

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO

**A CAPACIDADE POSTULATÓRIA COMO UMA SITUAÇÃO JURÍDICA  
PROCESSUAL SIMPLES:  
ENSAIO EM DEFESA DE UMA TEORIA DAS CAPACIDADES EM DIREITO**

RECIFE  
2008

ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO

**A CAPACIDADE POSTULATÓRIA COMO UMA SITUAÇÃO JURÍDICA  
PROCESSUAL SIMPLES:  
ENSAIO EM DEFESA DE UMA TEORIA DAS CAPACIDADES EM DIREITO**

Dissertação submetida à apreciação da banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

ORIENTADOR: PROF. DR. ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL

RECIFE  
2008

G719c

Gouveia Filho, Roberto Pinheiro Campos

A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito/ Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho; orientador Alexandre Freire Pimentel, 2008.

191 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Direito, 2008.

1. Direito. 2. Direito Processual. I.Título

CDU 347.9

ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO

**A CAPACIDADE POSTULATÓRIA COMO UMA SITUAÇÃO JURÍDICA  
PROCESSUAL SIMPLES:  
ENSAIO EM DEFESA DE UMA TEORIA DAS CAPACIDADES EM DIREITO**

Dissertação submetida à apreciação da banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

DEFESA PÚBLICA em

Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

PROF. DR. ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL (ORIENTADOR)  
UNICAP  
(PRESIDENTE)

PROF. DR. LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA  
UNICAP  
(1º EXAMINADOR – INTERNO)

PROF. DR. LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA  
UNICAP  
(2º EXAMINADOR – INTERNO)

PROF. DR. MARCOS BERNARDES DE MELLO  
UFAL  
(3º EXAMINADOR – EXTERNO)

Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor desta dissertação de mestrado.

“A divisão da Ciência-do-Direito em áreas específicas representa o corte metodológico indispensável num domínio muito vasto. Sobre o *continuum* do universo-do-Direito, delineiam-se porções discretas, setores diferenciados de subsistemas de conhecimento: as ciências jurídicas dogmáticas. Mas, para não se confinar numa divisão meramente setorial, o jurista sente a necessidade de recuperar, de quando em quando, aquele ponto de interseção, onde se encontram os juristas especializados com problemas comuns, genéricos, inespecificados. Neste ponto de interseção acham-se os conceitos fundamentais fornecidos pela teoria geral do Direito e pela Lógica jurídica (ramo da Lógica deôntica)”, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: RT, 1977, p. XXI.

“A hostilidade ao passado é um ato de destruição do presente. Do passado, enquanto nos seus desdobramentos até o tempo presente e suas projeções para o futuro, não é lícito dizer-se que passou ou ainda não passou. Ele simplesmente não passa: ‘é o que fica do que passou’. Enquanto depositário da grandeza dos primeiros passos, ele secretamente nos governa: nada de novo sob o sol. Mas, o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das idéias – e pois a história do pensamento jurídico – pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós – os modernos – pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós mesmos, dignos do legado de nossos antepassados? Esse legado é a terra natal do pensamento”, BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

À memória de Francisco Cavalcanti Pontes de  
Miranda, o maior jurista brasileiro de todos os  
tempos.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todas as pessoas relacionadas abaixo que, direta ou indiretamente, foram importantes coadjuvantes para a realização deste sonho.

Primeiramente aos meus pais, Vera e Roberto Gouveia, pela própria existência.

À memória dos meus avôs maternos, Eufrozinda e Antônio Chaves do Nascimento, que, infelizmente, não puderam estar presentes neste importante paço de minha vida profissional.

Aos meus avôs paternos, Carmem e Eufrásio Gouveia, que exercem papel basilar na formação do meu caráter.

Aos meus irmãos, Bruno e Rodrigo, companheiros de sempre.

À querida tia Carmem Lúcia Vieira do Nascimento, exemplo de magistrada e minha primeira guia na estrada jurídica.

Aos queridos amigos e colegas da Tuma de Formandos Prof. Lourival Vilanova da Universidade Católica de Pernambuco.

Ao amigo Carlos Eduardo Ramos Barros, companheiro de meu primeiro desafio acadêmico.

Aos amigos que pude fazer durante o curso de mestrado, em especial: Vanessa, Isabela, Igor, Marcelino, Carlos Alberto, Ivanoska, André Meira, Fabinho, Bruno Angelim, Paulo Roberto, Rosa, Henrique, Agnelo, Marcos Netto, Tarcísio, Alcides, Paulo Rodolfo, João Armando, Rodrigo, César Arthur, Breno, Lyudmilla, Rildo, Paulo Siqueira, Antônio e Carlos Pessoa.

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco: João Paulo Allain Teixeira, Pe. Francisco Caetano, Virgínia Collares e Walber de Moura Agra, dos quais tive a honra de ser aluno.



Aos professores Sergio Torres Teixeira, Lúcio Grassi de Gouveia, Manoel Severo Neto e José Elias de Moura Rocha, protagonistas maiores da minha escalada na Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco.

Ao grande amigo Mateus Costa Pereira, cuja amizade foi sacramenta durante o período do curso de mestrado.

Ao meu orientador, mestre e amigo, Alexandre Freire Pimentel, jurista impar, por ter aceitado de plano esta prebenda e por ter acatado, sem quaisquer óbices, as minhas idiosincrasias.

Ao querido mestre Leonardo José Carneiro da Cunha, expoente dos jovens processualistas pernambucanos.

Por fim, ao mestre, primo e amigo Freddie Didier Jr., ontem, hoje e sempre a minha maior referência acadêmica.

A todos eles o meu abraço fraternal!

## ABREVIATURAS

AC- Ação Cautelar

AGU – Advocacia Geral da União

art. – artigo

BACEN – Banco Central

CC – Código Civil

CC/16 – Código Civil de 1916

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939

EAOAB – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

ed. – edição

*e. g. – exempli gratia*

HC – *Habeas Corpus*

MP – Ministério Público

n. – número

op. cit. – obra citada

op. ult. cit. – última obra citada

p. – página

PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

RESP – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

s/a – sem ano

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

t. – tomo

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco

USP – Universidade de São Paulo

v. – volume

*v. g. – verbi gratia*

## RESUMO

A Teoria Geral Direito é uma ciência jurídica universal, que estuda os conceitos jurídicos fundamentais. É nela que encontramos a premissa magna desta dissertação: o conceito de situação jurídica. Como gênero que é, situação jurídica admite divisões. Uma nos interessa: as situações jurídicas simples. A mais importante delas – a capacidade jurídica – é a aptidão genérica conferida pelo ordenamento jurídico para que um ente fático possa titularizar alguma situação jurídica e, desse modo, ser sujeito de direito. Todas as outras capacidades existentes no mundo jurídico são decorrências da capacidade matriz (jurídica) e servem para o exercício válido de direitos. Dada essa noção, pode-se erigir uma teoria das capacidades em direito: eis a segunda premissa maior do trabalho. O direito processual, como ramo jurídico que é, não poderia ficar fora do alcance da Teoria Geral do Direito. Logo, toda a fundamentação supra é-lhe aplicável: eis a premissa menor do trabalho. No bojo da relação processual estão algumas situações jurídicas simples, dentre elas: a capacidade postulatória (aptidão para que os sujeitos processuais exerçam validamente alguns atos do processo). Pois bem, depois de feita esta breve resenha, pode-se afirmar que o objeto da presente dissertação é estudar os aspectos formais e conceituais da capacidade postulacional, enquadrando-a numa teoria das capacidades em direito, utilizando, antes de tudo, a noção de situação jurídica fornecida pela Teoria Geral do Direito.

Palavras – chave: situação jurídica; capacidade jurídica; capacidades em direito;  
capacidade postulatória.

## ABSTRACT

The general theory of Law is an universal legal science, which studies the fundamental legal concepts. This theory helps to find the main premise of this dissertation: the concept of legal situation. This legal situation permits divisions. One of those is relevant to us: the simple legal situations. The most important of it – the legal capacity – is the generic suitability given by the legal planning for a fact person to name some legal situation and, this way, be character of Law. All the existing capacities in the legal scenario, comes from a matrix capacity (legal) and are useful to the Law's valid practice. Given this notion, it's possible to make a theory of the Law's capacities: this is the second main premise of this essay. The procedural Law, like a legal extension, could not be out of the reach of the general theory of Law. So, all that was reasoned before is applicable: this is the minor premise of this essay. In the procedural relation, some simple legal situation, for example: the postulator capacity (ability to the procedural characters to practice validly some acts of the lawsuit). After writing this brief, it is possible to affirm that the objective of the essay is to study the formals aspects and concepts of the postulator capacity, characterizing in a theory of Law's capacity, using the notion of the legal situation given by the general theory of Law.

Keywords – legal situation; legal capacity; law's capacity; postulator capacity.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1. Objeto.....	17
2. Metodologia.....	19
2.1. Postura metodológica geral.....	19
3.2. Opções metodológicas na criação deste trabalho.....	20
4. Desenvolvimento.....	21
CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DO DIREITO: DOS FATOS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS.....	23
1. Os elementos formadores da norma jurídica.....	23
1.1. Considerações iniciais.....	23
1.2. O suporte fático.....	24
1.3. O preceito.....	26
2. Notas sobre a incidência jurídica.....	27
3. O fato jurídico.....	28
3.1. O plano da existência.....	29
3.1.1. As divisões do fato jurídico <i>lato sensu</i> : âmbitos da licitude e ilicitude.....	29
3.2. O plano da validade.....	34
3.3. O plano da eficácia.....	37
3.3.1. Relações de determinação: causalidade e condicionalidade.....	37
3.3.2. As situações jurídicas.....	38
3.3.2.1. Síntese de algumas noções sobre as situações jurídicas.....	38
3.3.2.2. As situações jurídicas simples ou unissubjetivas.....	42
3.3.2.3. As situações jurídicas complexas (intersubjetivas) unilaterais.....	43
3.3.2.4. As situações jurídicas complexas bilaterais ou relações jurídicas.....	43
4. Considerações finais.....	48
CAPÍTULO II – DA CAPACIDADE JURÍDICA E SUAS DECORRÊNCIAS.....	49
1. Intróito.....	49

2. Os sujeitos de direito: as pessoas como espécies de um gênero maior.....	49
3. A capacidade jurídica e suas decorrências.....	50
3.1. Distinção entre capacidade e personalidade jurídica.....	50
3.2. As capacidades específicas.....	54
3.2.1. Notas para uma teoria das capacidades em direito.....	54
3.2.2. Distinção entre as capacidades específicas e a legitimação.....	57
4. Os sujeitos de direito despersonalizados.....	59
4.1. Uma verdadeira emergência jurídica.....	60
4.1.1. A questão do direito processual.....	61
4.2. Notas finais em relação aos sujeitos de direito despersonalizados.....	63
5. Considerações finais.....	66
<b>CAPÍTULO III – SUBSÍDIOS PARA UM ENTENDIMENTO DA FENOMENOLOGIA PROCESSUAL: OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA PROCESSUAIS.....</b>	<b>67</b>
1. Notas prévias.....	67
2. O processo.....	67
2.1. Sinteticamente, algumas teorias sobre a sua natureza.....	67
2.2. Conceito de processo.....	76
3. O plano da existência do processo.....	77
3.1. Os “pressupostos processuais”.....	77
3.1.1. “Pressupostos processuais” no âmbito da fenomenologia jurídica.....	77
3.1.2. Pressupostos de existência do processo.....	79
3.1.2.1. Conceituação.....	79
3.1.2.2. A demanda.....	81
4. O plano da validade do processo.....	82
4.1. Breve nota.....	82
4.2. Uma síntese sobre o sistema de invalidades do CPC.....	83
4.3. Notas sobre os requisitos de validade.....	85
5. O plano da eficácia processual.....	88
6. Considerações finais.....	91
<b>CAPÍTULO IV – DA CAPACIDADE DE SER PARTE (PRÉ-PROCESSUAL) ÀS</b>	

CAPACIDADES PROCESSUAIS.....	92
1. Intróito.....	92
2. Explicação necessária: a jurisdição como o poder de julgar.....	92
3. A capacidade de ser parte.....	94
3.1. Conceito.....	95
3.2. Coexistência entre a capacidade jurídica e a capacidade de ser parte.....	95
3.3. O grau absoluto da capacidade de ser parte.....	96
3.4. Capacidade de ser parte do autor como pressuposto de existência do processo...	97
4. As capacidades processuais.....	101
4.1. A competência.....	101
4.1.1. A competência de um modo geral.....	101
4.1.2. A competência jurisdicional.....	104
4.2. A capacidade para estar em juízo.....	106
4.2.1. Definição.....	107
4.2.2. Capacidade de estar em juízo e capacidade civil.....	107
4.2.3. A capacidade de estar em juízo como requisito de validade subjetivo dos atos processuais.....	108
4.2.4. Diferença entre representação e apresentação.....	109
4.2.5. Diferença entre capacidade de estar em juízo e <i>legitimatio ad processum</i> das partes.....	111
5. Considerações finais.....	114
CAPÍTULO V – DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA.....	115
1. Bipartição da capacidade para a prática dos atos processuais das partes.....	115
2. Um conceito necessário: atos postulatórios.....	115
3. Definição de capacidade postulatória.....	118
4. O caráter técnico da capacidade postulacional.....	118
5. Vinculação da capacidade postulatória por outras capacidades específicas de direito; pressuposição da capacidade jurídica em face dela.....	120
6. Direito subjetivo à capacidade postulatória.....	122
7. Quem tem capacidade postulacional.....	123
7.1. Os advogados.....	123



7.1.1. Os estagiários.....	124
7.2. Os membros do MP.....	125
7.3. Regras especiais: capacidade postulatória das partes.....	128
7.3.1. Legitimados totais.....	129
7.3.2. Legitimado parcial: o juiz.....	131
8. A capacidade postulatória como requisito de validade dos atos processuais das partes.....	132
8.1. Em relação ao procedimento.....	133
8.1.1 O problema do parágrafo único do art. 37, CPC.....	133
8.2. Em relação aos recursos.....	139
9. “Ilegitimidade” postulacional?.....	143
10. A (des)necessidade da capacidade postulatória.....	143
10.1. Notas sobre o art. 133, CF.....	144
10.2. A falta de capacidade postulatória gera um ato ilícito?.....	147
10.3. Ausência originária da capacidade postulatória.....	148
10.3.1. Em relação ao autor.....	148
10.3.2. Em relação ao réu.....	149
10.3.3. Em relação aos terceiros.....	150
10.3.4. Em relação ao recorrente.....	151
10.4. Incapacidade postulatória superveniente.....	152
10.5. Como fica o art. 13, CPC, em relação à capacidade postulatória?.....	153
10.6. Questões correlatas.....	153
11. Considerações finais.....	155
CONCLUSÃO.....	157
BIBLIOGRAFIA.....	162

## INTRODUÇÃO

### 1. Objeto.

O trabalho versa sobre o estudo da capacidade postulatória. Não se trata, porém, de um estudo avulso sobre o tema, de uma análise meramente processual da problemática. O intuito magno desta dissertação é colocar a capacidade postulacional imersa numa teoria das capacidades em direito, dando-lhe, assim, a dimensão merecida.

Para tanto, é necessário que o trabalho paute-se nos postulados da Teoria Geral do Processo e, mais ainda, da Teoria Geral do Direito. Assim, a idéia é partir de uma premissa maior: o conceito de situação jurídica, pertencente à Teoria Geral do Direito. Sabendo o que significa situação jurídica *lato sensu*, podemos dividi-la. Pode-se dizer, neste momento, que situação jurídica é uma eficácia jurídica (efeito de um fato jurídico). As situações jurídicas podem ser simples ou complexas, as primeiras são as que nos interessam. A mais importante delas é a capacidade jurídica – aptidão genérica conferida a entes fáticos, para que eles possam titularizar qualquer situação jurídica existente. Todas as demais capacidades existentes em direito são decorrências dela. Dentre essas, está a capacidade postulatória. É por intermédio da capacidade jurídica que se pode erigir uma teoria das capacidades em direito: segunda premissa maior do trabalho. Fixadas, portanto, as premissas maiores da dissertação, pode-se prosseguir.

A capacidade postulatória é uma situação jurídica simples, inserida no conteúdo eficaz da relação processual. Ela serve para a prática de determinados atos processuais, sendo, portanto, uma situação jurídica processual. Logo, se ela é processual, devemos, igualmente, trabalhar com algumas premissas (ora denominadas de menores): 1) a idéia de que os planos fenomenológicos do direito (existência, validade e eficácia) são aplicáveis ao direito processual; 2) e a existência de capacidades processuais – aptidões conferidas pelo ordenamento para o exercício de direitos e poderes-deveres processuais.

Enfim, depois de definir a capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples e colocá-la dentro de uma teoria das capacidades em direito, deve-se afirmar que a problemática a ser enfrentada em torno dela é eminentemente conceitual. São abordados aspectos do tipo: o que é capacidade postulacional, para que ela serve, quem a tem, a ausência dela, o direito a vê-la reconhecida, a diferença entre capacidade postulatória e legitimidade postulacional etc.

Sendo assim, ressaltamos, desde já, que, conquanto saibamos que a regra geral é a de que os advogados regularmente constituídos terem capacidade postulatória, a dissertação não será sobre eles. Não que o tema – de importância basilar – desmereça trabalhos acadêmicos. Apenas fazemos tal corte por opção metodológica. Por isso, não irá encontrar-se, nesta dissertação, questões relativas, por exemplo, a honorários advocatícios e a direitos, deveres e responsabilidades do advogado. Também, não será abordada a questão da necessidade de atuação substancial dos advogados, referente ao conteúdo dos atos por eles praticados, do tipo: caso o advogado não tenha feito uma defesa plena, por desleixo, por exemplo, pode o juiz destituí-lo?

A temática não é nova. Apenas de modo exemplificativo: a capacidade postulatória como “pressuposto processual” é tema que remonta à origem da ciência processual.

Quanto à bibliografia específica sobre o tema, pode-se dizer que é escassa. Há trabalhos relevantes sobre a capacidade de estar em juízo<sup>1</sup>; trabalhos sobre “pressupostos processuais”<sup>2</sup>, que tratam de um aspecto da capacidade postulatória e, mesmo assim, dada a magnitude e a antigüidade do tema, ainda são poucos; trabalhos sobre aspectos relativos

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, por todos, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

<sup>2</sup> Por todos: DALL’AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre os pressupostos processuais. Temas de direito processual civil - 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989; TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000; CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

à atividade advocatícia, como a questão dos honorários<sup>3</sup>. Sobre capacidade postulacional de modo sistemático, contudo, nada foi encontrado<sup>4</sup>.

Em relação as nossas premissas, válido destacar, desde logo, um trabalho que podemos dizer ser a pedra de toque da dissertação. É nele que nos baseamos para colocar a capacidade postulacional imersa numa teoria das capacidades em direito. Trata-se do artigo, modestamente alcunhado de achegas, do professor Marcos Bernardes de Mello<sup>5</sup>.

A dissertação, inegavelmente, tem um forte viés sistematizador. Muitos dos problemas a serem enfrentados, reconhecemos, não são novidades. Estão aí. Carecem, a nosso ver, de serem sistematizados<sup>6</sup>.

## **2. Metodologia.**

### **2.1. Postura metodológica geral.**

Na confecção deste trabalho, adota-se uma postura metodológica que analisa o tema sob dois aspectos:

a) primeiramente, o enfoque tendo em vista a Teoria Geral do Direito. Levando-se em conta que a referida ciência trata dos conceitos comuns inerentes a todos os ramos do direito, o trabalho não poderia se furtar a analisar a temática sob o prisma dos postulados por ela estudados. Conceitos primordiais tratados ao longo do texto, como o de fato jurídico, de situação jurídica, de capacidade jurídica e de procedimento compõem o objeto de estudo da ciência em comento. É nela, portanto, que buscamos nossas premissas maiores;

b) em seguida, a análise sob a égide da Teoria Geral do Processo. A nosso ver, a Teoria Geral do Processo é um caso particular da Teoria Geral do Direito. Ela estuda os

---

<sup>3</sup> Sobre o tema, CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

<sup>4</sup> Existem trabalhos que versam sobre apenas alguns dos aspectos a serem enfrentados. Assim, exemplificadamente, ASSIS, Araken de. *Suprimento das incapacidades processual e postulatória. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

<sup>5</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03.

