

REFLEXÕES SOBRE O MÉRITO

Juiz Kleber de Souza Waki¹

1. A INTUIÇÃO DO QUE SEJA MÉRITO.

Na atividade cotidiana dos operadores de Direito, comumente estamos envolvidos com as chamadas exceções, preliminares, prejudiciais de mérito e, a final, o próprio mérito.

Nos complexos enredamentos construídos pelas preliminares, na maior parte das vezes são estas superadas no processo para que, por fim, cheguemos ao cerne do conflito, oferecendo a prestação jurisdicional².

Assim, como o caçador diante da caça ou o soldado frente ao inimigo, nada mais nos resta senão decidir. E quem ousaria, nesse instante, indagar: o que é mérito?

Poder-se-ia dizer que *mérito é todo o conflito que nos restou para examinar* - e, certamente, haveria aí um fundo de verdade.

Etimologicamente, a palavra mérito vem de merecer, merecimento, numa clara correlação com valor. Reconhecer o mérito é reconhecer o valor de algo ou alguém.

Num conflito entre os homens diríamos, então, que mérito é o ponto fulcral da *rusga*, o motivo determinante da desavença atual ou potencial entre eles.

Apesar de o Estado-Juiz ter atraído para si o poder-dever de resolver os conflitos entre os membros da comunidade, não é bem este o ponto fulcral submetido ao seu exame, à sua jurisdição.

De acordo com a Teoria Geral do Processo, a técnica processual impõe o exame de um trinômio: *condições da ação, pressupostos processuais e mérito*. Veja que, pela lógica, antes de mais nada haveria de verificar-se a existência do direito subjetivo de ação efetivo, analisando-se a legitimidade do requerente e requerido (autor ou réu, reclamante ou reclamado, etc), o interesse de agir (isto é, a necessidade/utilidade da prestação jurisdicional) e, por fim, a possibilidade jurídica do pedido (um exame altamente genérico sobre a ressonância positiva da pretensão ou da inexistência de obstáculo legal a esta pretensão). Não sem

razão Liebman, um dos principais responsáveis pela adoção destas condições trinômiais para a ação, resolveu refluir com relação à possibilidade jurídica do pedido como elemento de mérito, até porque verificar a existência ou inexistência sob o aspecto do Direito positivo tem forte conotação concretista para a ação.

Abre-se aqui um parêntesis para manifestar que, ainda hoje, há de se entender como correto o aspecto trinomial das condições da ação, pois ter que analisar a ressonância legal da pretensão não implica em deferimento ou indeferimento da pretensão concretamente analisada (o que somente será feito no exame do mérito propriamente dito). Metaforicamente, reitera-se imagem já utilizada alhures de que a *possibilidade jurídica do pedido* é, sem dúvida, a ponta de um iceberg ou, ousaríamos divagar, seria como a visão de um oásis que, mais tarde, poderia vir a saciar nossa sede ou revelar-se simplesmente miragem (o certo é que o *oásis*, em verdade, existe - ainda que sob o aspecto de perturbação psicológica).

Poder-se-ia então concluir: como o exame de mérito não prescinde da aferição primária acerca da existência das condições da ação, aflora-se a característica de que o *mérito substancial* começa a ser antevisto. Isto quer dizer que, se confirmado o direito, tem-se que a solução escolhida há de por fim ao conflito entre as partes legitimamente reconhecidas.

Interessante é que, sob um enfoque prático, o primeiro exame feito pelo julgador não é acerca das condições da ação, mas sim sobre a existência dos pressupostos processuais (reforçando, assim, a idéia de que *mérito* tem, antes de tudo, uma faceta marcadamente adjetiva), sobretudo o de competência para, em seguida, efetuar-se o exame das *condições da ação* e, enfim, do mérito propriamente dito.

Ultrapassada, então, a observância acerca das condições de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, compete ao Juízo analisar se estão ou não presentes as condições da ação.

