, na medida do possível, sem que isso venha a causar qualquer prejuízo para as partes.

³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Ibidem*.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.155.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15

³⁷ THEODORO JR, Humberto. **Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1997. p. 44.

3 A JURISPRUDENCIA DEFENSIVA E O NCPC

Inicialmente será analisada a figura da jurisprudência defensiva, buscando resgatar o seu conceito no ordenamento jurídico, bem como, trazer o principais elementos, indispensáveis à sua compreensão, tendo em vista ser o centro da discussão deste trabalho. Ademais, alguns exemplos práticos do foro serão abordados afim de obter-se uma abordagem prática desta questão processual.

Num segundo momento, far-se-á algumas considerações a respeito do Novo Código de Processo Civil, especialmente identificando os artigos em que o legislador buscou, de alguma maneira, alterar o cenário da jurisprudência defensiva, por criar mecanismos que evidentemente contrariam a prática e o fim prematuro do processo.

3.1 A JURISPRUDENCIA DEFENSIVA

Após este breve diálogo com a Constituição, onde se buscou em curtas linhas resgatar o contexto atual em que está inserida a teoria constitucional do processo, em especial na condução do instrumento à luz da nova fase metodológica, cumpre-nos, portanto, debater o tema que se pretende confrontar com a ordem vigente, qual seja a jurisprudência defensiva.

A teor de conceituação deste fenômeno processual, em fervoroso discurso de posse da presidência do Superior Tribunal de Justiça, o então Min. Humberto Gomes de Barros ao reconhecer intrincada fase daquela Corte, dizia então tratar-se a jurisprudência defensiva de “entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos”.³⁸

Do ponto de vista pragmático³⁹ trata-se, evidentemente, de um enrijecimento excessivo dos requisitos de admissibilidade recursal, muitas vezes desprovidos de amparo legal, criando-se uma barreira ao julgamento da matéria de direito, no processo civil, sobretudo nos Recursos Extraordinário e Especial.⁴⁰

³⁸ GOMES DE BARROS, Humberto. **Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>> Acesso 29 Ago. 2015

³⁹ Preciso e didático a conceituação de José Wellington: “Por agora, basta que se identifique o fenômeno como o excesso de rigorismo formal na apreciação dos requisitos de admissibilidade dos recursos, de modo a reduzir significativamente a ascensão dos apelos (aqui empregada a expressão em sentido amplo, de simples inconformismo) aos órgãos judicantes de instância superior. Cuida-se de perspectiva há tempos identificada como aspecto negativo da instrumentalidade”. COSTA NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo. v. 233. DTR\2014\3344. Jul. 2014 p. 123 – 148

⁴⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Z. D. de.; ROQUE, A. V.; GAJARDONI, F. da F.; DELLORE, L. **A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC**. Site Conjur <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em 25 Ago. 2015

Por outro lado, teorizando, podemos afirmar que a jurisprudência defensiva está consubstanciada num fenômeno processual pelo qual o tribunal investe em pronunciamento que não abarca a relação de direito material, com o propósito de finalizar o processo sob a justificativa de não haver sido preenchido algum requisito formal que por vez não impediria o justo julgamento da demanda, bem como, a recomposição do ato sem prejuízo para as partes.

A esse fenômeno a doutrina hodierna tem dirigido inúmeras e severas críticas por não ser condizente com a realidade jurídica que se tem buscado estabelecer ao longo destes últimos anos. “A formação de corrente jurisprudencial restritiva ao conhecimento de recursos parece ser nota dissonante na harmonia que tem informado a mais abalizada doutrina processual”.⁴¹

Embora não nos prolonguemos quanto aos aspectos históricos do formalismo e a respectiva jurisprudência defensiva, não foge ao tema trazer a seguinte colocação do prof. MITIDIERO, citando GALENO LACERDA, com a densidade que lhe é peculiar: “explorando a mesma relação entre processo e religião, observa Galeno Lacerda que ‘é interessante o paralelismo que se verifica entre a fase que vigorou desde os primórdios de Roma até o segundo século antes de Cristo, e o formalismo do processo germânico primitivo, vigente entre os bárbaros e dominante no processo feudal da Idade Média’. O formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer moça ao espírito do julgador o mérito da lide”.⁴²

É evidente que o apego exagerado ao formalismo vem de eras, mas pode-se afirmar que foram nas últimas décadas que podemos verificar maior movimentação doutrinária com nítido interesse em combater os excessos que aniquilam o processo e colocam em risco o desempenho da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito e por consequência o seu fim que é a pacificação.