<sup>6</sup> Sobre a importância dos trabalhos acadêmicos sistematizadores, fiquemos com as palavras de Nelson Nery Jr., retiradas da introdução de sua tese doutoral, “A bibliografia sobre recursos é vasta, havendo muitas obras exegéticas, expositivas, inclusive tratados sobre o assunto. Cremos, no entanto, que relativamente aos princípios gerais em matéria civil quase não há escrito, de conteúdo dogmático, que pudesse ser nomeado de teoria dos princípios gerais dos recursos. Por está razão, este nosso estudo parece ganhar originalidade, não talvez pela matéria em si mesma considerada, mas pela tentativa de sistematização dos recursos, procurando traçar-lhes o perfil dogmático, alcance, limites, conseqüências” (*Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 32).

conceitos gerais do modo de criar direitos: o processo. Processo é entendido, aqui, em sentido amplo. Assim, qualquer meio de criação de direitos é processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo e, até mesmo, negocial<sup>7</sup>. Como negar que conceitos como parte, demanda, mérito, “pressupostos processuais”, relação processual não são gerais, logo, aplicáveis a quaisquer dos ramos dogmáticos processuais? É na Teoria Geral do Processo que estão nossas premissas menores.

### **3.2. Opções metodológicas na criação deste trabalho.**

O trabalho será pautado de acordo com as premissas expostas no item acima. De plano, façamos um corte epistemológico, pois não tratamos o tema sob os enfoques da Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica. Não pelo fato de essas disciplinas não o abordarem, mas sim porque é necessário esse corte epistemológico, a fim de que não se baralhem as ciências jurídicas. Desse modo, a análise será pautada no âmbito da Dogmática Jurídica e da Teoria Geral do Direito, ciências essas que tratam o direito eminentemente como norma e, sem dúvida, aquelas que nos oferecem maiores subsídios para nossa perquirição.

Igualmente, não daremos ao tema um estudo sob o prisma da História do Direito e do Direito Comparado, porquanto essas ciências necessitam de métodos de análises próprios à sua natureza, que, ao menos por ora, não os dominamos. Apenas faremos não só a chamada notícia histórica, para uma melhor compreensão do tema, bem como algumas referências a autores estrangeiros, que servirão ora para melhor compreensão do estudo, ora porque o tópico estudado é universal, não importando o direito positivo de cada ordenamento jurídico nacional.

Por sua parte, a jurisprudência citada é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça. Isso se deve ao fato de que a problemática a ser analisada, de cunho eminentemente conceitual, ser muito baralhada, até mesmo confusa, nos julgamentos dos tribunais. Os arestos a serem citados não enfocam a problemática conceitual. São autênticos paradigmas para temas como, por exemplo, a juntada aos autos

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva, em monografia clássica, defende que a obrigação (instituto jurídico de raízes eminentemente privadas, conquanto integrante da Teoria Geral do Direito) é um processo que se dirige ao adimplemento (*A obrigação como processo*. São Paulo: FGV Editora, 2006, p. 118).

do recurso especial da procuração outorgando poderes ao advogado do recorrente é pressuposto de existência do dito recurso?

#### **4. Desenvolvimento.**

A dissertação divide-se em cinco capítulos. Eis um breve sumário deles:

1) no primeiro capítulo, vamos fixar a nossa primeira premissa maior: o conceito de situação jurídica. Para tanto, devemos, conquanto de modo tão-somente elementar, fixar a conceituação de norma jurídica, dos seus elementos: suporte fático e preceito, de incidência e de fato jurídico. Feito isso, dividimos os planos jurídicos em ordem fenomenológica: existência, validade e eficácia (utilizando a classificação definitiva de Pontes de Miranda). Depois de uma rápida digressão sobre os dois primeiros planos, analisamos o terceiro, concluindo que as situações jurídicas estão inseridas nele;

2) no segundo capítulo, já imerso no plano da eficácia jurídica, tratamos de conceituar uma das mais relevantes situações jurídicas: a capacidade jurídica. Diferenciamo-la, inclusive, da personalidade jurídica. Depois, a partir dela, seguindo a idéia preconizada pelo professor Marcos Bernardes de Mello, fazemos uma defesa expressa de uma teoria das capacidades em direito: nossa segunda premissa maior. Por fim, como não poderia deixar de ser, filiamo-nos àqueles que defendem a existência de mais sujeitos de direito do que pessoas, sendo essas uma espécie daqueles;

3) o terceiro capítulo aborda a fenomenologia jurídica no âmbito do direito processual. A necessidade dele dá-se pelo fato de que a processualística, por vezes, frise-se, ignora o enquadramento do processo nos planos fenomenológicos. Trata-se de um capítulo introdutório. Nele estão nossas premissas menores. O plano da validade processual, nele tratado, posto que norteado pelo plano da validade da teoria geral do direito, é focado de acordo com as particularidades do direito processual positivo pátrio;

4) o capítulo acima aborda uma breve noção sobre o plano da eficácia processual. Este é imerso no plano da eficácia processual. Ele está no núcleo da dissertação. Sua necessidade reside no fato de que, por ele, consolidamos a segunda premissa maior do trabalho: a teoria das capacidades em direito. Seu objeto é o estudo das capacidades

processuais. Para tanto, falamos brevemente da capacidade de ser parte, de natureza pré-processual;

5) finalizando, no cerne do trabalho, é abordada a capacidade postulatória, efetuando a conclusão de todas as nossas premissas: tanto as maiores (capítulos I e II), como as menores (o capítulo III). Ressalte-se, novamente, que são abordados apenas os aspectos formais e conceituais dela, tais quais: o que ela é, para que ela serve, quem a tem, ausência dela etc.

## CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DO DIREITO: DOS FATOS E DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

### 1. Os elementos formadores da norma jurídica.

#### 1.1. Considerações iniciais.

As normas jurídicas (tanto os princípios como as regras<sup>8-9</sup>) devem ser compostas por dois elementos: o suporte fático abstrato e o preceito<sup>10</sup>. Isso não quer dizer,

---

<sup>8</sup> Adotamos neste trabalho a defesa de que tanto os princípios como as regras são normas jurídicas. Nesse sentido, por todos: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-46; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, *passim*; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7. ed Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 109-111; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-272; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 350-356; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 81-84. Com algumas particularidades, adota tal afirmação: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160 e segs. Em sentido contrário, por todos, “Princípios não são valores, se bem contenham obviamente um conteúdo axiológico; os valores, por outro lado, tendem a traduzir-se em princípios. Realmente os princípios (repita-se) não são normas, embora sua presença dentro da experiência jurídica conviva com a das normas”, SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 226-227.

<sup>9</sup> Marcos Bernardes de Mello refuta, com razão, o entendimento de que os princípios não contêm um suporte fático e um preceito: “Preocupada em resolver o problema que surge quando, ao dar execução a certo princípio constitucional, uma lei ou ato normativo infringe um outro, a contemporânea doutrina do direito constitucional, ao fundamentar o princípio da proporcionalidade (com o que se removeria aquela violação), tem destacado que haveria normas jurídicas que são regras, por conterem a descrição de uma situação fática à qual se vincula uma consequência (efeito jurídico) específica, e normas jurídicas que apenas enunciam princípios, sem descrever situações fáticas ou determinadas consequências específicas. Segundo nos parece, essa distinção, em rigor, não é pertinente (como não é a sua limitação ao campo do direito constitucional). Em verdade, normas que enunciam princípios estão presentes em outros campos jurídicos, como no Código Civil, arts. 1º, 2º e 970, por exemplo. Embora essas normas pareçam não ter explícitos seus suportes fáticos ou seus preceitos (onde definem a eficácia jurídica), em realidade, não deixam de tê-los, apesar de em grau bastante acentuado de indeterminação. O princípio constitucional da isonomia, por exemplo, tem por pressupostos fáticos (suporte fático) a existência de pessoas em situações iguais, donde a consequência (eficácia jurídica) dirigida ao poder público e ao legislativo de que não lhes dê tratamento diverso ou de, sendo desiguais as situações, não se lhes pode tratar com igualdade” (*Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-21, nota 17-A).

<sup>10</sup> Não adentraremos neste trabalho, por total impertinência temática, na polêmica classificação das normas jurídicas e na discussão de que a sanção é ou não um elemento essencial da estrutura lógica delas. Apenas relembremos que para Hans Kelsen a norma jurídica é formada para uma norma secundária, que estatui direitos e deveres (Se *F* deve ser *C*), e uma norma primária, que estatui as sanções pelo não cumprimento da secundária (*Não C* então *S*). Nesse sentido, ver KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 68-69. Concordando com a idéia



entretanto, que os elementos da norma jurídica devam estar presentes no mesmo enunciado<sup>11</sup>. Um enunciado pode prever o suporte fático, e outro o preceito<sup>12</sup>.

## 1.2. O suporte fático.

O primeiro elemento da norma jurídica é o suporte fático abstrato. Nele está regulamentado o que se denomina de suporte fático concreto, que é o acontecimento fático (conduta ou evento<sup>13</sup>) hábil a integrar o mundo jurídico<sup>14</sup>.

---

kelseniana, conquanto afirmando que não se pode reduzir a norma jurídica à sua estrutura lógica, SICHES, Luis Recásens. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 123-124. Já o jurista argentino Carlos Cossio defende uma concepção genericamente próxima à do jurista de Viena (pelo fato de também ser sancionista), contudo, afirma que entre a norma secundária (que ele chama de endonorma) e a norma primária (denominada por ele de perinorma) não há um juízo de antecedente/conseqüente (hipotético), mas sim disjuntivo: cumpra a endonorma ou sofra a sanção prevista na perinorma (*La teoría egológica del derecho: su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 39). Parece seguir a tese cossiana, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971, p. 394-395. Adota a posição kelseniana, contudo, inverte, acertadamente, a ordem entre as normas primária e secundária, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: RT, 1977, p. 64. Embora admita a existência de normas jurídicas que não contenham sanções, usa-as para distingui-las das demais, BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 166-167. Em sentido contrário, negando, com razão, a necessidade de que a proposição jurídica, para ser considerada norma jurídica, contenha uma sanção, bastando, para tanto, que ela preveja uma hipótese fática (suporte fático) e uma conseqüência jurídica, temos, por todos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 21-70; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 350-353; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 147; MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 34-37.

<sup>11</sup> Vale aqui fazer a menção de que norma e enunciado (dispositivo) são coisas diversas. Não só há casos em que não há dispositivo, mas há norma, como também há enunciados sem normas: “Normas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito? Nenhum. Então, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhe dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma”, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30. Ainda sobre o tema, ver, com bom proveito, JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 25-27.

<sup>12</sup> Assim, MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., 69.

<sup>13</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello, essa divisão dos fatos em eventos e condutas deve-se a Lourival Vilanova (*Teoria do fato jurídico: plano de eficácia 1ª parte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5, nota 9).

<sup>14</sup> A expressão mundo jurídico foi consolidada por Pontes de Miranda: “Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência de regras jurídicas, que assim o assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo (...).

Existe diferença entre suporte fático concreto e mero fato ou mero acontecimento fático. O primeiro é regulamentado, vai tornar-se fato jurídico ao sofrer a incidência da norma; o segundo não tem significado algum para o direito, não está regulamentado, é apenas um mero dado do mundo fático, que pode ser objeto de outras ciências, não da Dogmática Jurídica<sup>15</sup>.

Outra questão importante é a de que nada impede que um fato jurídico seja um suporte fático, como num contrato, que tem como suporte fático dois negócios jurídicos: a oferta e a aceitação. O simples dado de o fato jurídico já pertencer ao mundo do direito não o retira do mundo dos fatos, já que esse é um elemento daquele<sup>16</sup>.

Podemos dividir o suporte fático analisando seus elementos<sup>17</sup>. Por razões metodológicas, tratar-se-á, neste trabalho, apenas da divisão que divide os elementos do suporte fático em: elementos nucleares, complementares e integrativos.

Na maioria das vezes, o suporte fático não é algo uno, ele é formado por diversos acontecimentos. Desse modo, existem acontecimentos que são fundamentais para a formação do suporte fático, são os elementos nucleares. A ausência de quaisquer desses elementos leva à não formação do suporte fático. Os elementos nucleares dividem-se em: elementos cerne e completante. O elemento cerne é o principal, é o acontecimento que caracteriza o suporte fático, *e. g.*, a vontade nos atos jurídicos. Os elementos completantes servem para completar o elemento principal<sup>18</sup>. Se, por ventura, faltar

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre ele, desçam e encontrem os fatos,

colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’” (*Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 6).

<sup>15</sup> “O direito, na escolha dos fatos, que não de ser regrados (= sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos, que alguns observadores e estudiosos parecem dignos de regulação; mas esse julgamento dos técnicos do direito, ou dos não-técnicos, por mais procedente que seja, só se pode passar no plano político, moral ou científico, e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. ult. cit., p. 21.

<sup>16</sup> “Quando fatos jurídicos são elementos de suporte fático, não deixam de ser fatos jurídicos, não voltam a ser, apenas, elementos de fato; o elemento fático, que eles levam ao suporte fático, é exatamente o fato jurídico, donde parecer que nêle entram como direitos e não como os elementos fáticos do seu suporte”, Idem, p. 34.

<sup>17</sup> Sobre o tema, ver MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 40-59.

<sup>18</sup> O elemento completante serve para diferenciar determinadas espécies de fatos jurídicos. Por exemplo, é elemento completante do suporte fático do mútuo a coisa fungível; enquanto que no comodato, ele é a coisa infungível. Dessa forma, podemos diferenciar as duas modalidades de contrato de empréstimo (Nesse sentido MELLO, Marcos Bernardes, op. ult. cit., p. 52). Ainda sobre o tema, Fancesco Galgano leciona, “Los elementos de la identidad, que la analogía presenta, se separan de los elementos de distinción: los primeros son los elementos que definen al género, que es precisamente el negocio jurídico (...); los

qualquer desses elementos, o suporte fático não será suficiente, fazendo com que não haja incidência normativa, impedindo, assim, o ingresso do suporte fático no mundo jurídico.

Existem também os elementos complementares do suporte fático. Eles não são elementos de suficiência do suporte fático, sua ausência não priva a incidência normativa. O suporte fático, onde não haja a presença de um deles, é apto a ser fato jurídico, conquanto viciado ou ineficaz. Os elementos complementares, por dizerem respeito à integridade do suporte fático, e não à sua suficiência, são elementos exclusivos dos atos jurídicos lícitos *lato sensu*. As demais categorias de fatos jurídicos não têm elementos complementares.

Os elementos complementares classificam-se em<sup>19</sup>: a) elemento objetivo: o objeto deve ser lícito, determinado ou, no mínimo, determinável e possível<sup>20</sup>; b) forma da exteriorização da vontade: deve-se obedecer a forma prescrita ou não proibida pela norma; e c) elemento subjetivo: capacidades específicas e legitimações, e, também, a perfeição da exteriorização da vontade, ou seja, a ausência de vícios que a maculem, como o dolo, a coação etc.

Existem, por fim, os chamados elementos integrativos. Eles não compõem o suporte fático de atos jurídicos. São, na verdade, atos jurídicos que se integram tão-somente a outro ato jurídico, de modo a que esse gere determinada eficácia jurídica<sup>21</sup>. Um bom exemplo de elemento integrativo é o lançamento tributário (ato jurídico, comumente chamado de fato impositivo), que se junta ao “fato gerador”, objetivando a constituição do crédito tributário (*rectius*: pretensão).

### 1.3. O preceito.

---

segundos, por el contrario, son utilizados para constituir las diversas especies del mismo género” (*Negocio jurídico*. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 28-29).

<sup>19</sup> Sobre o tema, MELLO, Marcos Bernardes de, op. ult. cit., p. 52.

<sup>20</sup> Sobre as diversas espécies de impossibilidade do objeto, ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112-118.

<sup>21</sup> Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 53.

O outro elemento da norma jurídica é o preceito<sup>22</sup>. Ele é a parte da norma jurídica onde estão dispostos os efeitos jurídicos atribuídos àquele suporte fático que será fato jurídico. Tudo que ocorre no mundo jurídico é consequência jurídica de um fato jurídico. Esse é formado, não custa repetir, pela incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático previamente estabelecido. Não há, dessa forma, qualquer efeito jurídico que não seja a eficácia de um fato jurídico<sup>23</sup>. Por isso, é errado dizer que a lei é fonte de efeitos jurídicos. A lei, mais precisamente a norma, predispõe o efeito jurídico no seu enunciado. Essa predisposição é o preceito normativo, mas o efeito só se dá em concreto como a eficácia de um fato jurídico.

Costuma-se identificar os efeitos jurídicos com a relação jurídica, mais precisamente com o seu conteúdo eficaz: direitos e deveres, pretensões e obrigações etc. Contudo, relação jurídica é apenas uma das espécies de eficácia jurídica, talvez a mais importante. O simples fato de ser alguém no mundo jurídico (ou seja, ser sujeito de direito) já é uma eficácia jurídica atribuída a um fato jurídico, eficácia essa prevista no preceito normativo.

## **2. Notas sobre a incidência jurídica.**

A incidência jurídica ou eficácia normativa<sup>24</sup> dá-se quando existe a coincidência entre o suporte fático abstrato (normativo) e a materialização dele no mundo fático, que se denomina de suporte fático concreto. Havendo-a, esse conjunto de fatos passa a ser denominado de fato jurídico, podendo estar apto ou não a gerar os efeitos jurídicos, que estão previstos no preceito. A incidência tem duas características básicas: a incondicionalidade e a inesgotabilidade.

---

<sup>22</sup> Utiliza-se acima o vocábulo preceito para denominar a parte dispositiva da norma jurídica seguindo a nomenclatura proposta por MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 66.

<sup>23</sup> “Na base de toda relação jurídica, deve estar um fato. Fato jurídico é o acontecimento em virtude do qual as relações de direito nascem e terminam, como o nascimento, a morte, etc.”, CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Atualização de José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2, p. 151.

<sup>24</sup> Deve-se ter bastante cuidado para não se confundir a eficácia normativa, sinônimo de incidência, com a eficácia jurídica, essa é efeito de um fato jurídico.

Pela primeira, se houver a coincidência entre os suportes fáticos abstrato e concreto, haverá incidência<sup>25</sup>. Desse modo, a incidência não depende do querer de ninguém<sup>26</sup>. Não se deve confundir incidência da norma, que se dá de forma incondicional, e a aplicação dela, que é feita pelo operador do direito, notadamente os magistrados<sup>27</sup>. Por isso existe o princípio da inalegabilidade da *ignorantia juris*, pelo qual ninguém pode alegar como excludente de ilicitude a ignorância da norma, porquanto ela já ter incidido na conduta ilícita<sup>28</sup>.

A segunda característica sobre a incidência – a inesgotabilidade – diz que a incidência dar-se-á tantas quantas forem as vezes que houver a coincidência entre os suportes fáticos abstrato e concreto<sup>29</sup>. Sempre que ocorrer a concreção do suporte fático, a norma incidirá.

---

<sup>25</sup> Seguem a tese da incondicionalidade da incidência, além dos multicitados Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 307-308; BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 158. No sentido totalmente oposto, afirmando que para se dar a incidência, deve haver o fato humano que estabeleça a subsunção do fato à norma e promova o que o preceito normativo determina, ficando a incidência, dessa forma, muito próxima da aplicação do direito: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 09; IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 56-62.