Verificando o Juízo que, por exemplo, *A* pretende de *B* o cumprimento de pretensão juridicamente impossível (dívida de jogo, por exemplo), determinará a extinção do processo sem julgamento do mérito. Apenas para exemplificar no âmbito de nossa atuação, é certo dizer que o mesmo se fará em ações declara-

¹ Juiz Presidente da JCJ de Uruaçu/GO

² Veja que a inteligência do nosso estatuto processual assim nos orienta, conforme se infere da leitura do art. 249, § 2º do CPC, abordando justamente o mérito.

tórias (onde o conflito é potencial), propostas nesta Justiça Especializada e que tenham como escopo único ver reconhecido tempo de serviço para fins exclusivamente previdenciários. Se é correto afirmar que a sentença trabalhista não vinculará o INSS, que não foi parte no processo, pode-se afirmar inequivocamente que tal pretensão jurisdicional que se persegue revela-se, em verdade, totalmente ineficaz ou sem utilidade, razão pela qual é conclusivo afirmar que falta ao autor o interesse de agir pela ausência do binômio *necessidade/utilidade*).

De observar que estas questões, apontadas como exemplo, refletem exatamente o ponto central do conflito, mas não são examinadas como mérito porque, antes deste, cumpre apreciar, sob a ótica da técnica, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Chega-se, então, à conclusão de que, para o processo, mérito tem uma ótica especial, que chamaremos de aspecto processual. Neste detalhe revela-se, com clareza, o divórcio entre a realidade do conflito e a sua subsunção aos autos.

Não interessa ao Estado-Juiz a solução do conflito sob a ótica de "mérito" que, quiçá, respondesse aos anseios sociais, de dizer, em definitivo, se a razão pertence a *A* ou a razão está com *B*, ofertando ao titular do Direito os meios de exeqüibilidade da pretensão.

Rejeitado o exame de mérito, processualmente falando, pela ausência de condições da ação, como vimos, deixa o Estado-Juiz o cenário onde ainda remanesce (e para sempre ficará) o conflito social. No íntimo de quem postula não há razão para aplacar a sua pretensão.

Aqui, sem dúvida, reside uma das falhas estruturais da Justiça.

Inicialmente concebida para dizer à sociedade a quem pertence o direito (*jurisdição - dizer o direito*), na realidade nua e crua e por engendrada construção técnica-processual, reservou o Estado-Juiz para si o exame *daquilo* que compreende como mérito, ainda que não venha satisfazer a nenhuma das partes em conflito.

Tal constatação revela ponto nevrálgico e inflamado da estrutura judiciária, que contrasta o que se pode fazer com o que se espera do Judiciário.

Não é a toa que, apesar das constantes extinções *sem julgamento do mérito*, a socieda-

de continua entulhando os foros com pedidos similares. É porque pretende e continuará pretendendo ações do Juízo que não encontram ressonância legal.

Mas este é um assunto que deve ser reservado para outro estudo.

2. O CONCEITO DE MÉRITO.

Pois bem. Se mérito não é nem *pressuposto processual*, nem *condições da ação*, como poderíamos defini-lo?

Mérito, então, é a pretensão regular deduzida em Juízo, cuja solução, provida por ato jurisdicional, pacifica as partes e põe fim ao conflito, ainda que potencial (como, *v.g.*, na ação declaratória).

De salientar que a "*solução provida por ato jurisdicional*" não pode, necessariamente, ser confundida com a sentença e tampouco com o seu *objeto* (mérito sob o enfoque substancial).

Dizemos que não pode ser confundida com *sentença*, entendida esta como o *ato que põe termo (fim) ao processo no primeiro grau de jurisdição, decidindo ou não o mérito da causa*³ porque, nem sempre, alcançado tal desiderato, este se fará por *sentença*.

São exemplos típicos dessa observação o procedimento adotado nas *ações de consignação em pagamento* aforadas na hipótese de dúvida de quem seja o credor⁴ ou mesmo nas *ações de prestação de contas* onde o mérito é decidido *a posteriori* da prolação da sentença, no prazo de 48 h⁵.

Dissemos, também, que a "*solução...*" não pode ser confundida com seu objeto porque nem sempre esta será proferida com o exame valorativo das razões subjetivas em conflito, se prevalecente o interesse de *A* ou de *B*, pelos fundamentos esposados por estes.