Em especial a respeito da jurisprudência defensiva, seu campo de incidência é majoritariamente sobre a análise dos pré-requisitos de admissibilidade recursal. Ora, é de claridade solar que os requisitos de admissibilidade, bem como outros atos condicionantes ao julgamento de mérito devem ser estritamente observados pelas partes, no entanto, não se pode extrair efeitos peremptórios da sua inobservância, principalmente quando atingido a finalidade

⁴¹ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo. v. 233. DTR\2014\3344. Jul. 2014 p. 123 – 148

⁴² GALENO LACERDA, apud. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

do ato sem prejuízo para as partes.⁴³ Em verdade, os requisitos de admissibilidade em raras hipóteses deveriam ter como efeito imediato o não conhecimento e sim a sua conversão em diligência dentro de limites claros.

Nesse passo, para melhor ilustrar a matéria, faz-se pertinente abordar alguns exemplos práticos de excessivo rigor judicial no trato de matérias puramente formais que pelo exagero inviabilizou o julgamento do mérito, culminando em não conhecimento de recursos, sendo o caso mais típico de jurisprudência defensiva. Curta análise nos permite verificar a existência da jurisprudência defensiva em praticamente todos os requisitos de admissibilidade recursal, desde o cabimento, a tempestividade, formalidade e preparo.

Na hipótese de cabimento, merece destaque os pronunciamentos com falta de clareza, de modo a gerar incerteza na opção pelo recurso a ser adotado, induzindo o recorrente a empregar determinado recurso quando o correto seria outro, como consequência disso, ao invés efetuar-se a autuação do recurso de acordo com o qual deveria se ter aforado, acaba-se por não conhecer do recurso.

Muito embora seja uma situação incomum, não é raro ver os próprios Tribunais com posicionamentos divergentes, no tocante ao recurso adequado, “em semelhantes hipóteses, não se afigura razoável prejudicar o recorrente”, daí sim se afigura necessária à aplicação do princípio da fungibilidade.⁴⁴

No que tange a tempestividade, em alguns casos tem-se julgado intempestivo o recurso interposto anteriormente à intimação da decisão e início da contagem do prazo⁴⁵, também quando ausente a data do protocolo da secretaria do tribunal ou quando o carimbo do tribunal mostra-se ilegível, que por sua vez também representam uma afronta o seu não conhecimento em alguns casos, sobretudo pelo fato de não haver prejuízo as partes.⁴⁶

Outras questões de formalidade são rechaçadas, como o não conhecimento de recurso por ausência de assinatura do advogado nas razões, bem como, o não conhecimento do recurso de agravo de instrumento ante a ausência de peças facultativas, ambos os casos sem oportunidade para sanar os atos.⁴⁷

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual (nona série)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 274

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ibidem*. p.272

⁴⁵ “para justificar seu entendimento no sentido da intempestividade do recurso interposto antes de aberto o prazo, ressaltou que o STJ, assim como o STF, possuíam sólidos precedentes nesse sentido e, conseqüentemente, deveria ser respeitada a estabilidade das decisões. E o que é pior: Sua Excelência não entendia como um mesmo texto de lei, que não foi alterado, poderia repentinamente receber interpretação diversa (sic).” SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Violência simbólica e precedentes jurisprudenciais**, São Paulo: Boletim IBCCrim, nº 146, jan., 2005, pp. 16

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ibidem*. p.275-276

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ibidem*. p.278-280

São estes alguns exemplos típicos de decisões que se arrastam pelos foros, cuja reprovável conduta ainda perdura. Evidentemente, na linha do que majoritariamente propõe a doutrina, são atos plenamente sanáveis e desprovidos de prejuízo para a parte adversa.