<sup>26</sup> Incidência e realidade, contudo, são coisas diversas: “Somente fato cuja ocorrência seja da ciência de alguém, apenas, ou que seja passível de prova pode ser considerado concretizado para os fins de incidência das normas jurídicas. É possível, diante dessa exigência, haver uma incompatibilidade entre a realidade e a concreção do suporte fático, desde que o fato, mesmo acontecido, não poderá ser tratado como integrante de suporte fático concreto, por não ser do conhecimento de alguém. No caso, por exemplo, da morte de uma pessoa durante uma caçada sem que lhe hajam encontrado o corpo, embora materialmente ocorrida, não se pode ser considerada como bastante para compor suportes fáticos que a tenham como elemento”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 83

<sup>27</sup> A incidência é infalível, pois se dá em relação de causalidade, que será mais detalhada alhures. O mesmo, entretanto, não se pode afirmar da aplicação. Como ato humano que é, a aplicação do direito é sempre passível de falha: “A incidência da norma jurídica não erra; o que pode errar – e sói errar a cada momento – é a aplicação. A aplicação erra, exatamente porque a autoridade, ou alguém, que teve de aplicar regra jurídica, não na aplicou tal como incidiu”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. 1, p. 106. Também nesse sentido, BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43-44.

<sup>28</sup> Nesse sentido: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 73; BORGES, José Souto Maior, op. cit., p. 45-46.

<sup>29</sup> Para ocorrer a incidência, a norma deve estar em vigor. Vigência da norma não quer dizer a sua existência no mundo jurídico. Essa acontece quando a norma é promulgada ou, dependendo das espécies, simplesmente publicada, como nas medidas provisórias. A vigência é o atestado que a norma está podendo surtir os seus efeitos normalmente, ou seja, vigência é a possibilidade de a norma surtir efeitos. Uma norma em *vacatio legis*, por exemplo, é existente para o direito, mas não está vigorando. Uma norma viciada, por exemplo, por ser inconstitucional, vigora até que o Pretório Excelso diga, em controle concentrado de constitucionalidade, que ela é inconstitucional. Nesse sentido, vale consultar, MELLO, Marcos Bernardes de, op. ult. cit., p. 77-82.

### 3. O fato jurídico.

Como visto, o fato jurídico, noção fundamental do direito, constitui-se a partir da incidência de uma norma sobre um suporte fático concreto. Ele desenvolve-se em três planos bem distintos. Esse desenvolvimento do fato jurídico é algo fenomênico: o fato é, depois, se é, pode gerar efeitos. Os três planos fenomênicos são: existência, validade e eficácia<sup>30</sup>. Vê-los-emos.

#### 3.1. O plano da existência.

O plano da existência já foi descrito acima. Ele tem a ver com a coincidência dos suportes fático abstrato e concreto, onde se dará a incidência. Lembremos que, para haver a incidência, o suporte fático concreto deve ser suficiente, não lhe faltando nenhum elemento nuclear. Vejamos, agora, algumas divisões do fato jurídico *lato sensu*.

##### 3.1.1. As divisões do fato jurídico *lato sensu*<sup>31</sup>: âmbitos da licitude e ilicitude.

O fato jurídico *lato sensu* é o gênero maior do fato jurídico, é aquele que abarca, indistintamente, todas as suas divisões. A primeira grande divisão dele é a que o divide nos âmbitos da licitude e da ilicitude. Definindo a ilicitude, conseguiremos distinguir essa divisão. O fato jurídico ilícito *lato sensu* ou, simplesmente, fato ilícito *lato sensu* tem dois

---

<sup>30</sup> A adoção do critério tripartite aludido acima está longe de ser unânime na doutrina. Nesse sentido, por todos, “Em meu entender, não se deve modificar a sistemática seguida no Anteprojeto, quanto aos negócios jurídicos, para ajustá-la, rigidamente, à tricotomia *existência-validade-eficácia*”, MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-45. Frise-se, no entanto, que, na nota de rodapé n. 7, o autor afirma que tal divisão é de toda a conveniência. Em sentido oposto, também por todos, “O texto do NCC, em boa parte escoimado dos defeitos do antigo, harmoniza-se com a sistematização científica que distingue três planos – o da existência, o da validade e o da eficácia-, se bem que ausente referência expressa ao primeiro. Não obstante tal silêncio, é intuitivo que para se pôr questão relativa à validade, ou relativa à eficácia, é preciso que nos encontremos diante de negócio jurídico *existente*”, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Invalidez e ineficácia do negócio jurídico*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23, p. 122-123.

<sup>31</sup> Estamos, neste trabalho, completamente de acordo com as divisões do fato jurídico propostas por Pontes de Miranda e seguidas por Marcos Bernardes de Mello. A divisão do fato jurídico *lato sensu*, para eles, usa como critério identificador o elemento cerne do suporte fático: “Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, ‘após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos’, a precisão classificatória, segundo rigorosa aplicação do critério de individuá-lo com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente pela norma”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 112. Sobre as divisões do fato jurídico *vide* MELLO, Marcos Bernardes de, op. ult. cit., p. 105-258.

elementos que caracterizam o cerne do seu suporte fático: um objetivo, que é a contrariedade ao direito<sup>32-33</sup>; e um subjetivo, que é a capacidade do agente praticante da conduta ou a de quem se vincula ao evento ilícito. Essa capacidade denomina-se de imputabilidade<sup>34</sup>. Então, todo ato contrário ao direito, que é praticado por quem tenha imputabilidade, ou todo evento contrário ao direito, vinculante a alguém que tenha imputabilidade, são exemplos de fatos ilícitos. Não se deve confundir, como por vezes é visto, a conduta ou evento danoso com o ilícito. Existe dano sem haver ilicitude, *v. g.*, a caça e a pesca, quando permitidas, podem causar danos, mas não serão consideradas condutas ilícitas. Do mesmo modo, pode haver ilícito sem dano, por exemplo, a exposição à venda de um produto lesivo aos consumidores, sem que esses ainda tenham-no adquirido<sup>35-36</sup>.

No âmbito da licitude, o fato jurídico *lato sensu* é considerado como fato jurídico lícito *lato sensu* ou, simplesmente, fato jurídico *lato sensu*. É assim que o denominaremos.

O fato jurídico *lato sensu* é dividido em fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e ato jurídico *lato sensu*. Vejamos um pouco dessa divisão.

---

<sup>32</sup> Assim, MELLO, Marcos Bernardes de, *op. ult. cit.*, p. 219.

<sup>33</sup> O uso da expressão contrariedade ao direito, e não contrariedade a direito, como mais comumente é utilizado, é devido ao fato de que a contrariedade é ao ordenamento como um todo, e não a uma simples norma jurídica. O uso pioneiro dessa expressão deve-se a BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 75, nota 117.

<sup>34</sup> Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>35</sup> Sobre o tema, o professor Luiz Guilherme Marinoni fala exaustivamente das tutelas dos direitos nos casos em que não há dano. São as tutelas inibitória, que visa prevenir a ocorrência, a repetição ou a continuação de um ilícito, e de remoção do ilícito, que visa à retirada do ilícito já existente e que está produzindo seus efeitos maléficis. Para a concessão dessas tutelas, é totalmente irrelevante a existência ou a possível ocorrência de um dano (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, *et passim*).

<sup>36</sup> Válido pormenorizar, neste rodapé, embora sucintamente, o fato ilícito *lato sensu*. Ele admite, obviamente, divisões. Primeiramente, pode-se dividi-lo em: fatos ilícitos *stricto sensu*, onde não há conduta, e sim um evento ilícito; atos-fatos ilícitos, que são condutas avolitivas ilícitas; por fim, atos ilícitos *stricto sensu*, que são condutas contrárias ao direito volitivas, que, por sua vez, se dividem em absolutos e relativos. Os primeiros são atos contrários a direitos absolutos, podem ser divididos, do mesmo modo, em: ato ilícito cível e ato criminal. Os atos ilícitos relativos são os que afetam a direito relativo, por exemplo, o inadimplemento de uma obrigação contratual. Sobre o tema, ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, *op. cit.*, p. 231 e segs. Outra importante classificação dos ilícitos diz respeito aos efeitos que eles geram. Aqui, o ilícito pode ser indenizante (*v. g.*, as condutas tipificadas no art. 17, CPC), caducificante (*e. g.*, o ilícito processual gerador de uma preclusão), invalidante (por exemplo, os vícios dos atos jurídicos). Sobre o tema, valiosa consulta de: MELLO, Marcos Bernardes de, *op. ult. cit.*, p. 246 e segs; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, *op. cit.*, p. 99-107, ressalte-se que o autor acrescenta a lista posta mais um: o ilícito autorizante.

O fato jurídico *stricto sensu* tem o seu suporte fático formado por um evento natural, onde o direito desconsidera, se houver, a participação de um humano para a concreção do suporte fático. É necessário, no entanto, que ela atinja a esfera jurídica de alguém. São exemplos: a morte, o nascimento, a avulsão, o aluvião, a confusão etc. Para exemplificar, vejamos o caso da morte. O suporte fático da morte é o evento natural de um ser humano perder a vida, não a sua causa (por exemplo, se ela foi fruto de um homicídio). O fato jurídico *stricto sensu* é comumente denominado de fato natural<sup>37</sup>.

O ato-fato jurídico é caracterizado não por um evento natural, mas sim por um agir, uma conduta de alguém. A questão é que nele o elemento volitivo (vontade) não importa para qualificar o suporte fático, ele pode até mesmo nem existir. Desse modo, quando a conduta (ato humano) é praticada, o ato ingressa no mundo jurídico como um fato, gerando, de plano, os seus efeitos. Existem três divisões do ato-fato jurídico. Primeiro, os chamados atos reais: são condutas, nas quais a vontade do praticante não é levada em conta para obtenção dos seus efeitos. Geralmente são irremovíveis, alteram completamente a situação fática, *e. g.*, um louco que pinta um quadro, a caça, a pesca, a ocupação, o pagamento<sup>38</sup>. Depois, os atos-fatos caducificantes: são condutas que estão aptas a extinguirem direitos ou encobrirem os efeitos de uma pretensão ou de uma ação, por exemplo, a decadência, a prescrição e a preclusão temporal. O suporte fático desses atos-fatos é complexo, sendo formado pela inércia do interessado e pelo transcurso do tempo para o exercício da situação jurídica. Existem, por fim, os atos-fatos indenizativos: são condutas avolitivas ou com a vontade sendo irrelevante para qualificação do suporte fático, que, embora lícitas, geram um dano, que é passível de ser indenizado.

Eis, enfim, a mais importante divisão do fato jurídico *lato sensu*: o ato jurídico *lato sensu*. Ele é uma conduta, um agir de um sujeito de direito, que tem na vontade o

---

<sup>37</sup> Assim, por todos, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 189.

<sup>38</sup> A natureza jurídica do pagamento é questão controversa na doutrina. De acordo com Pontes de Miranda, ele é um ato-fato jurídico: “Não há plano de *validade* para o pagamento, ou adimplemento: adimplemento é, ou não é (plano da existência); adimplemento produz efeito, ou não produz (plano da eficácia); Pode ser nulo ou anulável, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, ‘com que’ se adimple, não o adimplemento, que é ato-fato jurídico: houve, ou não houve; ou surte efeitos, ou não surte” (*Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 24, p. 82). Em sentido oposto, afirmando tratar-se de ato jurídico, por todos: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 111-112, frise-se que o autor baiano não faz referência ao ato-fato jurídico em sua obra; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2, p. 116.



elemento cerne do seu suporte fático. Os atos jurídicos são, portanto, condutas volitivas. Todos os fatos jurídicos lícitos praticados por sujeitos de direito de acordo com a sua vontade são atos jurídicos *lato sensu*, sejam atos cíveis, administrativos, tributários, processuais etc. Nessa espécie de fato jurídico, a vontade precisa ser exteriorizada, necessita de ser conhecida por outrem<sup>39</sup>. Ela pode ser exteriorizada de duas formas: por manifestação e por declaração<sup>40</sup>. A manifestação é o modo mais comedido de exteriorização da vontade, por exemplo, jogar algo fora. Enquanto que a declaração é uma exteriorização qualificada, em vez de só se jogar algo fora, comunica-se a outros que se vai fazê-lo<sup>41</sup>. Ambas são formas<sup>42</sup> de exteriorizar a vontade, compõem o elemento nuclear completante do suporte fático, não o seu elemento cerne, que é composto pela vontade. Porém, por comporem o elemento completante, são necessárias à existência do ato jurídico, necessárias à concreção do suporte fático. A ausência delas leva à insuficiência do suporte fático, fazendo com que não ocorra incidência. Por fim, para o ato jurídico existir, é necessário que, no seu suporte fático, tenha um bem da vida, que, depois da incidência, será objeto de direito.

O ato jurídico *lato sensu*, como o próprio nome alude, tem divisões, que são: o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico<sup>43</sup>. Para se distinguir nitidamente um do outro, deve-se observar um fator determinante. É cediço que ambos, pelo fato de serem atos jurídicos, têm a vontade como o elemento cerne do seu suporte fático. Ocorre que essa vontade pode ser, em alguns casos, auto-regrada. A diferença reside nisso: no auto-

---

<sup>39</sup> “Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de ato jurídico. A necessidade de que o elemento volitivo da conduta seja conhecido das pessoas constitui imperativo de ordem prática, vivencial, que o direito incorpora. A vontade que permanece interna, como acontece com *a reserva mental*, não serve à composição de suporte fático do ato jurídico, pois que de difícil, senão impossível, apuração”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 139.

<sup>40</sup> Desse modo, pode-se dizer que a forma (manifestada ou declarada) é essencial ao ato jurídico: “A vontade, reiteradamente dissemos, só adquire relevância jurídica, só penetra na esfera do direito, quando assume uma forma exterior, isto é, quando se manifesta, ou declara”, RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 175.

<sup>41</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 139. A seu turno, Antônio Junqueira Azevedo afirma ser a declaração de vontade uma manifestação qualificada (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17).

<sup>42</sup> A forma como já dissemos é necessária à existência do ato. O que tange à validade dele é a formalidade, do tipo: necessidade de instrumento público. Apenas alguns atos jurídicos têm a formalidade como elemento de sua existência, como é o caso de algumas modalidades de testamento.

<sup>43</sup> Existe a possibilidade de haver a existência de atos mistos formados por um ato jurídico *stricto sensu* e um negócio jurídico. Sobre o tema, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 151.

regramento da vontade. O ato jurídico *stricto sensu* não permite um maior auto-regramento da vontade, ela já vem expressa na norma. O praticante do ato, por exemplo, não pode escolher a categoria jurídica, seus efeitos já são previamente estabelecidos<sup>44</sup>. Por isso, chama-se o ato jurídico *stricto sensu* de ato não negocial<sup>45</sup>. No negócio jurídico ocorre o contrário, o poder de auto-regrar a vontade é-lhe inerente. A norma abre espaço para a escolha da categoria jurídica<sup>46</sup>, de modo que o negociante tem margem para delimitar o conteúdo eficaz da situação jurídica que surgirá do negócio jurídico a ser realizado. O negócio jurídico exige uma análise muito aprofundada, não a faremos, não é o objeto deste trabalho<sup>47</sup>.

Válido falar, por fim, dos atos complexos<sup>48</sup>. Os atos complexos são atos jurídicos<sup>49</sup> formados por uma série de atos para a consecução de um ato final. Esse ato final é o resultado do ato complexo, os atos que o precedem condicionam-no. A ausência ou defeito deles, dependendo do sistema de invalidades de cada sistema jurídico, leva à invalidade ou à ineficácia do ato final. O ato complexo é um ato de formação sucessiva.

<sup>44</sup> “No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação de escolha e de escolhido”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 447.

<sup>45</sup> Assim, por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 3; ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 300; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148, p. 301.

<sup>46</sup> “Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 184.

<sup>47</sup> Sobre a classificação dos negócios jurídicos, por todos: BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 137-229; TUHR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, t. 1, p. 101 e segs; GALGANO, Francesco, op. cit., *passim*; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, op. cit., t. 3, *passim*; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 161-216; ABREU FILHO, José, op. cit., p. 65-100.

<sup>48</sup> Há quem fale na existência de atos compostos, que se diferenciam dos atos complexos. A distinção entre eles é feita, em regra, pelo administrativistas: “Finalmente, ato administrativo composto é o que exige a manifestação de vontade de um único órgão para se tornar eficaz, mas depende de manifestação de vontade de outro órgão para se tornar exequível”, MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 112.

<sup>49</sup> Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 155.

Defende-se, aqui, que o procedimento é um ato complexo<sup>50</sup>, eis que ele é formado por uma série de atos logicamente concatenados, objetivando a prolação de um ato final, que é seu objetivo. Como essa série de atos forma um todo único, não parece restar dúvida de que o procedimento é um ato complexo<sup>51</sup>.

### 3.2. O plano da validade.

Ultrapassado o plano da existência, o fato jurídico submeter-se-á aos outros planos fenomênicos: validade e eficácia. O plano da validade é o plano da perfeição do suporte fático. É nele que se verifica se o suporte fático entrou no mundo jurídico de forma perfeita, ou seja, se ele preencheu todos os requisitos normativos estabelecidos.

Mas o plano da validade não é necessariamente o segundo plano lógico do mundo jurídico, pois há fatos jurídicos que passam direto para o plano da eficácia. E mais, o plano da validade é exclusivo dos atos jurídicos lícitos *lato sensu*, só eles é que se submetem ao plano da perfeição do suporte fático. Não se pode dizer que os fatos jurídicos *stricto sensu*, como a morte, são defeituosos; do mesmo modo, não se pode considerar problemático um ato-fato jurídico, como a preclusão; e, igualmente, seria esdrúxulo falar em um fato ilícito defeituoso, e em qualquer de suas divisões, por exemplo, o crime foi praticado, mas de forma defeituosa! Afora os atos jurídicos *lato sensu*, todas as outras modalidades do fato jurídico entram no mundo jurídico diretamente para o plano dos efeitos. E, mesmo em se tratando dos fatos jurídicos volitivos, há exceções à regra prioritária do plano da validade, pois há atos jurídicos que, ao ingressarem no mundo do direito, vão direto para o plano da eficácia. É o caso dos atos com defeitos causadores de sua anulabilidade, todo ato anulável é plenamente eficaz até que seja anulado.

Há dois tipos de atos débeis: os atos anuláveis e os atos nulos. Os atos anuláveis, como dissemos, entram no mundo jurídico diretamente para o plano da eficácia. O seu defeito não é razão para que ele não surta efeitos. Os atos nulos não. Embora seja

---

<sup>50</sup> Essa idéia será aprofundada no terceiro capítulo deste trabalho. Ela é imprescindível para o correto entendimento dos “pressupostos processuais”.

<sup>51</sup> Entendendo dessa forma: CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, s/a, v.1, p. 420; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83. Em sentido oposto, afirmando que o procedimento não é um ato-complexo, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 447.

incorreto conceituá-los como simplesmente não produtores de efeito<sup>52</sup>, eles têm uma mácula em sua natureza tão grave que não lhes permite gerar efeitos jurídicos<sup>53</sup>, ao menos seu efeito principal<sup>54</sup>.

Referendemos neste trabalho o entendimento doutrinário que distingue a invalidade do defeito. O ato jurídico entra no mundo jurídico viciado, não entra nulo ou anulado. A invalidade se caracteriza como a sanção aplicada ao ato defeituoso<sup>55</sup>. Uma coisa é o defeito; outra, a sanção a ele aplicada, por exemplo, a coação é o defeito do negócio jurídico, enquanto a anulabilidade é a sanção.

---

<sup>52</sup> “O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico: também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico *anulável*. Nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico), não há distingui-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade. Se disséssemos que aquele não existe, confundi-lo-íamos com o inexistente; se dissemos que é nulo é o que não tem efeitos, transplantaríamos ao plano da eficácia problema que só há de ser posto e resolvido no plano da validade”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 4. 86.

<sup>53</sup> Há atos nulos que produzem efeitos jurídicos, tais como: o casamento putativo - matrimônio nulo-, mas que realizado em boa fé dos cônjuges; a lei inconstitucional é considerada nula, mas produtora de efeitos até que seja desconstituída. Para os que defendem que no processo existem nulidades e anulabilidades, todo ato processual nulo produz seus efeitos até que seja aplicada a sanção nulificante.