Isto ocorrerá quando verificados, por exemplos: a *prescrição*, a *transação*, a *decadência*, a *renúncia (de direitos*

³ Vide art. 162, § 1º do CPC.

⁴ Vide art. 898, parte final, onde dispõe o CPC que, incontroverso o *quantum debeatur*, prosseguirá o feito apenas entre os contendores do pólo passivo, excluindo-se o consignante originário da lide.

⁵ Vide art. 915, §§ 2º e 3º do CPC.

disponíveis, é claro)⁶.

Fica nítido que, muito embora a sentença declare o conflito extinto com julgamento do mérito, na verdade sequer o apreciou pelos fundamentos esposados, concretando uma paz social calcada em argumento exclusivamente artificial, de plástico.

Mérito, pois, não pode ser confundido com *sentença*, embora dela receba as suas características processuais mais marcantes: o signo da perpetuidade, que há de conferir efetivamente a paz social, se a *decisão* (que é o substrato do ato judicial que põe fim ao conflito) tiver seu prazo recursal escoado *in albis*, e a condição de exeqüibilidade (dar, fazer e não-fazer).

Aqui estão as segunda e terceira características, de índoles nitidamente processuais, que marcam o mérito: a possibilidade de vir a ser imantado como *res judicata* e a condição de exeqüibilidade futura.

Visto o objeto de estudo em primeiro grau de jurisdição, analisemo-no, agora, sob o ângulo recursal.

3. O MÉRITO E A DEVOLUTIVIDADE DOS RECURSOS.

Principiamos com uma indagação: quantas vezes pode, o Juízo de primeiro grau, pronunciar-se sobre o mérito?

A resposta, evidentemente, haveria de ser "uma vez", posto que em nada harmoniza-se com a *segurança jurídica* a reticência das decisões.

Fere inclusive a lógica admitir-se que, conferido ao conflito uma determinada solução (mesmo aquela com o argumento artificial da prescrição ou decadência), pudesse este mesmo Juízo admitir que outro caminho também poder-se-ia dar ao conflito de modo a encaminhá-lo à pacificação.

É cediço que o Juiz não pode deixar de proferir o seu julgamento alegando *lacuna* ou *obscuridade da lei*⁷, devendo recorrer à analogia, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Manifestando-se o Juízo através da sen-

tença, na acepção que lhe dá o CPC, é claro que somente poderá sentenciar uma única vez, já que impossível por fim (no âmbito do primeiro grau) a algo mais de uma vez. Não tem sentido e é naturalmente impossível que se finde a mesma coisa várias e várias vezes.

1ª Conclusão: o Juiz deve decidir, de modo único, não lhe sendo facultado, ao seu talento, repetir o ato de julgar.

O fundamento natural do recurso está na natureza do Homem como um ser inconformado. É preciso, sempre, rever os atos praticados, como um exercício de aprimoramento.

Este é, sem dúvida, o fundamento *ético* dos recursos, mas nem sempre a motivação *real* de sua interposição, já que, por esse instrumento, também vão aqueles marcados pelo estigma da procrastinação ou pela insurreição contra o *jugador* e não contra o julgamento etc.

O recurso, enfim, pede um novo julgamento à instância superior que, tanto pode ser:

a) *in totum* por lá apreciado (como ocorre com as revisões do exame de mérito);

b) como pode apenas limitar-se ao exame de *preliminar* (*condições da ação e pressupostos processuais*) que, se superada, em nome da preservação da instância, imporá a devolução dos autos ao órgão *a quo* para que, então, pronuncie-se sobre o mérito.

A redação do art. 515 do CPC é clara ao delimitar o campo de atuação da instância *ad quem*: "...o conhecimento da matéria impugnada". O dispositivo em comento é tão explícito que enuncia claramente a DEVOLUTIVIDADE de "...todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro", acrescentando que "...quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".

A chave da *devolutividade*, convém realçar, está na expressão "*suscitadas e discutidas no processo*", assim entendidas como aquelas submetidas ao crivo do Juízo de primeiro grau e não apenas objeto de debates entre as partes. Não fosse assim, não faria sentido a segunda parte, dando ao órgão *ad quem* ampla devolutividade de outros argumentos agitados mas não acolhidos pelo juiz.