Na linha do que vem sendo desenvolvido ao longo da evolução histórica do processo, em especial na atual fase metodológica, também no que tange ao direito a uma decisão justa, bem como, em vista deste cenário cooperativo que se busca alcançar no processo, necessária se faz uma reavaliação destas decisões, embora muitas delas deixarão de existir em razão do Novo Código de Processo Civil.

Importante ressaltar que negar recurso por ausência de requisito de admissibilidade é atitude conveniente, no entanto não devem os tribunais agir com excesso, “o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro”.⁴⁸

Sendo este equilíbrio, portanto, um dos grandes compromissos a ser efetivado pelos atores judiciais a partir de uma leitura dos valores da Constituição e do processo, com vistas a dar maior amplitude e respeito aos direitos dos cidadãos, em especial aos direitos e garantias fundamentais.⁴⁹

Logo, estando o órgão judicial diante de um caso duvidoso, em que há possibilidade de esclarecimento sem que haja prejuízo para qualquer das partes, necessário esclarecê-lo⁵⁰. Agir de modo contrário é caminhar na contramão da visão cooperativa enraizada no processo, “única capaz de conduzir a uma efetividade virtuosa e não simplesmente perniciosa, preocupada esta somente com a performance, com a estática, mas com os valores fundamentais do processo”.⁵¹

Em conclusão, verifica-se que a jurisprudência defensiva é basicamente um subterfúgio jurisdicional utilizado especialmente para furtar-se a análise do mérito, em especial na fase recursal, sendo que, tais pronunciamentos muitas vezes são fundamentados em razões superficiais, associados a uma lógica equivocada, e até mesmo em fundamentos subversivos implícitos, tais como a redução do volume de recursos, levando ao não conhecimento e extinção prematura do processo.

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual (nona série)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 270

⁴⁹ USTÁRROZ, Daniel. **As garantias do cidadão no processo civil: relação entre constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 130

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ibidem*. p. 276

⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. *Revista de Processo*. DTR\2006\822. v. 137/2006

Por outro lado, conforme já mencionado, a doutrina brasileira, preocupada com este cenário, iniciara nos últimos anos uma grande movimentação para tornar o processo mais justo, efetivo, cooperativo, que sua aplicação verdadeiramente venha a refletir os valores da Constituição, sendo neste cenário que passamos a analisar algumas propostas do Novo Código de Processo Civil, que evidentemente adotou postura combativa à jurisprudência defensiva.

3.2 O Novo Código de Processo Civil

Refletindo acerca da jurisprudência defensiva e o código de 1973 percebemos que tal fenômeno é incompatível com os valores da constituição e não se coadunam com os preceitos de justiça mais elevados que prevalecem em nosso tempo. E considerando tal premissa, devemos nos ater agora ao Novo Código de Processo Civil (NCPC) para identificar qual é a sua proposta frente ao tema.

No presente tópico, portanto, passa-se a verificar de que modo o legislador processual atuou para combater a tão famigerada jurisprudência defensiva, buscando pontuar os artigos específicos que vão na contramão das práticas que tomamos nota em tópico anterior.

De uma leitura atenta ao NCPC, tem-se percebido que foram acrescentadas novas disposições que procuram barrar o arbítrio e o apego exagerado por formalidades, apresentando textos que não concedem espaço à prática da jurisprudência defensiva tal como tem-se visto.

Alguns dispositivos implementados evidentemente são respostas à algumas manobras judiciais que se formaram ao longo do tempo, com nítida intenção de privilegiar-se o julgamento do mérito em detrimento do fim prematuro do processo.

Seguindo ordem crescente dos artigos, a primeira previsão que se anota é a previsão do parágrafo 4º do artigo 218, cuja redação prevê que serão tempestivos os atos praticados antes do marco inicial para contagem do prazo, ou seja, quando extemporâneos deverão ser conhecidos.⁵²

Vale anotar que tal previsão derruba o disposto na Súmula 418 do STJ, que inadmitia recurso especial interposto antes da publicação do acórdão⁵³, com a seguinte previsão: “É

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2005**. São Paulo: Forense, São Paulo: Método, 2015. Versão Epub, marcador 1224,3/ 1379

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Versão Epub, marcador 51,7 / 895

inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação⁵⁴.”