<sup>54</sup> “Há efeitos jurídicos mínimos que decorrem do ato nulo, mesmo em caso de ineficácia quanto aos seus efeitos finais próprios. Esses efeitos mínimos são diferentes dos específicos do ato jurídico, mas dele resultam, como se verifica, por exemplo, em relação ao comprador em contrato de compra-e-venda nulo (exceto se a nulidade decorre de ilicitude do objeto) que é considerado possuidor de boa fé quanto aos bens ‘comprados’”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 226.

<sup>55</sup> Não é pacífico na doutrina que a invalidade é uma sanção. A título de exemplificação, citamos alguns autores que defendem o ora exposto: MAZEAUD, Henri, Leon et Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1976, v. 1, p. 518; PICAZO, Luis Díez; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, v. 1, p. 533-535; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 4, p. 137-138; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 523-524; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 07; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 96; DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989, p. 22; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 12; FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 116; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, op. cit., p. 104-106; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17. Podemos visualizar essa característica da invalidade já em Pimenta Bueno, senão vejamos, “Nullidade é a invalidade, a improcedencia do acto, ou termo; a falta de força ou valor, que impede, que elle produza effeito. É a consequencia do vicio que o acto encena, da infracção da lei, ou por que não observou a fôrma ou solemnidades por ella prescriptas, ou porque violou algum outro preceito seu: é também a pena imposta a infração (*Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858, p. 02). Em sentido semelhante, afirmando que a nulidade é uma sanção de vontade do legislador, Martinho Garcez, “Sendo a nulidade acto legitimo do legislador, porque ella é a sanção da sua vontade” (*Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896, p. 12).

Quando se aplica a sanção ao ato defeituoso (= viciado), ela retira-o do mundo jurídico, desconstituindo-o. Como, em regra, o ato nulo não é apto a produzir seus efeitos próprios, não é necessário desconstituí-lo jurisdicionalmente ou administrativamente<sup>56</sup>. Isso não se pode dizer dos atos anuláveis, pois para esses a desconstituição, além de retirá-los do mundo jurídico, destrói os seus efeitos. Em direito material, notadamente no direito privado, a invalidade é o gênero, do qual são espécies a nulidade e a anulabilidade, a primeira é a sanção aplicada ao ato nulo; a segunda, ao ato anulável. No direito processual, veremos que essa distinção não tem sentido.

Sem nos aprofundarmos muito no tema, podemos dizer, ao menos em regra, que o ato nulo, além de não produzir os seus efeitos principais, não pode ser convalidado e sanado, contra ele não correm prazos de ordem “prescricional<sup>57</sup>” e pode ser conhecido de ofício pelo juiz; já o ato anulável, além de produzir efeitos normalmente, convalida-se com o transcurso do tempo, tem prazo para ser argüido de natureza decadencial, e o juiz não pode conhecê-lo de ofício<sup>58</sup>.

Necessário agora é fazer uma diferenciação entre sanação e convalidação dos defeitos dos atos jurídicos. A convalidação ocorre por um ato-fato jurídico caducificante, como a preclusão e a decadência; enquanto a sanação ocorre pela confirmação ou repetição do ato, que são atos jurídicos<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Há atos jurídicos nulos que necessitam ser desconstituídos, são aqueles sujeitos a registro como o casamento. Os atos processuais nulos, muito pelo fato de produzirem todos seus efeitos, precisam ser desconstituídos. Se, por ventura, uma das partes de um contrato nulo, por exemplo, exige o seu cumprimento, a parte prejudicada pode entrar com uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica ou exercer a ação de nulidade do referido contrato, que tem natureza constitutiva negativa.

<sup>57</sup> A prescrição não se relaciona com as ações constitutivas, como a ação de nulidade, que é uma ação constitutiva negativa. Quem se relaciona com as ações constitutivas é a decadência, que é a perda do direito potestativo – direito de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas. Na verdade, a prescrição é relacionada com as ações de prestação (condenatória, mandamental e executiva). A prescrição é o encobrimento dos efeitos da pretensão, e também da ação de direito material. Sobre a diferença entre prescrição e decadência é imprescindível a leitura de AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição e decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, n. 744, p. 725-750.

<sup>58</sup> Toda essa diferenciação entre os atos nulos e anuláveis é questão relativa ao direito positivo. Desse modo, não se sustenta a qualquer alteração feita nele. Por isso não se pode usá-la como critério científico. A classificação feita acima serve tão-somente para retratar a situação positiva vigente. Já adiantando, no próximo capítulo, vamos falar sobre a diferença entre os conceitos lógico-jurídicos, jurídicos positivos e da Teoria Geral do Direito.

<sup>59</sup> No caso da sanação é necessário tecer melhores comentários neste rodapé. Já dissemos linhas atrás que o ato nulo é insanável, não é bem assim, ao menos, ao todo. O ato nulo pode ser repetido, ou seja, pode ser praticado novamente com a correção do problema (= defeito). Ocorre que isso faz com que, na verdade, outro ato jurídico, distinto do anterior defeituoso, seja praticado. Desse modo, trata-se de outro ato jurídico,

### 3.3. O plano da eficácia.

O plano da eficácia diz respeito aos efeitos do fato jurídico. Todos os efeitos, desde o mínimo, até a mais complexa relação jurídica. É nele que estão inclusos os direitos, pretensões, ações e exceções, e seus respectivos antagonismos: os deveres, obrigações, situações do acionado e situações do excepto. Vejamo-lo.

#### 3.3.1. Relações de determinação: causalidade e condicionalidade<sup>60</sup>.

O mundo é regido por uma relação de determinação: algo só pode surgir de outro que lhe deu vida. Nunca algo pode surgir dele mesmo<sup>61</sup>, ou seja, dada uma causa, surge um efeito pretendido.

A causalidade é um caso particular do princípio da determinação. Ela é aplicada sempre que uma relação se realize de forma constante e unívoca: ocorrendo *x*, deverá sempre surgir *y*. O princípio da causalidade atua em todos os ramos do conhecimento científico<sup>62</sup>, inclusive no direito.

Desse modo, a incidência do suporte fático abstrato sobre o suporte fático concreto é uma relação de causalidade (ou melhor, causalidade normativa<sup>63</sup>), pois,

não de correção do anterior (Nesse sentido, NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 230-231). A sanção propriamente dita é característica dos atos anuláveis, pois esses, para terem corrigido o seu defeito, basta com que a parte que poderia argüi-lo despreze-o e confirme a integridade do ato jurídico. Não vemos grandes problemas de tratar a repetição como modo de sanção dos atos jurídicos, mas devemos deixar explícito as diferenças existentes entre ela e a confirmação.

<sup>60</sup> Sobre o tema, amplamente, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-26.

<sup>61</sup> “A causalidade não é uma relação específica, quer dizer, restringida a este ou àquele domínio de objetos. É um gênero de determinação que, em princípio, pode valer para todo o vasto domínio de objetos reais – para todo o domínio do fático, excluindo-se, então, os objetos abstratos ou reais (a área dos objetos lógicos e dos objetos matemáticos). O que se acha em um ponto do tempo e do espaço, como estado, início ou mudança de estado, em estática ou em transformação, existindo ou vindo a existir, não é autodeterminado, como causa-de-si-mesmo. Sendo causa-de-si-mesmo, seria a um tempo causa e efeito, o que destruiria a polaridade relacional dos dois termos”, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 27-28.

<sup>62</sup> O princípio da causalidade ganhou destaque no século XVII com a física clássica ou newtoniana. Contudo, a partir da introdução da mecânica quântica, na aurora do século XX, ele passou a ser questionado, notadamente com o chamado princípio da incerteza de Werner Heisenberg. Por ele, as transformações no mundo subatômico ou no macrocosmo não poderiam ocorrer com um grau absoluto de infalibilidade (constância e univocidade), tudo ficaria resumido à uma certa probabilidade: surgia o princípio da indeterminação.

<sup>63</sup> “Há, assim, uma relação de causalidade em que a incidência da norma jurídica constitui a causa e o fato jurídico o efeito, donde não haver impropriedade em afirmar que há um princípio da causalidade normativa”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*, op. cit., p. 23-24.

sempre que ocorrer no mundo fático aquele fato ou conjunto de fatos previamente descritos na norma, haverá a incidência dela sobre eles.

De outro modo, não ocorre com a eficácia de um fato jurídico. Essa se dá numa relação de condicionalidade, pois, apesar de os efeitos jurídicos sempre surgirem de um fato jurídico (relação de determinação), não é de modo infalível<sup>64</sup> (dado o fato ocorre o efeito: constância e univocidade)<sup>65</sup>.

### **3.3.2. As situações jurídicas.**

Antes de adentrarmos no estudo das situações jurídicas, precisamos observar um conceito essencial: o de esfera jurídica. Esfera jurídica é o conjunto de situações jurídicas de um sujeito de direito, formado não só pelas coisas (bens corpóreos, onde está o direito real de domínio), mas também pelos bens imateriais (incorpóreos), os direitos de crédito (promessas de prestação) e, finalmente, as qualidades, qualificações e os direitos sem estimação econômica<sup>66</sup>.

#### **3.3.2.1. Síntese de algumas noções sobre as situações jurídicas.**

O vocábulo situação jurídica é deveras utilizado na doutrina. Todavia, não há uma uniformidade em seu emprego. Como se trata do núcleo desta dissertação (o cerne do trabalho é o estudo da capacidade postulatória como uma situação processual simples), deve-se, neste capítulo introdutório, fazer breves alusões a algumas noções nas quais o

---

<sup>64</sup> Por exemplo, o suporte fático pode entrar no mundo jurídico com um vício em sua estrutura tão grave (causa de nulidade) que impeça o ato jurídico, gerado pela incidência, produzir seus efeitos estabelecidos no preceito normativo.

<sup>65</sup> “Conforme demonstrado antes, apesar de a eficácia jurídica ser a finalidade última e a razão do ser do fato jurídico, em face de sua natureza ou de condições que lhe são estranhas, é suscetível de não irradiar-se (testamentos, negócios jurídicos sob condição suspensiva, negócios jurídicos nulos, por exemplo). Falta, portanto, à relação *fato jurídico R eficácia jurídica* univocidade e constância, o que é bastante para descaracterizar a relação como de causalidade; define-se ela ao invés como de probabilidade. Não há como negar, porém, a presença de relação de determinação, pois a eficácia jurídica somente pode resultar, necessariamente, de um fato jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes, op. ult. cit., p. 24).

<sup>66</sup> Marcos Bernardes de Mello, em seu livro sobre o plano da eficácia, multicitado neste trabalho, elabora uma circunferência continente de outras três circunferências, utilizando, correta e didaticamente, a lógica da teoria dos conjuntos preconizada por Georg Cantor. A circunferência total é a esfera jurídica. As outras se dividem na ordem dos direitos que estabelecemos acima (*Teoria do fato jurídico*: plano de eficácia, op. cit., p. 75-76). Sobre a teoria dos conjuntos de Georg Cantor, ver IEZZI, Gelson; MURAKAMI, Carlos. *Fundamentos de matemática elementar*: conjuntos e funções. 6. ed. São Paulo: Atual, 1985, p. 17-38.

vocábulo em comento é empregado. Ressaltando, desde já, que o rol infra-transcrito é, como todos os demais trazidos neste trabalho, meramente exemplificativo.

Atribui-se, de modo pioneiro, a Léon Duguit a utilização da expressão situação jurídica<sup>67</sup>. Para o jurista francês, a noção de situação jurídica serviria para substituir às de relação jurídica e direito subjetivo. A razão residiria no fato de que a primeira era uma construção do individualismo, que precisava ser combatido; enquanto o segundo seria mera metafísica<sup>68</sup>. Outro pioneiro foi Gaston Jèze, que dividiu as situações jurídicas em subjetiva ou individual e objetiva ou legal<sup>69</sup>. Deve-se falar, igualmente, da idéia de Julien Bonnecase, pela qual as situações jurídicas podem ser concretas e abstratas. Partindo da idéia de instituição de Maurice Hauriou, o referido autor francês define as segundas como a maneira de ser de cada sujeito respectivamente a uma instituição jurídica determinada<sup>70</sup>. Ainda na França, Paul Roubier, rejeitando a tese de Bonnecase, não admitiu a idéia de que as situações jurídicas ocorrem em abstrato, sustentando que abstrata é a normatização delas. As situações jurídicas, desse modo, só poderiam surgir de fatos jurídicos<sup>71-72</sup>.

Na Alemanha, Josef Köhler<sup>73</sup> definiu situação jurídica como uma etapa prévia na formação de um direito subjetivo<sup>74</sup>. A capacidade de agir e a legitimação para dispor são, segundo ele, exemplos de situações jurídicas<sup>75</sup>. Outro Alemão que se notabilizou no uso

<sup>67</sup> Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes, op. ult. cit., p. 78, nota 132.

<sup>68</sup> É o que afirma GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 86.

<sup>69</sup> Sobre o dito, ver GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 131.

<sup>70</sup> BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho*. Trad. Jorge Guerrero. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 49-50.

<sup>71</sup> “ROUBIER rejeitou a proposta de BONNECASE, entendendo que não era possível falar-se em situações jurídicas abstratas, que são apenas complexos normativos. Somente o ato jurídico é susceptível de criar situação jurídica. As fontes genéticas do Direito criam as normas, e estas definem os atos que dão nascimento às situações legais, mas não são em si mesmas essas situações”, GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit., p. 85-89.

<sup>72</sup> Acertadamente lecionou Roubier, inclusive, em sua crítica a Bonnecase. O que é abstrato é o preceito, visto alhures. As situações jurídicas, como veremos doravante, estão no plano da eficácia, logo, só podem ser efeitos dos fatos jurídicos.

<sup>73</sup> José Carlos Barbosa Moreira atribui a Köhler a introdução do conceito de situação jurídica na ciência processual (A nova definição de sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 39, p. 83).

<sup>74</sup> “Por situação jurídica entendia Kohler as situações que não se compreendiam na categoria típica e clássica do direito subjetivo, mas, a seu ver, significavam um elemento ou etapa no nascimento e desenvolvimento desse direito”, CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 54.

<sup>75</sup> “Que este concepto [situação jurídica] abarca las cosas más diferentes resulta de los propios ejemplos de KOHLER. Son situaciones jurídicas: la capacidad de obrar (cualidad jurídica), el poder de representación (...), la capacidad de disponer (...), la circunstancia de que alguno esté nombrado heredero en el testamento



da expressão em comento foi James Goldschmidt. Em 1925, o professor berlinense publicou sua obra “*Der Prozess als Rechtslage*”<sup>76</sup>, para combater a tese reinante da relação processual de Oskar Bülow. Goldschmidt, que atribui a Köhler a idéia de situação jurídica<sup>77</sup>, a define como algo especificamente processual<sup>78</sup>. Na verdade, a situação jurídica para Goldschmidt resume-se a perspectiva de vitória, a expectativa de um provimento favorável<sup>79</sup>.

Na Itália, Francesco Carnelutti também utilizou a expressão situação jurídica. Para ele, “o poder e o dever constituem cada um de per si uma situação, sem necessidade de figurarem juntos”<sup>80</sup>. Logo após, afirma que o poder ou dever bastam para formar uma situação jurídica, e o conceito dessa não é equivalente ao de relação jurídica<sup>81</sup>. Outro jurista peninsular, Emílio Betti, define as situações jurídicas, em primeiro lugar, como categorias normativas<sup>82</sup>, que, de certa forma, se assemelham ao que denominamos de preceito normativo. Depois, volta a referir-se à expressão em comento, afirmando que a norma incide sobre situações preexistentes e transforma-as numa situação nova<sup>83</sup>. Por fim, compara as situações jurídicas às relações jurídicas, aludindo que, entre elas, o que existe não é nada mais do que uma diferença de especificação e caracterização<sup>84</sup>.

Vejamos, agora, alguns autores de língua portuguesa.

---

de una persona aun viva”, ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, v. 1, t. 1, p. 314-315, nota 3. O texto entre colchetes é nosso.

<sup>76</sup> “O processo como situação jurídica”, em tradução livre.

<sup>77</sup> Cf. GOLDSCHIMDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 55.

<sup>78</sup> Idem, p. 56.

<sup>79</sup> No sentido do defendido, ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 21). No terceiro capítulo, aprofundaremos a crítica à teoria do processo como situação jurídica.

<sup>80</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 2006, 283.

<sup>81</sup> Idem, p. 283. Para o jurista italiano, o que caracteriza a relação jurídica é correlação necessária entre o poder e o dever e cada uma de suas espécies (Idem, p. 281).

<sup>82</sup> “La norma jurídica, considerada en su estructura lógica, consta de una previsión y de una disposición correlativa. Ella prevé, en abstracto y en general, hipótesis de hecho clasificadas por tipos, y orientadas así en las directrices de una valoración jurídica -hipótesis que, en términos técnicos, se denominan supuestos de hecho (<fattispecie>)-, les atribuye, en calidad de <efectos>, situaciones jurídicas correspondientes”, BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Trad. A. Martín Perez. 2. ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 4.

<sup>83</sup> “El esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simples, se obtiene mostrándolo como un hecho dotado de ciertos requisitos, presupuestos por la norma, que incide en una *situación preexistente (inicial)* y la transforma en una *situación nueva (final)*”, BETTI, Emílio, op. ult. cit., p. 6.

<sup>84</sup> “Entre situación y relación jurídica no existe más que una diferencia de especificación y caracterización”, Idem, p. 9.

José de Oliveira Ascensão, de início, equipara a noção de situação jurídica à de relação jurídica (afirmando que essa é a acepção técnica mais corrente), depois, afirma que as regras se concretizam em situações jurídicas<sup>85</sup>. Paula Costa e Silva, por sua vez, fala em situações adjetivas que são de três tipos: direitos, ônus e deveres<sup>86</sup>. Vicente Ráo, a seu turno, afirma que as situações jurídicas são conseqüências dos direitos subjetivos, são criadas por eles<sup>87</sup>. Orlando Gomes, igualmente, trata das situações jurídicas. Define-as como um gênero do qual a relação jurídica é espécie. Afirma não só que o fato de que alguém estar obrigado a pagar determinada quantia é situação jurídica, como também o é o estado de cônjuge. No primeiro caso, estamos diante de uma relação jurídica<sup>88</sup>.

Finalizando, uma definição bem interessante de situação jurídica é a de Torquato Castro, monografista do tema. Para o autor pernambucano, a situação jurídica pode ser definida como um *concretum* situacional, consistente numa disposição normativa, ligando determinados objetos a um sujeito ou sujeitos individuados. Assim, sujeito só será aquele que estiver referido ou posicionado a um objeto, ocupando, por isso, uma posição. Prossegue afirmando que a situação jurídica se instaura de uma situação de fato (o fato jurídico: dando uma idéia, a nosso ver, de relação de determinação), traduzida na posição de um sujeito concreto em face de um objeto, que é definida como uma *res*, que, por sua vez, é compreendida como tudo que possa ser objeto de direito<sup>89</sup>.

Feita essa síntese de algumas noções do vocábulo situação jurídica, é hora de definirmos com qual conceito iremos trabalhar.

Defendemos não só a conceituação, bem como a classificação, das situações jurídicas proposta pelo professor Marcos Bernardes de Mello. Isso é devido ao fato de que a sistematização proposta pelo professor alagoano consegue explicar de forma simples e precisa, embora sem perder em cientificidade, as diversas conseqüências

---

<sup>85</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7-8

<sup>86</sup> SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 769

<sup>87</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1978, v. 2, t. 2, p. 272

<sup>88</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 123. A idéia do jurista baiano se aproxima muito com a defendida nesta dissertação.

<sup>89</sup> CASTRO, Torquato, op. cit., p. 50-51.

jurídicas existentes no mundo do direito. Consegue, outrossim, definir e classificar as capacidades (componente central deste trabalho) como situações jurídicas.

Assim, pode-se conceituar situação jurídica como toda eficácia de um fato jurídico, como os efeitos jurídicos, como as conseqüências jurídicas. Não só é situação jurídica o simples fato de ser sujeito de direito, como também o é a relação processual, que é uma relação das mais complexas<sup>90</sup>.