É claro que em processos que venham a ser extinto sem julgamento do mérito, uma vez

⁶ Vide art. 267, incisos III, IV e V.

⁷ Vide art. 126 do CPC.

ultrapassada a preliminar que deu azo à tal julgamento, faz-se imprescindível seu retorno ao Juízo de primeiro grau para que seja submetido ao seu crivo as matérias de natureza substancial, sob pena de *supressão de instância*, malferindo, inclusive, o princípio constitucional do *due process of law*.

Porém, se o Juízo de primeiro grau já teve em suas mãos todos os argumentos substanciais, meritórios em análise e proferiu o seu julgamento, como impor a este mesmo Juízo outro julgamento de mérito?

Tal atitude somente parece possível se detectado, nos autos (portanto em âmbito processual), qualquer ato que venha a eivar de nulidade todos os demais praticados. É o caso, por exemplo, de nulidade de citação.

2ª Conclusão: a repetição de julgamento de mérito pode ser feita em caso de nulidade processual decretada pelo órgão *ad quem*.

Jamais, porém, por discordância do órgão *ad quem* com o julgamento de mérito proferido pela instância *a quo*, pena de ferir a independência do magistrado e, sem dúvida, o princípio da *livre convicção*, impondo-lhe repetição de análise meritória até que se coadune com a interpretação da instância superior - o que afigura-se como hipótese absurda.

Abordando o aspecto da *devolutividade*, ensina o Prof. Nelson Nery Júnior:

"Prescrição e decadência. Superadas as questões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, o legislador brasileiro determinou serem prescrição e decadência matérias de mérito, acolhendo o magistério de Liebman, Est. 185 ss. Quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição, está julgando o mérito, mesmo quando não ingresse na análise das demais questões agitadas no processo. Havendo recurso dessa sentença, poderá o tribunal examinar todas as matérias suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (CPC 515 §§ 1º e 2º). Assim agindo, não estará suprimindo um grau de jurisdição, pois essa matéria lhe foi, ex lege, devolvida. Pode ser que o tribunal não se encontre em condições de analisá-la, em face da ausência de prova a respeito, o que se nos afigura outra questão, diversa da pretensa impossibilidade jurídica de o tribunal examinar o "restante" do mérito, podendo, para tanto,

*converter o julgamento em diligência ou simplesmente afastar a decadência ou prescrição, devolvendo os autos à origem para que o juiz de primeiro grau julgue o mérito em sua inteireza. Impedimento jurídico para o tribunal examinar todo o mérito não há."*⁸.

Em nota ao art. 515, complementou o mestre e doutor.

*"Prescrição e decadência. Caso na sentença tenha o juiz pronunciado a prescrição ou decadência houve julgamento do mérito, por força de disposição expressa do CPC 269 IV. Evidentemente, com o decreto da prescrição ou decadência, as demais partes do mérito restaram prejudicadas, sem o exame explícito do juiz. Como o efeito devolutivo da apelação, faz com que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que o juiz não as tenha julgado por inteiro, como no caso do julgamento parcial do mérito com a pronúncia da decadência ou prescrição, sejam devolvidas ao conhecimento do tribunal, é imperioso concluir que o mérito como um todo pode ser decidido pelo tribunal quando do julgamento da apelação, caso dê provimento ao recurso para afastar a prescrição ou decadência. Como, às vezes, o tribunal não tem elementos para apreciar o todo do mérito, porque, por exemplo, não foi feita instrução probatória, ao afastar a prescrição ou decadência, pode o tribunal determinar o prosseguimento do processo no primeiro grau para que outra sentença seja proferida. O importante é salientar que ao tribunal é lícito julgar todo o mérito, não estando impedido de fazê-lo"*⁹.

Data venia, ousamos divergir do i. e consagrado jurista, cujas idéias inspiram e estimulam o estudo do processo, inclusive deste subscritor.

Não há como interpretar tal possibilidade de devolução para novo julgamento de mérito se a lei expressamente não a prevê e tampouco o sistema processual está a autorizar tal medida.

⁸ Nota feita ao art. 267, inciso IV do CPC, na obra *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, atualizado até 1.8.97. 3ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais.