Nesta toada, também tem voz contrária à jurisprudência defensiva o artigo 317, que por sua vez propõe que o juiz, antes de proferir decisão sem resolução mérito, deverá oportunizar a parte, para que, se possível, venha a corrigir o vício.⁵⁵

O presente artigo privilegia o princípio do contraditório anterior à decisão de ofício extintiva do processo, sem resolução de mérito, sendo uma medida já existente em ordenamentos estrangeiros e presente em regimentos internos do país.

Ato contínuo a análise, importante anotar o parágrafo único do artigo 932, pelo qual ficou anotado que o “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco (5) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. A respeito da presente previsão, destaque-se que tal aplicação só se justifica na hipótese de vício sanável ou quando a irregularidade for corrigível.⁵⁶

Ainda em sede recursal os parágrafos do artigo 938 também consagram voz contrária a extinção do processo sem resolução de mérito e privilegiando o saneamento de vícios processuais, conseqüentemente a decisão de mérito.

Propõe o referido artigo que o julgamento das preliminares ocorrerá antes da decisão de mérito, sendo que seu parágrafo, por conseguinte, propõem que se por ventura a matéria preliminar tratar de vício sanável, deve o magistrado oportunizar a renovação do ato, assim também ocorre no caso de necessidade produção de prova, hipótese em que o julgamento será convertido em diligência.

Nessa toada, merece destaque o parágrafo 7º do artigo 1.008, que traz significativa alteração, também contrária à jurisprudência que se formou ao longo dos anos. Trata-se da hipótese de não recebimento de recurso por aplicação da pena de deserção, quando existir dúvida quanto ao recolhimento das custas, em especial no caso de equívoco no

⁵⁴ Vale anotar que tal entendimento foi alterado ainda no curso deste trabalho, em setembro de 2015, pela 4ª Turma do STJ, em voto do Min. Luis Felipe Salomão, nos autos do REsp 1.129.215. No acórdão consignou o seguinte: “É que a admissibilidade recursal não pode ser objeto de insegurança e surpresa às partes, não se podendo exigir comportamento que não seja razoável e, pior, sem previsão legal específica, com objetivo de trazer obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional.”

⁵⁵ MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão Epub, marcador 498,0 / 1608

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2005**. São Paulo: Forense, São Paulo: Método, 2015. Versão Epub, marcador 1069,9 / 1379

preenchimento das guias. Na presente hipótese o novo código determina que o magistrado intime o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.

Outra previsão que neste contexto merece destaque é aquela contida no parágrafo 3º do artigo 1.017, que diz respeito ao agravo de instrumento, mais especificamente no tocante a falta de documentos necessários a sua admissibilidade, hipótese em que deverá o relator aplicar o parágrafo único do artigo 932, que determina a concessão de prazo para sanar o vício.

Cumpra observar que tal proposta anda na contramão do entendimento jurisprudencial, inclusive do STJ⁵⁷, que por sua vez não conhece do agravo de instrumento na hipótese de ausência de peça obrigatória, não oportunizando a sua juntada.⁵⁸

Em sede recursal ainda identificamos o parágrafo 3º, do artigo 1.029, que permite o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a desconsiderar vício formal ou determinar a sua correção quando não reputar-se grave.

Também é novidade a fungibilidade entre recurso especial e extraordinário, com previsão constante no artigo 1.032, propondo que, caso o STJ venha a entender que o recurso especial trata-se de matéria constitucional, deverá intimar o recorrente para demonstrar a existência de repercussão geral e manifestar-se sobre a constitucionalidade, tratando-se nitidamente de aproveitamento de recurso.