Passemos à classificação das situações jurídicas.

### 3.3.2.2. As situações jurídicas simples ou unissubjetivas.

As situações jurídicas unissubjetivas têm esse nome, pois só atingem a esfera jurídica de um único sujeito de direito. Elas conferem qualidades e qualificações no mundo jurídico aos seus titulares.

As qualidades são situações jurídicas atribuídas a alguém, como ser sujeito de direito, ter capacidade jurídica, ser pessoa. Elas são protegidas por direito subjetivo, portanto há direito subjetivo a elas<sup>91</sup>. Enfim, são como se fossem pontos no mundo jurídico<sup>92</sup>. Já as qualificações são estados das pessoas, que podem ser meramente fáticos, como ser solteiro, louco etc.; ou decorrentes de efeitos jurídicos, como ser casado, interditado, falido etc. Elas servem para compor suportes fáticos de determinados fatos jurídicos. Não existe direito subjetivo às qualificações, mas seus titulares podem se valer de ação ou exceção para o seu reconhecimento<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Nas palavras do professor alagoano, “Em nosso entendimento, *situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer conseqüência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica. (a) *Lato sensu*, portanto, relação jurídica constitui *espécie*, a mais importante, do *gênero* situação jurídica; (b) *stricto sensu*, situação jurídica e relação jurídica são espécies diferentes de eficácia jurídica”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte, op. cit., p. 78-79.

<sup>91</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, op. cit., t. 1, p. 158.

<sup>92</sup> A idéia de ponto acima descrita tem haver com porção mínima. Guarda, de certo modo, semelhança com a noção de ponto na geometria euclidiana: por um ponto (porção mínima) passam infinitas retas, cada uma divide um plano em dois; por cada reta passam infinitos planos, que dividem o espaço (porção máxima) em dois.

<sup>93</sup> Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*, op. cit., p. 88, nota 149.

As características das situações jurídicas simples são: referibilidade, oponibilidade *erga omnes* e impositividade. Referibilidade, pois só atingem uma determinada esfera jurídica (unissubjetividade). Oponibilidade *erga omnes*, porquanto podem ser oponíveis a qualquer um, de modo que todos têm o dever de respeitar a qualidade ou qualificação de quem a tenha, sob pena de, não o fazendo, o titular delas possa impô-la (impositividade) via ação.

Analisaremos, no próximo capítulo, uma das mais importantes situações jurídicas simples: a capacidade jurídica.

### **3.3.2.3. As situações jurídicas complexas (intersubjetivas) unilaterais.**

Ao contrário das situações jurídicas simples, existem situações jurídicas que dizem respeito a mais de uma esfera jurídica (intersubjetividade), conquanto essas esferas ainda não se vinculem. É o que ocorre com a eficácia jurídica de certos negócios jurídicos unilaterais, como a oferta. Quando um sujeito de direito propõe uma oferta, ele entra num estado de vinculação ou vinculabilidade<sup>94</sup> em relação ao destinatário dela. Surgem da oferta duas situações jurídicas intersubjetivas unilaterais: a vinculação ou vinculabilidade e o direito formativo gerador<sup>95</sup> do destinatário da oferta. A oferta por si não é suscetível de gerar uma relação jurídica, essa só vem a existir, quando o destinatário dela exerce, através da aceitação, o seu direito formativo gerador. A junção da vinculação (ou vinculabilidade) com o direito formativo gerador forma o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que pode gerar uma relação jurídica.

Não existe a correspectividade entre direitos e deveres (característica das relações jurídicas) nas situações jurídicas complexas unilaterais. Ninguém tem um dever pelo fato de ter ofertado. Quando se oferta, fica-se tão-somente num estado de vinculação ou, no mínimo, de vinculabilidade. Muito menos, tem o destinatário da oferta o direito de cobrar

---

<sup>94</sup> A diferença básica entre vinculação e vinculabilidade reside no fato de que, na primeira, não há possibilidade de revogação, o que é possível na segunda. A vinculabilidade sempre constitui uma situação jurídica complexa unilateral, a vinculação pode, no entanto, constituir o conteúdo eficaz de uma relação jurídica, como nos casos de direitos expectativos, decorrentes de uma condição suspensiva. Sobre o dito ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte, op. cit., p. 164.

<sup>95</sup> Direito formativo é o que se entende por direito potestativo, ou seja, o direito de criar (gerador), extinguir (extintivo) ou modificar (modificativo) uma situação jurídica.

do ofertante. O que ele tem é o direito formativo (efeito da oferta), que, se exercido, poderá formar uma relação jurídica<sup>96</sup>.

#### **3.3.2.4. As situações jurídicas complexas bilaterais ou relações jurídicas.**

Como visto, qualquer eficácia jurídica tem que atingir a esfera jurídica de alguém. As situações jurídicas simples só atingem uma esfera jurídica. Já as situações jurídicas complexas unilaterais atingem mais de uma esfera jurídica, contudo não as entrelaçam.

No entanto, existem situações jurídicas que atingem mais de uma esfera jurídica e vinculam-nas, constituindo, dessa forma, o módulo mais complexo das situações jurídicas. Elas são as situações jurídicas complexas bilaterais ou, simplesmente, relações jurídicas.

Relação, de um modo geral, é o modo de ser de um objeto com outro<sup>97</sup>. Sabemos que a relação jurídica vincula mais de uma esfera jurídica, ou seja, une as esferas jurídicas de, pelo menos, dois sujeitos de direito. Podemos estabelecer, portanto, que relação jurídica é a posição de um sujeito de direito perante outro no mundo jurídico<sup>98</sup>.

As relações jurídicas são norteadas por princípios.

O primeiro princípio é o da intersubjetividade. Por esse, as relações jurídicas têm que ser formadas por, pelo menos, mais de um sujeito de direito<sup>99</sup>. Quando alguém oferta, cria-se uma vinculação ou vinculabilidade (conteúdos eficaciais de uma situação jurídica complexa unilateral); quando outrem aceita essa oferta, exercitando seu direito

---

<sup>96</sup> Se o destinatário da oferta fizer uma proposta de alteração dela, ele estará realizando outra oferta hábil a gerar outra vinculação ou vinculabilidade e outro direito formativo gerador, portanto mais duas situações jurídicas complexas unilaterais.

<sup>97</sup> Idem, p. 168.

<sup>98</sup> “Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (ou sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974, v. 1, p. 2.

<sup>99</sup> “A relação jurídica, em sentido estrito, é interpessoal. Direitos, faculdades, autorizações, poderes, pretensões, que se conferem a um sujeito-de-direito estão em *relação necessária* com condutas de outros sujeitos-de-direito, portadores de posições que se colocam reciprocamente às posições do primeiro sujeito-de-direito, condutas qualificadas como deveres jurídicos em sentido amplo. Para se marcar tais posições, reciprocamente contrapostas, denominam-se sujeito-de-direito ativo e sujeito-de-direito passivo”, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, op. cit., p. 121.

potestativo, surge o negócio jurídico bilateral, que poderá gerar uma relação jurídica (relação de condicionalidade)<sup>100</sup>.

O segundo princípio essencial da relação jurídica é o da essencialidade do objeto. Primeiramente, o que é objeto de direito? Objeto de direito são todos os bens da vida que a norma considera fundamental de pertencerem ao mundo do direito. Quando esses bens da vida compõem a esfera jurídica de alguém, passam a ser considerados objetos de direito. Toda relação jurídica tem que ter um objeto, daí a nomenclatura do princípio. Podemos dividir os objetos de direito em coisas, bens imateriais e promessas de prestação. As coisas e os bens imateriais compõem o objeto das relações jurídicas de direito real, logo pode-se dizer que o direito real é aquele que tem como objeto uma coisa ou um bem imaterial. As promessas de prestação são o objeto das relações de direito pessoal. Por exemplo, o objeto de uma relação obrigacional (relação pessoal) advinda de um contrato de compra e venda são as promessas de prestações dos contratantes, não a coisa e o preço<sup>101</sup>.

O terceiro princípio fundamental das relações jurídicas é o da correspectividade entre direitos e deveres. Toda relação jurídica tem um conteúdo eficaz que, basicamente, são: os direitos, deveres, as pretensões, obrigações, ações e exceções. Quando, em uma relação jurídica, um dos seus sujeitos tem um direito (no caso, um

---

<sup>100</sup> Não existe, desse modo, relação jurídica entre pessoa e coisa, relação jurídica entre sujeito e lugar, relação jurídica envolvendo o mesmo sujeito de direito, direito e dever sem sujeito. O que ocorre no direito de propriedade, por exemplo, não é relação jurídica entre o titular dele e a coisa em que a propriedade recai, mas sim uma relação jurídica envolvendo dois sujeitos de direito, só que um é o *alter*: um sujeito indeterminado. A coisa, que é uma das espécies de objeto de direito, onde recai o direito dominial, não pode jamais ser considerada sujeito de direito. No caso do domicílio, que é fato jurídico de suporte fático complexo: fixação da residência + ânimo de permanência, não existe relação do sujeito com o lugar do domicílio, e sim relação do titular do direito de domicílio e o *alter*. No caso das chamadas relações jurídicas envolvendo o mesmo sujeito de direito, não se pode admitir sua existência, porquanto, por exemplo, quando, numa obrigação, a figura do credor se confunde com a do devedor, ocorre a confusão, que é causa de extinção da obrigação, ou seja, a partir da confusão a relação jurídica obrigacional deixa de existir. Muito menos, poderíamos defender a existência de direitos sem sujeito, seria a própria negação da logicidade jurídica (“Direito sem sujeito é *contradictio in adiecto*”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, op. cit., t. 1, p. 149). O que ocorre com a herança jacente, v. g., na verdade, é que, além de ela própria ser considerada um sujeito de direito despersonalizado, seu titular ainda é um ente indeterminado, podendo ser os herdeiros e sucessores ou os entes federados (Município, Distrito Federal e União), conforme o direito positivo.

<sup>101</sup> Sobre todo parágrafo acima, conferir MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 177-179.

direito subjetivo), o outro pólo da relação tem que ter um dever<sup>102</sup>. Não é possível, muito menos lógico, que, numa relação, exista um direito sem um dever que lhe corresponda. O direito e o seu antônimo (o dever) são, em regra, as primeiras categorias eficaciais que aparecem numa relação jurídica. Quando é celebrado um contrato, os contratantes assumem posições: um vai ter um direito que corresponderá a um dever do outro. Vamos a um exemplo para elucidar: num contrato de mútuo, César empresta  $x$  a Augusto, no dia 31/10. Augusto deverá pagar o empréstimo no dia 31/11. Durante esse lapso temporal, César tem o direito de receber o equivalente a  $x$  de Augusto, mas só tem o direito. No dia 31/11, surge, para César, a pretensão de receber o equivalente a  $x$  de Augusto, e surge, para esse, a obrigação de pagar o empréstimo. A pretensão e a obrigação constituem uma etapa mais qualificada que o direito e o dever. A pretensão é a exigibilidade do direito<sup>103</sup>; a obrigação<sup>104</sup> é seu antagonismo.

Ainda sobre o tema, diz o art. 189, CC: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Não é bem assim. A pretensão não surge da violação ao direito<sup>105</sup>, ela surge, conforme visto no exemplo acima, da possibilidade de exigir-se o direito. O que surge por intermédio da violação é a ação. Quando é violada a pretensão, surge a ação. A ação, que tem na situação do acionado, o seu lado simétrico, é o poder de impor um direito. Não há de se confundir essa ação, que é de direito material, com a pretensão à tutela jurídicas<sup>106</sup>, essa serve para o exercício daquela, pelo fato de o direito positivo,

<sup>102</sup> Assim, MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 114-115.

<sup>103</sup> O conceito definitivo de pretensão é de Pontes de Miranda, “Pretensão é o poder exigir alguma prestação. Do outro lado da relação está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões” (*Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2, p. 301).

<sup>104</sup> O vocábulo obrigação admite dois sentidos: em sentido amplo, obrigação é toda eficácia jurídica correspondida por uma pretensão; em sentido estrito, obrigação é aquela correspondente apenas aos direitos de crédito.

<sup>105</sup> Essa idéia de que a pretensão não surge com a violação ao direito remonta ao próprio criador do conceito moderno de pretensão – a *Anspruch* alemã-, senão vejamos, “Esta concepción ha eliminado uno de los errores de la primera, pero ha conservado otro. Tampoco ella supo conjurar totalmente el peligro de introducir en el derecho romano un concepto propio de la conciencia jurídica actual. Así como la *actio* no es el derecho a la tutela de otro derecho, nacido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La *actio* es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial”, WINDSCHEID, Bernhard. La *actio* del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. *Polemica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. 7.

<sup>106</sup> O vocábulo ação admite diversas acepções. Três são fundamentais. Vejamo-las. A primeira é a ação material, que, como visto acima, é a possibilidade de impor um direito. A segunda é a pretensão à tutela jurídica (comumente, embora impropriamente, chamada de direito de ação ou direito abstrato de agir), que

praticamente, ter vedado a autotutela. Quando alguém, numa relação jurídica, está em posição de obrigação em face de outrem e não a cumpre, surge a ação. Se, no exemplo dado acima, César, no dia 31/11 (data do surgimento da pretensão), fosse cobrar a dívida a Augusto, e esse se negasse a cumprir a avença, surgiria a ação material para o primeiro<sup>107</sup>.

Existe outro conteúdo eficaz da relação jurídica que é a exceção<sup>108</sup>. Exceção é uma posição jurídica ativa atribuída ao titular da situação do acionado., Como posição jurídica ativa, ela tem um espectro contrário, que é a situação do excepto. Exceção é direito negativo (contra-direito) que apenas encobre a eficácia do direito, da pretensão, da ação de direito material ou de outra exceção<sup>109</sup> (em sentido processual, exceção é a matéria de defesa que não pode ser cognoscível de ofício)<sup>110</sup>.

---

consiste no poder de provocar o aparelho jurisdicional. Essa “ação”, apesar de ser totalmente distinta da ação material, também é de direito substancial, pois é pré-processual, necessária à existência do processo. Por fim, existe a “ação” processual ou demanda, que consiste no ato jurídico de exercer-se a pretensão à tutela jurídica. Sobre a distinção entre a ação material e a “ação” processual, “Ação (em direito material) e ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campina/SP: Bookseller, 1998, t. 1, p. 124. Sobre esses e outros sentidos do vocábulo em comento, ver GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 9-16.

<sup>107</sup> “A distinção fundamental entre os dois conceitos está em que a pretensão supõe, sempre, a simples exigência por parte do titular do direito subjetivo, ou do interesse, *de tal modo que a realização ainda se dê como resultado da ação do próprio obrigado*. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento *mediante ato voluntário do obrigado*, ainda não *ajo para a satisfação*, com prescindência de qualquer ato de cumprimento do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, *premidado pela minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação*”, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Polêmica sobre a ação*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19-20.

<sup>108</sup> Sobre o tema é imprescindível a consulta de DIDIER JR., Fredie. Teoria das exceções: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 116.

<sup>109</sup> “A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão (compensação), - só encobre a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 6, p. 10. Há quem fale que as exceções, quando acolhidas, podem extinguir direitos. Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, op. cit., p. 184-185.

<sup>110</sup> Não se podem confundir as exceções com as objeções. Essas são fatos opostos que fulminam um direito (em sentido processual, objeção é a matéria de defesa que o juiz pode conhecer de ofício): “O excipiente recusa-se a satisfazer a pretensão porque a eficácia dessa é *encoberta*. Não objeta, não alega fato extintivo ou modificativo, ou que teria impedido o nascimento do direito do demandante. Nas objeções não há alegações de direitos, mas de fatos”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: direito das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, t. 22, p. 28-29.



Diante do exposto, percebe-se que o princípio da correspectividade é essencial à relação jurídica. Se um dos sujeitos dela tem um direito, é porque outro tem um dever; se um tem uma pretensão, é porque outro tem uma obrigação; e assim sucessivamente<sup>111</sup>.

#### 4. Considerações finais.

A idéia do primeiro capítulo foi fazer, embora reconheçamos que muito sucintamente, uma resenha sobre dois dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito: o de fato jurídico e o de situação jurídica. A necessidade do capítulo dá-se na medida em que a doutrina processual, por vezes, confunde os planos da existência, validade e eficácia. Ademais, como o objeto central do trabalho é o estudo da capacidade postulatória, não poderíamos deixar de falar, ainda que *en passant*, sobre a classificação das situações jurídicas feita pelo professor Marcos Bernardes de Mello, donde se extrai a noção de situação jurídica simples, cuja capacidade postulacional é um exemplo.

Seguindo, o próximo capítulo será dedicado ao estudo da mais importante situação jurídica simples: a capacidade jurídica. Como veremos, a partir dela, pode-se erigir uma teoria das capacidades em direito.

---

<sup>111</sup> Ainda há outro princípio relativo às relações jurídicas, o qual, entretanto, não lhes é essencial. É o princípio da coextensão entre o direito, a pretensão e a ação. Não é necessário que existam como conteúdo de uma relação jurídica sempre o direito, a pretensão e a ação. Existem os chamados direitos mutilados, que são direitos sem pretensão e ação ou simplesmente sem ação. Exemplos são os direitos provenientes de dívidas de jogo e os direitos cujas pretensões e ações foram prescritas. Nesses tipos de direitos, não existe a obrigação como submissão ao adimplemento, mas há direito subjetivo a ele, embora inexigível. Tanto é verdade que, se o devedor de uma dívida prescrita pagá-la, o adimplemento é de bom direito, não cabendo a repetição de indébito. Existem, igualmente, as ações sem direitos e pretensões, como é o caso da ação declaratória negativa. Essa idéia da existência da ação sem direito remonta ao formulador da teoria concreta da ação: “La pretensión de tutela jurídica no es una función del derecho subjetivo, pues no está condicionada por éste. El interés y la pretensión de tutela jurídica no existen únicamente donde existe derecho. La llamada acción de declaración negativa no tiene por finalidad la prueba de la eficacia y la conservación de un derecho subjetivo, sino de la integridad de la posición jurídica del demandado”, WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, v. 1, p. 43

## CAPÍTULO II – DA CAPACIDADE JURÍDICA E SUAS DECORRÊNCIAS

### 1. Intróito.

Vimos, no capítulo passado, as noções de fato e situação jurídica. Podemos sintetizar, também, as espécies de situações jurídicas, dentre elas, as situações jurídicas simples. Pois bem. A mais importante situação jurídica simples é a capacidade jurídica.

Tendo em vista a defesa manifesta da existência de uma teoria das capacidades em direito adotada neste trabalho, o estudo dela é fundamental, é nossa a segunda premissa maior. A razão reside no fato de que todas as capacidades são decorrências dela.

Capacidade jurídica é uma aptidão genérica, conferida pelo ordenamento a entes fáticos ou, como aludido linhas atrás, uma qualidade jurídica (tipo de situação jurídica simples). Mas para que serve a capacidade jurídica? É o que passaremos a analisar.

### 2. Os sujeitos de direito: as pessoas como espécies de um gênero maior.

Antes de adentrarmos na problemática da capacidade jurídica, faz-se necessário tecer breves comentários sobre o que é sujeito de direito. Sujeito de direito é o elemento subjetivo dos fatos jurídicos e das situações jurídicas. Assim, quem possa titularizar uma situação jurídica é sujeito de direito, seja da mais simples situação, até a mais complexa relação jurídica. O simples fato de ser sujeito de direito, como visto no capítulo pretérito, já é, por si, uma qualidade jurídica.

Existem mais sujeitos de direito do que pessoas, eis que, como será pormenorizado abaixo, há diversos entes, os quais, sem dúvida, não são pessoas, mas que titularizam situações jurídicas<sup>112</sup>. Finalizando, numa analogia com a Matemática, pode-se dizer que: o conjunto das pessoas<sup>113</sup> é subconjunto do conjunto dos sujeitos de direito. Há

---

<sup>112</sup> Nesse sentido, conferir, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

<sup>113</sup> Eis o conceito de pessoa, “O direito atribui aos homens, em geral, e, em particular, a certos agrupamentos de seres humanos e universalidades patrimoniais por eles destinados a um fim, e aos entes

sujeitos de direito personalizados (pessoas) e sujeitos de direito despersonalizados, portanto.