⁹ Ob. Cit., pág. 747.

Que os autos retornem para *diligências probatórias*, até afigura-se admissível e encontramos hipótese legalmente prevista como, por exemplo, nos *dissídios coletivos* envolvendo sindicatos com atuação em áreas distantes da Capital onde se encontra o Tribunal. Nessa hipótese, os autos são remetidos ao Juízo de primeiro grau para que adotem as diligências processuais cabíveis como *notificação (citação)* e *tentativa de conciliação*, podendo, inclusive, propor a solução (art. 866 da CLT).

É isto ou, como visto na 2ª conclusão, a decretação de vício processual como cerceamento de defesa, pelo indeferimento de produção de provas protestadas pelas partes.

A seguir outro entendimento, qualquer prejudicial de mérito acolhida pelo Juízo de primeiro grau e que viesse a impor um julgamento de mérito (como *nulidade substancial - de contrato*, por exemplo) estaria a autorizar o órgão *ad quem* a fazer devoluções de processos em que não concordasse com a nulidade substancial decretada pelo Juízo *a quo*.

Ora, como impor ao Juiz que, por exemplo, entendendo nulo e ilícito determinado contrato de trabalho venha a proferir novo julgamento determinando o pagamento desta ou daquela verba? Isto seria afronta inominável à sua consciência jurídica.

Chega-se, finalmente, à 3ª conclusão: é absolutamente indevida a devolução de autos impondo ao Juízo *a quo* novo julgamento de mérito se não foi reconhecida qualquer nulidade processual e se a fase probatória foi integralmente percorrida (aqui entendido a conferência livre às partes para que produzissem as provas que julgassem necessárias), ainda que o julgamento de mérito seja fruto do acolhimento de prejudicial como, *v.g.*, a prescrição.

4. CONCLUSÃO

Vimos, ao longo da exposição, que *mérito* não tem, para o processo, a mesma concepção da sociedade, resultando daí uma das razões, dentre tantas outras, da frustração causada pelo Poder Judiciário ao Povo na solução dos conflitos.

O conceito de *mérito* está embutido de dois caracteres fundamentais, porém nem sempre presentes: o processual, marcado pela superação das condições da ação e a possibilidade de vir a ser imantado pelo signo da irrecorribilidade, e o substancial, caracterizado pelo deslinde do conflito através de inserção do ato jurisdicional no cerne da própria lide.

Detalhe que não pode ser esquecido é que, mesmo sendo *mérito*, nem sempre a solução estará eivado pelo caráter substancial, pois a afecção do caráter processual de *res judicata* pode recair sobre decisão que acolha, por exemplo, *prejudicial de mérito*, como é o caso da prescrição ou decadência, da própria renúncia ou transação ocorrida entre as partes, onde, então, jamais se fará qualquer contato com o ponto fulcral da lide.

Uma vez proferido o julgamento de mérito, é vedado ao Juiz proferir nova decisão nesse aspecto, uma vez que a prestação jurisdicional já foi entregue e iniciou-se a fluência do prazo que irá trazer a característica processual de *irrecorribilidade* do julgamento. Permitir ao juízo de 1º grau que profira novo julgamento, ao seu talante, é ferir de morte o princípio da segurança jurídica e, sem dúvida, desnaturar o conceito de *sentença*, já que não se pode por fim a algo mais de uma vez. Repetir um novo fim é porque *fim* anterior não houve.

Se não pode o Juiz de primeiro grau, ao seu alvedrio, repetir decisão de mérito, também por lógica não o poderá por imposição do órgão *ad quem*, exceto quando a sentença de mérito for atingida por vício processual anteriormente cometido (como, por exemplo, ausência de citação) ou estar o próprio julgamento eivado de erro também processual (como sentença *citra*, *ultra* ou *extra petita*, cerceamento de defesa etc).

Ausentes quaisquer vícios processuais que possam macular o julgamento de mérito e estando os autos carregados com toda a instrução probatória possível, impor ao Juízo *a quo* novo julgamento com essa natureza é, sem dúvida, violar a independência do magistrado afrontando, inequivocamente, o princípio da livre convicção do julgador.

Em Goiânia, 7.11.97.