Assim também ocorre na hipótese de recurso extraordinário, conforme previsão do artigo 1.033. A presente novidade também encontra fundamento no princípio da economia processual.⁵⁹

⁵⁷ Parte do Acórdão do AREsp 725902-SC (2015), sob relatoria do Min. Marco Buzzi: “O apelo nobre, amparado na alínea c do permissivo constitucional, desafia acórdão proferido pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fl. 49, e-STJ) (...)1. Compete à parte agravante, no ato da interposição do recurso, instruir o agravo de instrumento com os documentos obrigatórios elencados no Código de Processo Civil, sob pena de sua inadmissibilidade. (...) É o relatório. Decido. A irrisignação não merece prosperar. 1. Com efeito, quanto à instrução do agravo de instrumento o Tribunal de origem consignou ter sido desatendido o comando do artigo 525, I, do CPC, ante a ausência de procuração outorgada à advogada subscritora do recurso. Com efeito, concluiu o Tribunal local (fls. 50/53, e-STJ): O recurso não pode ser conhecido em face da ausência de um dos pressupostos objetivos de admissibilidade. É que não foi juntada a procuração da agravante. (...) Do exposto, nego provimento ao agravo”.

⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2005**. São Paulo: Forense, São Paulo: Método, 2015. Versão Epub, marcador 1262,3 / 1379

⁵⁹ MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão Epub, 946,9 / 1608

Diante disso, especialmente no que tange aos artigos mencionados, e considerando que a sua positivação tem também um nítido caráter repressivo à jurisprudência defensiva, fica evidente a intenção do legislador em buscar uma mediania no tocante a formalidade dos atos processuais, privilegiando o julgamento de mérito.

4 OBSERVAÇÕES SOBRE A TRANSIÇÃO

Uma análise superficial nos autoriza a afirmar que o Novo Código de Processo Civil buscou de modo expreso anular em grande medida a prática da jurisprudência defensiva, tentando excluir a todo custo a margem de discricionariedade que tinha o magistrado para colocar fim ao processo sem resolução de mérito.

Tal afirmação se justifica quando notamos que os grandes casos de jurisprudência defensiva passam a encontrar previsão legal expressa em sentido contrário, onde o legislador forçosamente lança mão de mecanismos que impedem o fim prematuro de um instrumento processual considerando a possibilidade de ser sanado o motivo pelo qual estaria viciado.

Este cenário representa, evidentemente, um grande avanço para o jurisdicionado, que lamentavelmente vinha tendo o seu direito aniquilado pelo exacerbado formalismo, que barrava em especial os recursos, em todas as instâncias, por questões que em nada prejudicavam o julgamento de mérito.

Ocorre, todavia, que o novo código lança-se com toda força contra a jurisprudência defensiva, tornando mais flexível a realização dos atos processuais, inclusive no sistema de juízo de admissibilidade existente nos ritos recursais.

Tal flexibilização, como já mencionado, buscou reduzir o rigor excessivo com formalidades, que por sua vez também merece uma atenção especial, sob o risco de criar-se situações proporcionalmente inversas ao rigor superado, porém, também prejudicial, tanto ao processo quanto à parte adversa.

Isso significa dizer que conferir ampla abertura ao saneamento de vícios ao qual incorre a parte interessada, pode-se aí estar criando novas situações com efeitos inversamente opostos, eis que as medidas criadas para proteger um direito pode-se por vias reflexas colocar outro em risco, ocorrendo, talvez, o deslocamento de um inconveniente processual.

A reflexão que se propõe aqui é basicamente a hipótese de a parte utilizar-se das regalias conferidas pela possibilidade de sanar toda e qualquer espécie de vício para postergar o andamento do processo, como no caso de recurso propositalmente interposto com vício formal, entre outras situações possíveis.

Percebe-se, então, que o legislador, no afã de extirpar uma prática abusiva, da margem a outra um tanto quanto perigosa, eis que, dentre outros motivos, a etapa de admissibilidade e recebimento do recurso é bastante morosa.

Diante disso, a controvérsia que paira sobre o tema está diretamente ligada aos limites da sanabilidade daquelas hipóteses em que tratamos anteriormente, em especial nos casos que podem criar situações que dão abertura a inconveniências.

Fato é que o novo código tratou apenas de dar abertura a sanabilidade dos vícios e não esclareceu os seus limites, oportunidade em que se mostra prudente afirmar que há de existir baliza na concessão de oportunidade e abertura de prazo para saneamento.