### 3. A capacidade jurídica e suas decorrências.

#### 3.1. Distinção entre capacidade e personalidade jurídica.

Pudemos observar no item anterior, que sujeito de direito, seja ele personificado ou não, é todo ente que titularize situações jurídicas das mais diversas. Mas como podemos estabelecer um parâmetro para saber quando um ente do mundo dos fatos pode ser sujeito de direito? Diz o art. 1º, CC: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Pela leitura do artigo, notamos, sem grandes problemas, que toda pessoa pode titularizar situações jurídicas. Para poder ser pessoa, os entes do mundo fático<sup>114</sup> têm que ter uma aptidão genérica, de forma a poderem entrar no mundo jurídico, a fim de que estejam aptos a titularizarem situações jurídicas. Nomeia-se de personalidade jurídica essa aptidão.

Contudo, como ficam os sujeitos de direito não personificados, aludidos no item anterior? Eles não são pessoas, pois não têm personalidade jurídica. São, todavia, sujeitos de direito. Logo, existe uma aptidão genérica, conferida pelo ordenamento para um ente poder ser sujeito de direito, independentemente de ele ser pessoa ou não. A esta aptidão genérica, dá-se o nome de capacidade jurídica ou de direito<sup>115-116</sup>.

No entanto, não é este o entendimento de boa parte dos doutrinadores que estudam os conceitos de capacidade jurídica e de sujeito de direito. Uns afirmam que a

---

estatais, *personalidade jurídica*. *Pessoa*, no mundo jurídico, portanto, é criação do direito, uma vez que constitui eficácia imputada a fatos jurídicos específicos. Não é um atributo natural do ser humano, menos ainda desses outros entes, mas imputação jurídica”, MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 140.

<sup>114</sup> A nomenclatura entes fáticos usada acima (que já vem sendo utilizada noutras passagens desta dissertação) deve-se tão-somente a razões didáticas. Não significa que esse ente seja algo material. Como veremos, o direito atribui (em virtude da causalidade normativa, que é imputacional) a qualidade de sujeito de direito a algo materialmente não existente, como ocorre com o *nondum conceptus*. Nada obstante, como o mundo fático é continente em relação ao mundo jurídico, se o ente é jurídico, ele também é fático.

<sup>115</sup> Nesse sentido, vale conferir, e como muito proveito, o ensaio do professor Marcos Bernardes de Mello: *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 09-34.

<sup>116</sup> O professor da Universidade de Coimbra J. J. Gomes Canotilho afirma que a capacidade jurídica é a aptidão para ser sujeito de direito, no entanto não faz referência à distinção entre capacidade e personalidade (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 424).

capacidade jurídica e a personalidade jurídica são a mesma coisa<sup>117</sup>; outros afirmam ser a capacidade jurídica a medida da personalidade<sup>118</sup>; enquanto há quem reitere ser a

<sup>117</sup> Por todos: BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6. ed. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940, v. 1, p. 169, nota 5; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 155; ESPINOLA, Eduardo. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa Graphica, 1929, v. 1, p. 349; VALLADÃO, Haroldo. Da personalidade e capacidade no direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1985, n. 592, p. 9; TORRE, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Perrot, s/a, p. 162; ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. Blaz Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, t. 1, p. 318; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Paulo Capitanio. Campinas/SP: Bookseller, 1999, v. 1, p. 437; TRABUCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martinez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, v. 1, p. 85; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974, v. 1, p. 31-32; GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 1, t. 1, p. 189; LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 198; MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 173; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 179-180; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 35; BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 62; PAUPERIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 173; LIMA, João Franzen. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 146; SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 208; VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 129; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4; TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27.

<sup>118</sup> Dentre outros: CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 1, p. 230; CAVALCANTI, José Paulo. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas*. Recife: Mousinho Artefatos de Papel, 1972, p. 17, nota 19; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 232; MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1979, v. 2, p. 89; BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho privado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1967, t. 1, p. 190; LLAMBÍAS, Jorge Joaquin. *Tratado de derecho civil: parte general*. 18. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, p. 349-350; LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 101-102; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 161-162; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, p. 115; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 491-492; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 183; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 148; SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I, p. 250; LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 15-16; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 139; ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131; RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 189-190; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36; VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 40; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 103-104; BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código de Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 39; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 96-97; SARMENTO, Natanael. *Notas de direito civil: parte geral*. São Paulo: Harbra, 2005, p. 32; PUSSI, Willian Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 36.

capacidade jurídica atributo exclusivo das pessoas<sup>119</sup>; por fim, há os que consideram que só as pessoas são sujeitos de direitos<sup>120</sup>, portanto apenas elas titularizam situações jurídicas.

Não podemos concordar, *data venia*, com tais afirmações, pois, inegavelmente, existem mais sujeitos de direito do que pessoas<sup>121</sup>. Toda pessoa é sujeito de direito, mas

<sup>119</sup> Por todos: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983, v. 1, p. 14; LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 103-104; AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 602; VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. António José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1959, v. 2, p. 195; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, v. 1, p. 121-122; WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão: parte geral*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 16; MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1974, p. 361; DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Instituições de direito público e privado*. 11. ed. São Paulo: Nelpa, 2002, p. 199; FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 111.

<sup>120</sup> A título de exemplificação: RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982, p. 265; NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações: generalidades – espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 129; DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Notas Taquigráficas de Victor Bourhis Jurgen. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133; BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 1, p. 26; BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho*. Trad. Jorge Guerrero. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 16; MAZEAUD, Henri, Leon et Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1976, v. 1, p. 250; MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967, p. 101; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 191; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 341; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 56; TELLES JR., Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 276-277; GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 182; LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1, p. 253-254; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 164; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 36; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 73-74; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 16.

<sup>121</sup> De acordo com nossa afirmação, entre outros: Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Por fim, a noção de sujeito de direito. Ela não se deixa explicar pelo conceito de papel social. É mais ampla do que o de pessoa física e jurídica. Toda pessoa física ou jurídica é sujeito de direito. A recíproca, porém, não é verdadeira. A herança jacente, os bens ainda em inventário, é sujeito de direito, mas não é pessoa. O sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ele se atribuem, nele convergem normas que conferem direitos e deveres” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157); Fabio Konder Comparato, “O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los. E o direito comercial tem, nesse particular, importantes exemplos históricos, com a parceria marítima, as sociedades ditas irregulares ou a sociedade

nem todo sujeito de direito é pessoa. Firmamos, portanto, a seguinte relação: para ser sujeito de direito, é necessário ter capacidade jurídica; ao passo que, para ser pessoa, é necessário ter personalidade jurídica. A capacidade engloba, de fato, a personalidade. Pode-se ter capacidade sem ter-se personalidade, entretanto a recíproca é impossível. Personalidade de direito é, portanto, um *plus*<sup>122</sup> em relação à capacidade jurídica<sup>123-124</sup>. Assim, pode-se dizer que, quando a norma outorga personalidade jurídica, ela está implicitamente outorgando capacidade jurídica.

Não custa relembrar que ser sujeito de direito, ou seja, o fato de um ente titularizar situações jurídicas, já é um momento eficaz de fatos jurídicos. Desse modo, ser sujeito de direito, logo ter capacidade jurídica, é algo relativo ao plano da eficácia<sup>125</sup>.

---

em conta de participação” (*O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 268). Seguem a mesma linha: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 138-139; NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155; BRAGA FILHO, Pedro. O condomínio especial como sujeito de direito. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997, n. 2, p. 243.

<sup>122</sup> João Maurício Adeodato faz uma crítica retórica, como ele próprio alude, à idéia tradicional de afirmar ser a personalidade um *prius* em face da capacidade de direito (jurídica), passando a defender que os conceitos são correlatos (*Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 177-178). Ressalte-se, todavia, que, como frisado pelo próprio autor pernambucano, a idéia correlata feita por ele entre personalidade e capacidade não é uma análise doutrinária, reflete tão-só uma crítica retórica à idéia tradicional dantes falada (Idem, p. 173).

<sup>123</sup> José Souto Maior Borges afirma ser equivocado o entendimento o qual sustenta ser a capacidade de direito um atributo da personalidade jurídica. Também afirma que os órgãos despersonalizados têm capacidade jurídica: “Não será acertado, incorrendo em ambigüidade, sustentar que a capacidade de direito (*Fähigkeit*) é um atributo da personalidade jurídica (*Persönlichkeit*), como fez JELLINEK (...), ao afirmar que a personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, numa palavra, de capacidade jurídica. Pondera-se no entanto: não apenas às pessoas jurídicas é atribuída essa titularidade de direitos e obrigações, senão também aos órgãos em que se reparte a pessoa jurídica ou aos órgãos estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e entidades paraestatais (comunidades não personificadas, como a União Européia)” (*Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 538).

<sup>124</sup> Segundo Francisco Amaral, com o qual, frise-se, discordamos, pode existir personalidade sem existir capacidade de direito: “Conexo ao de personalidade, temos o conceito de capacidade. Não são, porém, sinônimos. ‘Interpenetram-se sem se confundirem’. A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já perderam” (*Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214). Parece-nos que o citado autor defende que o morto tem personalidade jurídica, o que, a nosso ver, é absurdo.

<sup>125</sup> “O ser sujeito de direito é o momento *eficacial*, no interior de uma relação jurídica, em sentido amplo. Nas relações jurídicas em sentido estrito, no direito das obrigações, das sucessões, das coisas, nas relações de direito material ou processual, de direito privado ou público, quem é portador do *direito da personalidade* toma posições concretas face a outros sujeitos-de-direito investidos de direitos subjetivos, ou de deveres jurídicos, estes ora na espécie de *deveres concretos* (de fazer, de dar, de omitir), ora na espécie de *deveres gerais negativos* (de não impedir, não ameaçar – o dever geral de respeito que reside na universalidade dos sujeitos passivos)”, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 173.

Uma consideração importante: ser sujeito de direito, personificado ou não, é, sem dúvida, uma imputação normativa a um fato da vida, ou seja, é o ordenamento jurídico que confere a determinados entes a aptidão para titularizarem situações jurídicas. Caso contrário, como poderíamos considerar que, outrora, os escravos eram considerados semoventes<sup>126-127</sup>? Assim sendo, não é o simples fato de um ente ser um humano que ele será sujeito de direito<sup>128</sup>. É premente haver alguma norma jurídica que lhe confira esta aptidão<sup>129</sup>.

### 3.2. As capacidades específicas.

#### 3.2.1. Notas para uma teoria das capacidades em direito.

A capacidade jurídica é aptidão para a titularidade de situações jurídicas, todas as demais capacidades existentes em direito são decorrências dela<sup>130</sup>. Dessa forma, podemos, a partir da constatação da existência da capacidade jurídica, que, com o perdão

<sup>126</sup> Francisco de Paula Baptista, que, frise-se, viveu no período escravocrata, afirmava que os escravos podiam estar em juízo, desde que representados (*Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, p. 77-78). Isso é muito interessante, pois nesse caso os escravos seriam sujeitos processuais, logo sujeitos de direito.

<sup>127</sup> Os escravos eram considerados semoventes e, mesmo assim, o direito colonial brasileiro era direito, pois, segundo Lourival Vilanova, “um sistema de direito positivo continua sendo direito, não obstante sustente a desigualdade social, e ainda mesmo que não a reconheça a liberdade para todos, qual ocorre no direito antigo, com o regime da escravidão” (Sobre o conceito de direito. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, v. 1, p. 45)

<sup>128</sup> F. Carl von Savigny, ao que parece, equiparava as noções de sujeito de direito (ou pessoa, segundo ele) à de homem: “Y por esto a idea de persona ó sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambos ideas en estos términos: todo individuo, y solo el individuo, tiene capacidad de derecho (*Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Editorial Góngora, s/a, p. 304-305).

<sup>129</sup> Hans Kelsen, grande defensor do dito, leciona de modo peremptório, “A pessoa existe apenas na medida em que ‘tem’ deveres e direitos; separada deles, a pessoa não tem qualquer existência. Definir a pessoa física (natural) como um ser humano é incorreto, porque homem pessoa não são apenas dois conceitos diversos, mas também os resultados de dois tipos inteiramente diversos de consideração. Homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais. Pessoa é conceito da jurisprudência, da análise das normas jurídicas” (*Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 132). Não é diferente o entendimento de outro grande vulto da ciência jurídica, “Essas considerações já mostram ‘a artificialidade do sujeito de direito em face do sujeito real e pleno’. A igualdade jurídica, a mesma capacidade jurídica que forma a essência da pessoa, não é inerente aos homens e às associações humanas, mas lhes é atribuída posteriormente pelo ordenamento jurídico. Ninguém é pessoa por natureza ou nascimento – isso já nos mostra a instituição jurídica da escravatura. Ser pessoa é resultado de um ato de personificação da ordem jurídica. Todas as pessoas, tanto as físicas quanto às jurídicas, são criações da ordem jurídica”, RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 191.

<sup>130</sup> Afirmando que a capacidade jurídica é necessária para a titularidade dos direitos e as demais para o exercício deles, CHAVES, Antônio. Capacidade civil. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 13, p. 3.

da metáfora, é uma nave-mãe erigir uma teoria das capacidades em direito. Isso é a idéia central do trabalho: defender, partindo da Teoria Geral do Direito, a capacidade postulacional como uma situação jurídica simples (qualidade jurídica: capacidade) decorrente de uma capacidade matriz: a capacidade jurídica.

As capacidades específicas servem, quase sempre, para o exercício de direitos. Para determinado tipo de direito, há uma capacidade para exercê-lo validamente, daí a razão do adjetivo específica. São várias. A contabilidade delas daria uma lista bastante extensa<sup>131</sup>. Podemos citar, dentre outras: as de direito privado, como a capacidade civil (absoluta ou relativa), a capacidade para herdar e a capacidade para ser empresário<sup>132</sup>; as de direito público material, como a capacidade política, a imputabilidade penal<sup>133</sup>, a capacidade de ser parte e as competências de um modo geral; também existem as de direito público formal, como a capacidade para estar em juízo, a capacidade postulatória e a competência jurisdicional.

Pode-se afirmar que algumas capacidades específicas vinculam outras. Vejamos exemplos: a capacidade civil vincula, quase sempre, a capacidade de estar em juízo. Essa, por sua vez, vincula, em grande parte, a capacidade postulatória.

A idéia de uma teoria das capacidades em direito é defendida com veemência pelo professor Marcos Bernardes de Mello<sup>134</sup>. Resolvemos segui-lo. Partindo dos ensinamentos de Pontes de Miranda, o professor Marcos Bernardes produziu uma das principais obras, no Brasil, sobre a teoria do fato jurídico. Tema que é, sem dúvida, o mais importante na Ciência do Direito, pois é o marco inicial de tudo que ocorre no

---

<sup>131</sup> Sobre o tema, vale conferir a análise que o professor Marcos Bernardes de Mello faz dessas capacidades em sua obra: *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*, op. cit., p. 19-30.

<sup>132</sup> O professor Marcos Bernardes de Mello coloca as citadas (e outras) capacidades num gênero denominado, por ele, de capacidade agir. Frise-se que o professor alagoano não se refere à capacidade civil, referindo-se, a nosso ver, de forma equivalente à capacidade para praticar ato jurídico *lato sensu* (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 101-112).

<sup>133</sup> Obviamente que a capacidade para a prática de ato ilícito (imputabilidade, capacidade delitual, da qual a imputabilidade penal é espécie) não é uma capacidade de exercício de direitos. Ninguém tem o direito de, por exemplo, matar alguém. O que pretendemos afirmar é que, apenas tendo imputabilidade, o agente pode praticar a conduta tipificada como ilícita, haja vista o fato de ela constituir um elemento nuclear do suporte fático dos fatos ilícitos, ou seja, só sendo imputável, é que o agente pode descumprir com o comando estatuído na norma primária (adotando a concepção de Lourival Vilanova, outrora aludida) e, daí, praticar ato ilícito. Mesmo não sendo uma capacidade de exercício de direito, a imputabilidade é decorrência da capacidade jurídica, portanto é específica.

<sup>134</sup> Cf. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*, op. cit., p. 9-30.



mundo jurídico<sup>135</sup>. Com relação ao estudo dos sujeitos de direito, em seu precioso artigo<sup>136</sup>, reproduzido na sua tese doutoral<sup>137</sup>, tantas vezes citado ao longo deste texto, o professor Marcos Bernardes de Mello ousou discordar do jurista alagoano, pois<sup>138</sup> passou a defender que a capacidade jurídica difere da personalidade jurídica<sup>139</sup>. A razão é que aquela abrange a todos os sujeitos de direito (pessoas ou não) indistintamente<sup>140</sup>. Afirma, igualmente, que as demais capacidades existentes no direito, como as já mencionadas alhures, são decorrências da capacidade jurídica. Quase todas elas são capacidades de exercício de direitos<sup>141</sup>. Erige-se, dessa forma, uma teoria das capacidades em direito.

Como as capacidades específicas são, na maioria das vezes, necessárias à validade dos atos jurídicos, existe a figura da representação que supre a ausência delas, de modo que o sujeito de direito incapaz, mas titular do direito, tem na figura do seu representante o integrador de sua incapacidade. Contudo, existem incapacidades no ordenamento jurídico que não podem ser supridas. São exemplos: a capacidade política ativa, pois ninguém pode representar outrem no momento do escrutínio eleitoral; a competência - capacidade conferida a órgãos-, do mesmo modo, não pode ser suprida via representação; também a incapacidade de estar em juízo, em situações bem específicas, não pode ser suprida.

---

<sup>135</sup> “A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*; depois, a de *relação jurídica*”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. XVI.

<sup>136</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito, op. cit., p. 9-34

<sup>137</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia - 1ª parte, op. cit., p. 94-125.

<sup>138</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta, igualmente, a necessidade de se distinguir os conceitos de pessoa e sujeito de direito: “Como, na doutrina tradicional, ‘sujeito de direito’ só pode ser quem o direito considere ‘pessoa’, e essas entidades não são pessoa, então não seriam sujeitos de direito. Por não serem sujeitos de direito, a capacidade que ostentam é desqualificada como de caráter meramente processual, ou como simples legitimação, ou como parte de ofício. Mas será que sujeito de direito só possa ser quem detenha personalidade? Não cremos que a negação da capacidade jurídica seja a solução, porque ela existe, embora não plenamente. Lembremos que a capacidade jurídica da pessoa jurídica não é plena como a da pessoa física e mesmo a pessoa física sofre restrições em alguns casos. Tampouco resolve o problema a consideração dessas entidades como detentoras de personalidade incompleta. É tempo de se desligar, pela clara perda de fundamentos históricos e ideológicos, a noção de sujeito de direitos da noção de pessoa” (Função atual da pessoa jurídica. *Revista de Direito Civil*: imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo: RT, 1988, n. 46, p. 57).

<sup>139</sup> Como já referido (ver nota n. 6), Pontes de Miranda equipara a capacidade jurídica à personalidade jurídica.

<sup>140</sup> “Desse modo, é incontestável: se o ordenamento jurídico imputa a um ente, mesmo que não seja pessoa, uma situação jurídica qualquer, faz dele sujeito de direito, titular de capacidade jurídica, pois a própria capacidade já configura um direito subjetivo”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia - 1ª parte, op. cit., p. 101.

<sup>141</sup> Ressalvando a capacidade delitual.

Ocorre que o problema da possibilidade de se suprirem ou não as incapacidades é um problema de cunho jurídico-positivo, não é problema da Teoria Geral do Direito, muito menos é lógico-jurídico<sup>142</sup>. Os problemas jurídico-positivos estão totalmente atrelados ao direito positivo, ficam à mercê de posições legislativas; ao passo que os problemas da Teoria Geral do Direito não, esses são problemas teóricos, independem do direito positivo<sup>143</sup>.

### 3.2.2. Distinção entre as capacidades específicas e a legitimação.

Devemos, agora, estabelecer a diferença entre as capacidades de exercício de direitos (específicas) e a legitimação. Primeiramente ambas **estão atreladas à capacidade jurídica, pelo fato de essa ser a aptidão genérica para a titularidade de situações jurídicas, as demais são aptidões conferidas pelo ordenamento para o exercício válido delas**. As capacidades específicas são conferidas a sujeitos de direito, para esses exercerem, por si, situações jurídicas. Assim, aquelas são aptidões genéricas para o exercício dessas. São diversas, tal qual visto acima. Legitimação<sup>144</sup>, por sua vez, é

<sup>142</sup> Sobre a distinção entre os conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos, ver TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1977, p. 81-83; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94-95.

<sup>143</sup> Ocorre que, como foi dividido acima, os problemas relativos à teoria geral do direito não são problemas lógico-jurídicos (ao menos, num sentido absoluto). Souto Maior Borges, ao que parece mudando seu pensamento (ver a obra "*Lançamento tributário*" acima citada), assim fala dos problemas da teoria geral do direito: "Considerações lógicas são as que explicam as relações, na estrutura da norma jurídica, entre suposto (antecedente, hipótese normativa, descritor, *fattispecie*, *Tatbestand*) e consequência (preceito, consequência normativa, mandamento, prescritor), ou se aplicam aos princípios supremos de lógica jurídica, como o de contradição, o do terceiro excluído etc. Mas a formalização da Teoria Geral do Direito não é uma formalização lógica porque, ao contrário, é uma formalização conceitual. Objeto da Teoria Geral do Direito é, pois, definir formalmente certos conceitos fundamentais da ciência jurídica, tais como o de sujeito de direito, capacidade, competência, dever, responsabilidade etc." (*Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32). Razão assiste ao jurista pernambucano. Os conceitos da Teoria Geral do Direito são teóricos e universais, contudo não são objeto de um estudo eminentemente lógico.

<sup>144</sup> Interessante é o argumento de Manoel Severo Neto para defender a condição de sujeitos de direito aos entes despersonalizados. Sustenta o professor da UNICAP que, embora não tenham personalidade, eles têm "legitimidade": "A ausência de personalidade não impede e nem é obstáculo para que os entes despersonalizados sejam sujeitos de direito ou integrem um dos pólos da relação jurídica processual. Para que um ente seja sujeito de direito basta que tenha legitimidade para atuar no negócio jurídico ou no ato jurídico que se trata de regular. Nos casos em que o sujeito de direito é um ente despersonalizado é bastante a legitimidade para o mesmo atuar na qualidade de parte. A carência de personalidade não significa que o ente despersonalizado esteja impedido de ser parte originária ou incidental no processo. Para ser parte e atuar como tal basta ter legitimidade" (*Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 51). Contudo, não obstante o grande ensinamento do citado autor, os entes despersonalizados são sujeitos de direito, pois têm capacidade jurídica, "legitimidade" eles podem ter ou não.

uma aptidão específica, é uma posição de um sujeito perante um objeto, para que se possa, dentre outras coisas, dispor e adquirir bens jurídicos<sup>145</sup>. O sujeito é legitimado quando ele tem ligação com conteúdo do ato<sup>146</sup>, quando ele é titular do bem ou do direito posto em questão<sup>147</sup>. Francesco Carnelutti, que atribui ao direito processual a primazia no discernimento entre as noções de capacidade e de legitimação<sup>148</sup>, assim distingue essa daquela: “...de aquí la afinidad de la legitimación con la capacidad, tal que no ha sido fácil distinguirlas e incluso a menudo en los ambientes prácticos todavía se confunde la una con la otra; la verdad es que la capacidad se refiere a un *modo de ser del sujeto en sí* y la legitimación a *un modo de ser respecto de otros*, esto es, a una relación con los otros”<sup>149-150</sup>.

Podemos dizer, portanto, que as capacidades específicas são atributos abstratos **(pois independem de uma determinada situação) para que os sujeitos de direito possam** praticar validamente os atos jurídicos. Para a prática dos atos cíveis, é necessário ter capacidade civil, de modo que se tem capacidade civil antes da prática do ato. Ela serve para que se pratiquem todos os atos regulados pelo direito civil. Com a legitimação, não. A constatação de que essa existe só pode ser verificada diante do ato jurídico, no momento de sua prática. Um exemplo parece ser esclarecedor: suponhamos a existência de duas pessoas, civilmente capazes e casadas entre si. Cada cônjuge, pelo fato de ser civilmente capaz, pode praticar os atos regulados pelo direito civil de forma independente. Isso se dá porque eles têm capacidade civil. Agora, o cônjuge não poderá, ressaltando as exceções legais, vender o seu bem imóvel sem ter, ao menos, a anuência do outro. Quer isso dizer que o cônjuge, sem anuência do outro, não poderá praticar o negócio jurídico de transmissão do bem. Não porque não tenha capacidade, isso ele tem,

<sup>145</sup> Costuma-se, notadamente no âmbito do direito privado, equiparar a idéia de legitimação ao poder de disposição. Mas ela também se equipara ao chamado poder de aquisição. Há quem fale ainda na relação equacional entre legitimação e o poder de endividamento (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 36).

<sup>146</sup> Assim, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 255.

<sup>147</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 34.

<sup>148</sup> Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 2006, p. 361.

<sup>149</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 131.

<sup>150</sup> Ainda, para uma noção bem aprofundada da diferença entre capacidade e legitimação, inclusive com amplas referências bibliográficas, ver: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 15-19; SEVERO NETO, Manoel, op. cit., p. 37-49.

como já vimos. Ele não pode praticar o ato porque não tem legitimação para a sua prática. Essa só será conquistada com a anuência do outro cônjuge.

Apenas em casos excepcionais, sempre conferidos pela lei, por ato judicial ou por vontade das partes, alguém pode agir em nome próprio sobre o direito de outrem (legitimação extraordinária)<sup>151</sup>. Pode-se, sem embargo, afirmar que a legitimação é a capacidade para o caso concreto, contanto que se tome o devido cuidado para distinguir os institutos, notadamente pelo fato de os efeitos da ausência de uma e de outra serem diferentes. Se faltar capacidade específica ao sujeito de direito, o ato jurídico praticado por ele será, sempre, inválido. Contudo, se a falta for de legitimação, o mesmo ato poderá ser ineficaz ou inválido<sup>152</sup>. O problema da sanção aplicada à falta de capacidade e de legitimação, se invalidade ou ineficácia, é mais problema de cunho jurídico-positivo. Parece ser a regra no direito material brasileiro a sanção de ineficácia. No direito processual, contudo, a sanção é, invariavelmente, como veremos nos capítulos seguintes, a invalidade do ato.

#### 4. Os sujeitos de direito despersonalizados<sup>153</sup>.

Devemos, agora, tecer breves comentários sobre a questão dos sujeitos de direito despersonalizados (titulares de capacidade jurídica, mas não de personalidade de direito).

---

<sup>151</sup> Estamos nos referindo acima à legitimação de um modo geral, daí o porquê de ela poder ser conferida via vontade das partes ou ato judicial. Em se tratando do direito processual, só a lei pode conferir legitimação para demandar em nome próprio sobre direito alheio.

<sup>152</sup> “Enquanto a incapacidade leva, sempre, à invalidade, a falta de legitimação pode acarretar (a) somente a ineficácia do negócio jurídico em relação ao titular do bem ou direito de que se dispôs, ou, em algumas espécies, (b) a nulidade, como ocorre na transmissão, pela efetiva tradição do bem móvel”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 36. Entendendo do mesmo modo: ARMELIN, Donaldo, op. cit., p. 15; AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

<sup>153</sup> José Lamartine Corrêa de Oliveira afirma que não há razão para os entes despersonalizados não serem pessoas: “Sustentamos que esta contradição é insolúvel em termos de puro direito processual, pela razão muito simples de que a capacidade de ser parte é, em verdade, totalmente incompatível com a ausência de personalidade. Entendemos que nos casos de aparente contradição, ou a parte não é verdadeiramente a entidade que um hábito de linguagem como designa ou ela o é, mas em tal caso a entidade é parte e é sujeito de direitos, portanto, pessoa” (*A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 203). Do mesmo modo, Fernando Antônio Barbosa Maciel: “Admitir ao sujeito capacidade judiciária sem admitir-lhe capacidade material não é cientificamente correto, posto que se sujeito possui condições de postular um direito em juízo, como não possui condições de ser detentor do direito que postula? Assim, não vemos outra explicação para não serem pessoas de direito o nascituro, a herança jacente, o espólio, e os demais entes não personificados” (*Capacidades e entes despersonalizados*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 102-103). Contudo, não é intuito deste trabalho saber se os entes despersonalizados são pessoas, defendemos, apenas, que eles são sujeitos de direito.

Podemos afirmar que todo ente que não seja pessoa, porém titularize alguma situação jurídica das mais simples que houver, é sujeito de direito<sup>154</sup>.

Dentre os diversos entes que são sujeitos de direito sem serem pessoas, podemos citar: o condomínio edilício<sup>155</sup>; o espólio; a massa falida; a herança jacente; as comunidades indígenas; o nascituro<sup>156</sup>; o *nondum conceptus*<sup>157</sup>; as sociedades de fato, irregulares e as não personificadas<sup>158</sup>; órgãos públicos despersonalizados (Mesas das Assembléias Legislativas, da Câmara Federal e do Senado; MP; cartórios; Tribunais de Contas); igrejas. Esses entes são sujeitos de direito, pois podem figurar como sujeitos de diversas situações jurídicas. Dentre tantas, a de ser sujeito do processo.

#### 4.1. Uma verdadeira emergência jurídica.

---

<sup>154</sup> “Segundo o nosso entendimento, há mais sujeitos de direito que pessoas. Todo ente, independentemente de que seja pessoa, a que as normas jurídicas atribuem algum direito, ou simples situação jurídica de capacidade, como qualidade, qualificação ou capacidade qualquer (e.g. capacidade de ser parte), tem entrada no mundo jurídico como sujeito, mesmo que limitadamente à situação que lhe é atribuída. Nessa condição de sujeito de direito, que não é pessoa, citamos: nascituro, o *nondum conceptus*, a herança jacente e a vacante, a massa falida, o condomínio (exceto condomínio tradicional) etc”, MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 100.

<sup>155</sup> Alguns autores defendem ter o condomínio edilício, ao menos de *lege ferenda*, personalidade jurídica, logo, ele é pessoa e tem capacidade jurídica, por todos: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 255.

<sup>156</sup> Devemos lembrar do trabalho da professora Silmara Chinelato e Almeida, que defende a personalidade jurídica do nascituro (*Tutela civil do nascituro*, op. cit., p. 161). Do mesmo modo, PUSSI, Willian Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*, op. cit., p. 396.

<sup>157</sup> O *nondum conceptus* é o não concebido, difere do nascituro, pois esse já é concebido, ambos são seres futuros. A lei (art. 1799, I, CC) confere capacidade jurídica à prole eventual (não concebido), ao afirmar que o mesmo pode receber bens em sucessão, assim faz dele sujeito de direito. José da Silva Pacheco conceitua a prole eventual: “A segunda parte do art. 1.718 fala em prole eventual de pessoas: a) designadas pelo testador; e b) existentes, ao abrir-se a sucessão. É óbvio que a prole eventual seja de pessoa determinada. A lei, porém, exige mais, que exista, por ocasião da morte. Exclui-se, pois, a eventual prole do apenas concebido, para compreender apenas a de pessoa existente, ao tempo da morte, não obstante vozes em contrário. Pode a pessoa designada ser parente ou estranha” (*Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 310). Questão interessante é a levantada por Giselda Novaes Hironaka. A citada autora defende a possibilidade do *nondum conceptus* ser um adotado, ou seja, ele já existe (como ente jurídico) na confecção do testamento, porém é desconhecido pelo testador, o que o caracteriza na hipótese do art. 1.799, I, CC. Vejamos, “contemplar os *ainda não concebidos* representa, para o testador, contemplar filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte”, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p. 93.

<sup>158</sup> Sobre a distinção dessas sociedades, conferir MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 131-132.

Estamos diante, desse modo, de uma emergência jurídica<sup>159</sup>, eis que a noção tradicional de sujeito de direito equiparada à de pessoa (apregoadas por doutrinadores alhures citados) tornou-se imprestável para abarcar todas as facetas que o sistema<sup>160</sup> nos traz<sup>161</sup>. Pois, ao admitir que entes não-personificados titularizem situações jurídicas, o ordenamento jurídico tende a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, ou seja, logicamente tal equiparação é inviável, porquanto, se o ente, embora não sendo pessoa, titulariza situações jurídicas, como defender que ele não é sujeito de direito<sup>162</sup>? Exemplifiquemos a questão com o problema relativo ao direito processual.

#### 4.1.1. A questão do direito processual.

Em se tratando de direito processual, defender a tese de que apenas as pessoas são sujeitos de direito esbarra em óbices lógicos incontornáveis<sup>163</sup>.

Resumidamente: para poder ser titular da relação processual, o sujeito de direito deve ter uma capacidade de exercício de direito – a capacidade de ser parte<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> “Podemos chamar de emergências às qualidades ou propriedades dum sistema que apresentam um caráter de novidade em relação às qualidades ou propriedades dos componentes considerados isoladamente ou dispostos de maneira diferente num outro tipo de sistema”, MORIN, Edgar. *O método I: a natureza da natureza*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1977, p. 104.

<sup>160</sup> Apenas a título de ilustração, Norberto Bobbio, depois de analisar a noção de sistema de um modo dedutivo (a partir dos princípios gerais: do geral para o particular) e de um modo indutivo (de simples normas para as generalizações: do particular para o geral), afirma que o ordenamento jurídico é um sistema, porquanto não poderem nele coexistirem normas incompatíveis, “o terceiro significado de sistema jurídico é sem dúvida o mais interessante, e aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo. Diz que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis: Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas” (*Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, s/a, p. 79-80).

<sup>161</sup> Sabemos que o mundo não é estável, está em constantes mutações. Nesse sentido, “a crença num mundo estável, num ‘mundo que já é’, em que as coisas se repetem com regularidade foi revista e hoje se pensa um mundo instável, um mundo em processo de tornar-se, em transformação contínua e formado por constante auto-organização. Por isso, se fala muito hoje em devir, que significa vir a ser, tornar-se”, VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas/SP: Papirus, 2002, p. 119.

<sup>162</sup> “A emergência é uma qualidade nova em relação aos constituintes do sistema. Tem portanto a virtude de acontecimento porque surge de modo descontínuo uma vez constituído o sistema; tem, evidentemente, o caráter de *irreducibilidade*; é uma qualidade que não se deixa decompor e que não podemos deduzir dos elementos anteriores. Acabamos de dizer que a emergência é irreducível – fenomenicamente – e *indedutível* – logicamente”, MORIN, Edgar, op. cit., p. 106. Parece-nos que se adequa mais a este trabalho a idéia de emergência do ponto de vista da irreducibilidade, ou seja, de acordo com Edgar Morin, no prisma da logicidade. Por exemplo, ao afirma-se que só as pessoas são sujeitos de direito, como podemos, do ponto de vista lógico, esclarecer que determinados entes despersonalizados (portanto, não-pessoas) titularizam situações jurídicas, tendo em vista que, para titularizá-las, é curial ser sujeito de direito?

<sup>163</sup> Mais uma vez, deve-se lembrar que estamos tratando o tema do ponto de vista das emergências, preconizadas por Edgar Morin e, mais especificamente, as emergências sob o prisma da irreducibilidade, sob a égide da lógica.

Conquanto, como afirmamos no item 3.2, a capacidade de ser parte seja uma capacidade decorrente da capacidade matriz (jurídica) e que serve para o exercício do direito abstrato de agir (art. 5º, XXXV, CF), no ordenamento jurídico pátrio, quem tem a semente (capacidade jurídica), já nasce com o fruto (capacidade de ser parte). Isso se deve ao fato de a norma processual conferir capacidade de ser parte a todos os entes que possam titularizar situações jurídicas (sujeitos de direito)<sup>165</sup>. Dessa forma, quem é sujeito de direito tem-na<sup>166</sup>.

Vejamos um exemplo, trazido pelo direito processual, que parece ser peremptório sobre a existência de mais sujeitos de direito do que pessoas. É cediço, como aludido alhures, que os órgãos públicos despersonalizados são sujeitos de direito, ocorre que se pode formar uma relação processual envolvendo três órgãos (portanto, sujeitos de direito independentes) ligados à mesma pessoa jurídica: o Ministério Público do Estado de Pernambuco (1º órgão despersonalizado) interpõe uma ação civil pública (ao fazer isso ele já está exercendo um direito: o de agir) contra o Estado de Pernambuco (2º órgão despersonalizado) perante o Poder Judiciário de Pernambuco (3º órgão despersonalizado), gerando, dessa forma, uma situação jurídica das mais complexas: a

---

<sup>164</sup> Como defendemos, a aptidão para ser sujeito de direito é a capacidade jurídica. Tendo-a, o ente fático é sujeito de direito. Contudo, mesmo sendo titular do direito, por vezes, ele não pode, apenas por ter capacidade jurídica, exercê-lo. Para tanto, é necessário que ele tenha também a capacidade específica para o exercício regular do direito. Caso não a tenha, terá de ser representado, de modo que sua incapacidade seja suprida. Toda capacidade específica existente no mundo do direito serve tão-somente para o exercício do direito, não para sua titularidade (Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*, op. cit., p. 11). Existem inúmeras capacidades específicas no direito. Um delas é a capacidade de ser parte, analisada acima, que serve para o exercício do direito de ação, habilitando o sujeito de direito a titularizar a relação processual, logo, ser sujeito processual.

<sup>165</sup> Nesse caso, devemos louvar a primazia do legislador processual, que, ao contrário do direito civil, melhor tratou do tema: ao atribuir capacidade de ser parte a quem titularize algum direito. Daí vê-se o quão adiante andou o legislador processual, antecipando-se ao problema que surge das emergências. O que queremos dizer é que, do ponto de vista processual, não há a emergência da indedutibilidade do sistema. Contudo, como é manifesta a defesa neste trabalho da Teoria Geral do Direito, não podemos nos contentar apenas com a solução dada pelo direito processual, mas sim com alguma que abarque todo o direito positivo.

<sup>166</sup> Podemos afirmar que, do ponto de vista do direito processual, existe um elo entre a complexidade social e o direito positivo. Desse modo, “Nesses termos, o processo judicial aloca-se como objeto cujo aspecto se dá por meio de campos paradigmático-epistemológicos diversos, quais sejam, da ciência positiva, da ciência formal e da ciência da compreensão, que dialogam entre si na construção de uma metodologia operativa de acesso à riqueza concreta da cotidianidade forense como prática social orientada por significados constituídos em campos disciplinares e campos paradigmáticos-epistemológicos diversos”, ROCHA, José Elias de Moura. *Sistema processual: do sistemático ao sistêmico. Direito, cidadania e processo*. Recife: Fasa, 2006, p. 324.

relação processual<sup>167</sup>. Como se pode, diante desse exemplo, ser coerente, ao defender-se que os órgãos despersonalizados não são sujeitos de direito por não serem pessoas!

Concluindo, podemos dizer que, do ponto de vista do direito processual, estamos diante de um falso problema. Entretanto, se partirmos de uma análise sistemática do direito, é ele quem nos melhor demonstra a fragilidade da equiparação dos sujeitos de direito às pessoas. Caso tomemos o problema considerando o direito processual de forma isolada, não há problema, o legislador processual já se antecipou às emergências<sup>168</sup>. Se, todavia, colocarmos o direito processual dentro do sistema jurídico como um todo, sob a égide de uma Teoria Geral do Direito - tal qual defendemos-, veremos as emergências no sentido lógico de forma macroscópica<sup>169</sup>.