Deste modo, questiona-se também, até que ponto poderá o magistrado admitir o saneamento dos vícios processuais que se apresentarão, e de que maneira poderá evitar que os equívocos não prejudiquem o processo, entre outros embaraços que podem ocasionar.

Desta forma, prudente se faz adoção de mecanismos para, no mínimo, evitar-se tais práticas e prejuízos, sendo que diante da inércia do legislador, ficará a cargo do magistrado novamente encontrar a resposta para a presente situação.

Todavia, o princípio da fungibilidade recursal pode ser um grande ponto de partida, eis que sua essência é de extrema relevância para o caso em tela, sobretudo porque permite uma análise ética no tocante a conversão de atos quando justificável, hipótese em que tal juízo pode ser realizado também na presente temática, de acordo com suas especificidades.

Nesse passo, é importante ter em conta a impossibilidade de se legislar a respeito das possíveis práticas abusivas que podem surgir a partir do aproveitamento das benéficas conferidas pelo novo diploma no tocante ao saneamento de vícios.

Enfim, medidas deverão ser adotadas para evitar-se tais embaraços, eis que, positivar mecanismos para conscientizar o julgador da necessidade de combater à tão famigerada jurisprudência defensiva já foi um grande passo, no entanto, o efeito de tal conquista não pode trazer novos obstáculos.

5 CONCLUSÃO

Diante do que ficou evidenciado, é forçoso concluir que, com o advento da Constituição Federal de 1988 o processo passou a ser encarado a partir dos direitos e garantias fundamentais nela encartados, sobretudo a partir do formalismo-valorativo, que empregou ao processo tamanha carga ética, superando a fase de exacerbado rigor técnico, exigindo maior compromisso com um processo justo e cooperativo. Neste passo, a jurisprudência defensiva não se sustenta perante a nova ordem processual em razão do nítido excesso de formalismo que carrega, eis que os atos individualmente considerados devem ser analisados com o emprego da equidade, sendo que nos casos aportados resta evidente a dissonância entre o fenômeno e os valores constitucionais que devem ser observados.

Verificou-se ainda, que em diversas oportunidades o Novo Código de Processo Civil tratou de combater a jurisprudência defensiva que se formou ao longo do Código de 1973, cuja estratégia foi basicamente barrar o fim prematuro do processo sem resolução de mérito, em regra, concedendo prazo para sanar os vícios. Porém, em uma análise superficial identificou-se, ainda, que a superação da jurisprudência defensiva e a abertura do sistema de saneamento pode-se também vir a criar um efeito inversamente oposto ao da jurisprudência defensiva, surgindo uma nova espécie de práticas despropositadas.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo. DTR\2006\822. v. 137/2006

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Juris. v.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, Poder, justiça e processo: julgando que nos julgam**. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, São Paulo: Bookseller Editora, 2002.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **O esforço do projeto de código de processo civil contra a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo. v. 233. DTR\2014\3344. Jul. 2014.

DIDIER JR, F.; CUNHA, L.; BRAGA, P. S. e OLIVEIRA. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

GOMES DE BARROS, Humberto. **Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>> Acesso 29 Ago. 2015

KOPLIN, Klaus Cohen. **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. Ed. Livraria do Advogado. 2015.

MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão Epub.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil**. Revista Processo, Ano 39, v. 229/ 2014.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2005**. São Paulo: Forense, São Paulo: Método, 2015. Versão Epub.

OLIVEIRA JUNIOR, Z.D.; ROQUE, A.V.; GAJARDONI, F.F.; DELLORE, L. **A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em 25 Ago. 2015.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Violência simbólica e precedentes jurisprudenciais**, São Paulo: *Boletim IBCCrim*, nº 146, jan., 2005

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2006. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Versão Epub.

THEODORO JR, Humberto. **Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1997.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. ed. 54. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

USTÁRROZ, Daniel. **As garantias do cidadão no processo civil: relação entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.128.

ZANETI Jr., Hermes. GOMES, Camila de Magalhães. **O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil**. *Revista Direitos Difusos*. Ano XI. v. 53. 2011