#### 4.2. Notas finais em relação aos sujeitos de direito despersonalizados.

Terminando o tópico sobre os sujeitos de direito despersonalizados, pode-se dizer que: se partirmos da premissa que pessoa e sujeito de direito são a mesma coisa,

---

<sup>167</sup> “O órgão jurisdicional é um complexo de facultamentos, de direitos, de deveres, de obrigações: é um plexo de competência. Apresenta-se, nas relações jurídico-processuais, como um sujeito-de-direito. A ele acodem tanto os indivíduos e coletividades personificadas de direito privado quanto entes de direito público. Entre estes, o Estado-administrador e o Estado-legislador. A relação é imediata. No ato administrativo o órgão executivo não representa o Estado: é o Estado mesmo, imediatamente, que ingressa em juízo, desde que de seu ato resulte controvérsia, quer entre o órgão executivo e outros órgãos – inclusive o judiciário -, quer entre órgão executivo e administrados. Se o órgão não fosse uma porção diferenciada e individualizada de competência, se não adotasse a posição de sujeito-de-direito, *confundir-se-ia com os demais órgãos*”, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, op. cit., p. 279-281.

<sup>168</sup> Podemos dizer que o legislador processual, ao conferir capacidade de ser parte a quem titularize direitos, trabalhou com a questão da instabilidade das relações humanas, antecipando-se, assim, às emergências.

<sup>169</sup> É essencial consignar neste rodapé que estamos analisando a problemática dos sujeitos de direito tão-somente do ponto de vista normativo, haja vista a premissa deste capítulo ser, também, a defesa de uma teoria geral direito. Mesmo diante dessa redução metodológica, as questões levantadas ao longo do texto são da maior relevância. Quem dirá, se o fizéssemos sob as óticas política e teleológica, ambas de abrangência, certamente, maior. Nesse sentido, defendendo a impossibilidade de redução do processo à perspectiva normativa, o que o faz com muita acuidade, válido citar a lição do professor José Elias de Moura Rocha, “isso quer dizer que as condições pré-paradigmáticas de uma Ciência Processual em formação recusam de antemão o reducionismo normativista, embora tenha o sistema normativo como fio condutor a esse mesmo <mundo jurídico>, pois, ao avançar na dimensão política do processo judicial, há de se considerar que o processo judicial não é somente instrumento – a tão festejada instrumentalidade do processo, mas que, levada até as últimas conseqüências, termina por produzir a reedição da *tiranía togada*, mas também garantia constitucional enquanto limitador do poder político” (Processualística sistêmica. *Revista da Pós-graduação em Direito da Unicap*. Recife: UNICAP, 2002, n. 1, p. 163-164). Nada obstante à sábia lição citada acima, o cerne do item, reduzido à visão normativa, já nos traz diversas complicações, que esperamos, ao menos, ter conseguido demonstrá-las. Todavia, registre-se, sabemos que a análise da problemática pode, de acordo com a perspectiva tomada, ser muito mais complexa, como faz dela o citado autor.



chegaremos à ilógica conclusão que os entes despersonalizados são sujeitos do processo, pois, como visto, têm capacidade de ser parte, sem, ao menos, serem sujeitos de direito! Como isso é possível, se o processo é parte do direito!

Isso não é possível, eis que defendemos neste trabalho a existência de uma Teoria Geral do Direito, ciência essa que visa à análise dos conceitos comuns a todos os ramos jurídicos<sup>170-171</sup>: “temos tomado a Teoria Geral do Direito como teoria dos conceitos normativos fundamentais, prolongando a abstração generalizadora a partir das ciências jurídicas especiais”<sup>172</sup>.

Os ramos do direito devem formar um todo lógico<sup>173</sup>, de modo que se deve repelir a afirmação que o ente possa ser sujeito de um ramo do direito – o processo – e não ser do direito anterior ao processo!

Mais uma vez, frise-se, a equação estabelecida entre sujeitos de direito e pessoas, feita pelos juristas alhures citados é, *data maxima venia*, inconsistente.

Como é possível negar a qualidade de sujeito de direito ao condomínio edilício, tendo em vista que ele contrata e demite empregados, tem conta bancária e pode ser parte num processo?

---

<sup>170</sup> A idéia de que a teoria geral do direito estuda os conceitos universais, comuns aos ramos da dogmática jurídica, já era defendida por John Austin, quando dividia a jurisprudência (ciência do direito) em geral e particular. A primeira estuda os conceitos comuns a todos os ordenamentos jurídicos. Sobre esse aspecto da teoria de Austin, ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Mario Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 101-103.

<sup>171</sup> É óbvio que, dentro de cada ramo do direito, podemos falar, igualmente, em conceitos gerais, “Não se pode determinar, de antemão, quando deva um princípio valer como <geral>; também aqui se trata de um critério inteiramente relativo. Para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como <portadores de unidade> e, com isso, sistematizadores; e no que, quanto a essa função, respeita ao Direito privado: neste, nem todos os princípios são, por seu turno, relevantes para o sistema, como o serão, por exemplo, para o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito das Sucessões, etc.; dentro desses âmbitos, formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios gerais autônomos, como, por exemplo, o sistema dos actos ilícitos, do enriquecimento sem causa, das perturbações na prestação ou da responsabilidade da confiança”, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 79.

<sup>172</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, op. cit., p. 13. Segundo Roberto Wanderley Nogueira, “Em vista disso tudo se percebe que a Teoria Geral do Direito é o estudo sistemático dos conceitos básicos e fundamentais do Direito, resultado de uma ‘inducción generalizadora’, para repetir a expressão de Vilanova” (*O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 69).

<sup>173</sup> “A *Parte Geral do Direito* é um dos ramos do Direito. Todo sistema jurídico é sistema lógico. Cada ramo também o é. Não é contemplação, nem doutrina teleológica. Há de formar sistema lógico; ou, melhor, há de ser apanhado do que é geral e comum no sistema lógico, ou geral e comum nos sistemas lógicos de que se trata”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. XIX.

Do mesmo modo, como negar a condição de sujeitos de direito às sociedades em comum e irregulares<sup>174</sup>, se elas contratam, podem ser partes e, para fins tributários, são consideradas pessoas jurídicas<sup>175</sup> (art. 129, III, CTN)?

E aos órgãos do Poder Legislativo (federal, estadual e municipal) e do Poder Judiciário (federal e estadual), que realizam licitações independentemente da pessoa jurídica a quem são vinculados<sup>176</sup>, também se pode negar tal qualidade jurídica?

O nascituro não é, igualmente, sujeito de direito, mesmo tendo a possibilidade de receber herança (art. 1798, CC) e receber bens em doação, desde que representado (art. 542, CC)? Nesse último caso, a norma fala da figura da representação, ora alguém (representante) só pode representar outrem (nascituro)!

Denominar os entes despersonalizados de pessoas formais, dizer que eles têm apenas personalidade judiciária (capacidade de ser parte), não resolve cientificamente o problema. Eles são sujeitos de direito, pois são dotados de capacidade jurídica, sendo essa, como já afirmado, a aptidão genérica para um ente titularizar situações jurídicas. Dessa forma, resta clarividente que o conceito de sujeito de direito é bem mais amplo que o de pessoa. Há até quem defenda, com toda razão, capacidade jurídica à família<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Devemos consignar neste rodapé que José Xavier Carvalho de Mendonça, há tempos, admitia que a sociedade irregular tem personalidade jurídica: “A lei como já mostramos em o n° 665, *supra*, reconheceu as sociedades irregulares e disciplinou-as. Doto-as, ainda, de capacidade patrimonial. Não podemos, portanto, deixar de reconhecer a sua personalidade jurídica” (*Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Atualização de Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 3, p. 132-133).

<sup>175</sup> “Com efeito, reconhece o direito tributário aptidão para realizar o fato, ou dele participar, a entes, agregados econômicos, unidades profissionais, enfim, organizações de pessoas ou de bens, não contempladas pelo direito privado com *personalidade jurídica*. A elas confere possibilidade jurídica de promover aqueles acontecimentos hipoteticamente previstos na lei, reputando-os fatos válidos e eficazes para desencadear os efeitos jurídicos característicos, significa dizer a inauguração do *vinculum juris*, que dá ao Estado o direito subjetivo público de exigir parcelas do patrimônio privado”, CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 306.

<sup>176</sup> Sobre a autonomia dos órgãos públicos, “A Câmara de Vereadores, como Poder Legislativo do Município, colegiado, desfruta das *prerrogativas* próprias desse órgão, quais sejam: compor a sua Mesa diretiva, elaborar o seu regimento, organizar os seus serviços e deliberar livremente sobre assuntos de sua economia interna”, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. Atualização de Isabel Camargo Monteiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 461.

<sup>177</sup> “A família, com as transformações havidas com o desaparecimento da estrutura patriarcal e sua conversão na chamada família nuclear, e ainda, a transformação havida para o Direito constitucional, após o advento do Estado social, passou a ser, mais claramente, sujeito de direitos. Na doutrina estrangeira destaca-se Savatier, em densa argumentação a favor da personalidade jurídica da família, partindo do conceito matizado de personalidade moral. Vê na família, órgãos e direitos patrimoniais e extrapatrimoniais exclusivos, que não se confundem com o dos seus membros: nome patronímico, exercício de pátrio poder, defesa da memória dos mortos, curadoria do vínculo, investigação da paternidade, recordações da família, as jóias da família, sepultura familiar, orçamento conjunto para a manutenção da família, arrendamento da

## 5. Considerações finais.

O núcleo deste capítulo pode ser dividido em três partes. A primeira, que existe uma situação jurídica simples denominada de capacidade jurídica, a qual atribui a entes fáticos a aptidão para serem sujeitos de direito. A segunda, que, a partir da capacidade jurídica (que é uma espécie de nave-mãe), podemos erigir uma teoria das capacidades em direito. Daí pode-se afirmar que grande parte das capacidades existentes em direito servem para o exercício de direitos, os quais se tem por ter-se capacidade jurídica. Por fim, fazer uma defesa manifesta de que os chamados entes despersonalizados são sujeitos de direito, conquanto despersonalizados. Isso fica evidente, pois eles podem, e, quanto a isso, parece não existir dúvida, titularizarem uma das relações jurídicas mais complexas: a relação processual. Logo, em defesa de uma Teoria Geral do Direito, não poderíamos dizer que os “entes despersonalizados” são sujeitos processuais sem serem, antes, sujeitos de direito.

Seguindo em frente, no próximo capítulo, trataremos dos planos da existência, validade e eficácia dentro do direito processual. Esse capítulo é fundamental, porquanto os assuntos nele tratados dar-nos-ão sustentáculo (premissas) para diversas conclusões postas no cerne da dissertação.

---

habitação, salário família, preempção e renovação no arrendamento residencial, bem de família”, LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Função atual da pessoa jurídica...*, op. cit., p. 63. Do mesmo modo, MACIEL, Fernando Antônio Maciel, op. cit., p. 83-84. Tratando da capacidade jurídica da família, contudo, defendendo ter a mesma personalidade jurídica, OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A personalidade jurídica da família. Jurídica* (Revista do IAA). Rio de Janeiro: s/ed., n. 90, p. 416-441.

## CAPÍTULO III – SUBSÍDIOS PARA UM ENTENDIMENTO DA FENOMENOLOGIA PROCESSUAL: OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA PROCESSUAIS

### 1. Notas prévias.

Vimos, no primeiro capítulo desta dissertação, as noções de fato e situação jurídica, as quais nos são fornecidas pela Teoria Geral do Direito. Foi visto, igualmente, no capítulo passado, que as capacidades são situações jurídicas simples, portanto são efeitos dos fatos jurídicos. O cerne deste capítulo é demonstrar que o estudo fenomenológico do fato jurídico é, por razões de ordem lógica<sup>178</sup>, aplicável ao direito processual. Até porque, como já pôde ser observado linhas atrás, não existe efeito jurídico algum (por exemplo, um direito) que não seja a eficácia de um fato jurídico.

### 2. O processo.

#### 2.1. Sinteticamente, algumas teorias sobre a sua natureza.

Diversas teorias tentaram – outras ainda tentam – definir qual é a natureza jurídica do processo. Façamos, agora, um breve sumário sobre algumas delas<sup>179</sup>.

Primeiramente<sup>180</sup>, na chamada fase privatística, o processo era considerado um contrato. Isso se deve ao fato de ele iniciar-se com um acordo entre os litigantes, onde se

---

<sup>178</sup> É defesa manifesta deste trabalho a existência de uma Teoria Geral do Direito. Desse modo, não se pode negar jamais que os conceitos fundamentais, nos trazidos pela citada ciência, são aplicáveis, também, ao direito processual.

<sup>179</sup> Sobre essas tantas teorias, é fundamental a consulta à clássica obra de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Concepciones menores acerca del proceso. Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1974, t. 1, p. 377-448. Também: ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 156-213; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 83-100. Ainda, como algum proveito, o nosso opúsculo, *Síntese didática sobre algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 855-869.

<sup>180</sup> Sobre a processualística pré-romana, em especial a sumério-babilônica, ver PIMENTEL, Alexandre Freire. *A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, op. cit., p. 37-68.

estabelecia a controvérsia e, logo após, essa era levada à apreciação de um árbitro – o *iudex*. O nome dado a esse acordo era *litiscontestatio*<sup>181</sup>. Depois, ainda na denominada fase privatística, o processo passou a ser considerado um quase-contrato<sup>182</sup>. Aqui, o acordo passava a ser desnecessário para a formação do processo<sup>183</sup>. Finalizando a resenha dessa fase privatística, podemos dizer que, por se tratar de um prolongamento do direito material, o processo acabava sendo, na verdade, um mero procedimento<sup>184-185</sup>. O processo era, de fato, um apêndice do direito material, era o direito material em

<sup>181</sup> Segundo José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, há muita controvérsia sobre a natureza jurídica da *litiscontestatio*, contudo, ao que eles informam, predomina o entendimento, notadamente na doutrina mais moderna, de que ela era um consenso progressivo (*Lições de história de processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 100). A seu turno, Enrico Tullio Liebman defende a natureza contratual da *litiscontestatio* (*Embargos do executado*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 11). Segundo Ovídio Baptista, o caráter negocial de natureza privada da *litiscontestatio* foi dado pelos romanistas e pandectistas modernos, quando definiram o processo como um quase-contrato (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62).

<sup>182</sup> Segundo melhor doutrina, a expressão quase-contrato não é de todo correta, “Já de hoje a expressão ‘quase contrato’ é pouco usada e desaconselhada. Por outro lado, imprópria, porque de modo nenhum se há de pensar, nas espécies, de quase-contratar”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 507. Manuel de Almeida e Souza, de Lobão, fala que a idéia de quase-contrato é algo que se deve declinar, “Esta [idéia de quase-contrato] he huma das ficções do Direito Romano, que se deve declinar quanto possível” (*Segundas linhas sobre o direito processual civil*. Adições de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, v. 1, p. 340-341, o texto entre colchetes é nosso).

<sup>183</sup> “A partir do período da *cognitio extraordinaria*, passou-se a entender que a natureza do processo seria a de um *quase-contrato*, pois sua instauração já não dependia de um acordo de vontades entre autor e réu, mas somente se tinha como iniciado o procedimento após a dedução das pretensões recíprocas. Nesse caso, entendia-se que os vínculos processuais surgiam da vontade unilateral de um sujeito, com sua conduta ligada a certos fatos, à qual se vinculavam outras pessoas”, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A perpetuatio jurisdictionis no direito processual civil*. Texto inédito. Cedido-nos de forma cordial pelo autor.

<sup>184</sup> Essa noção sobre a natureza processual foi bastante vista em Portugal e no Brasil na época dos chamados praxistas. Vejamos alguns dos autores, que, de certo modo, viam o processo na forma exposta acima: CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro: conforme a actual legislação do Império*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, t. 1, p. 02; PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Atualização de Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907, p. 01; RAMALHO, Joaquim Ignacio de. *Practica civil e commercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861, p. 01; MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 109; GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 1, p. 3.

<sup>185</sup> Válido lembrar que Affonso Fraga, conquanto tenha escrito em plena época em que a teoria relacional do processo estava em voga, fazendo, inclusive, boa resenha sobre a citada teoria, continua, de certo modo, defendendo a concepção privatística, “No direito actual moderno, as investigações dos processualistas, procurando rasgar novos horizontes ao direito processual, dão como destruídas as bases fundamentaes sobre que descansava o *judicium romano*. Mas, das suas cinzas ainda se não levantara uma theoria que definisse com solidez a natureza da relação processual; e se for exacto o conceito de que em relação ao seu conteúdo, domina a mais absoluta obscuridade, então não ha esperanças de que venha a apparecer. O que não se póde negar, porém, é que, no processo moderno, a *litiscontestatio*, com o fixar importantissimo no desdobraimento da contenda judiciária, ainda produz varios e relevantes effeitos” (*Instituições do processo civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, t. 1, p. 27-28).

movimento<sup>186</sup>, numa fase dinâmica. Tempo esse em que o direito processual era denominado de direito adjetivo<sup>187</sup>.

Em 1868, no entanto, o direito processual ganhou sua autonomia científica e o processo foi definido como uma relação jurídica<sup>188</sup>. Tudo isso é devido à edição da obra de Oskar Bülow<sup>189</sup>. O jurista germânico demonstrou, através dos pressupostos processuais, que havia algo (pressupostos) diferente do direito material deduzido que o juiz também deveria analisar. Desse modo, podemos dizer que se estava demonstrando a autonomia do processo em face do direito material, sendo que o processo apresentava-se como uma relação jurídica, mais precisamente, uma relação jurídica de caráter processual totalmente distinta da relação material deduzida. Mas não se tratava de uma simples relação jurídica, e sim de uma relação jurídica contínua, que se desenvolve paulatinamente, num constante movimento e sofrendo transformações<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> João Mendes de Almeida Jr. compara processo a uma idéia de movimento, “O PROCESSO JUDICIAL, portanto, é o movimento dos atos da ação judiciária, ou melhor, o MOVIMENTO DOS ATOS DA ACAO EM JUIZO” (*Direito judiciário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 231). Depois, afirma que o processo é o movimento na forma intrínseca, e o procedimento na forma extrínseca, “Uma cousa é o PROCESSO, outra cousa é o PROCEDIMENTO: o PROCESSO é uma direcção no movimento; o PROCEDIMENTO é o *modo* de mover e a *forma* em que é movido o ato. (...) Assim, o PROCESSO é o movimento em sua forma intrínseca; o PROCEDIMENTO é este mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporaes e se revela aos nossos sentidos” (op. ult. cit., p. 264-265).

<sup>187</sup> Hodiernamente essa noção adjetiva do direito processual é rechaçada de forma veemente. Por todos, ver LIMA, Alcides de Mendonça. *Direito adjetivo. Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 287-292,

<sup>188</sup> Talvez a teoria que definiu o processo como sendo uma relação jurídica tenha sido a primeira a demonstrar a sua autonomia. O certo é que se atribui a Oskar Bülow a sistematização dessa teoria, mas não a sua criação. Fala-se que o grande filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, em sua obra *Filosofia do Direito*, já defendia que o processo seria uma relação jurídica, e que Bethmann-Hollweg a positivou: “Daí a idéia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por Hegel, positivada por Bethmann Holweg, e explanada especialmente por Oskar Bölow, e depois por Kohler e muitos outros”, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 55. No mesmo sentido: ALSINA, Hugo, *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956, v. 1, p. 416; GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 131.

<sup>189</sup> BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964, p. 2-3.

<sup>190</sup> “La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. (...) La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación”, BÜLOW, Oskar, op. cit., p. 2-3.

A partir da sistematização da teoria relacional do processo, a doutrina passou a adotá-la quase em sua totalidade. Assim, diversos processualistas passaram a melhor estudá-la. Alguns se destacaram. Primeiramente, surgiu, em 1885, a idéia de Adolf Wach. Para ele, o processo é uma relação jurídica que envolve tanto o autor e o Estado-juiz, como o réu e o Estado-juiz e também o autor e o réu diretamente<sup>191</sup>. É a chamada teoria triangular da relação processual<sup>192</sup>. Depois, veio a idéia de Josef Köhler, em 1888. Por ela, a relação processual só se dá entre o autor e o réu, ela não envolveria o Estado-juiz, pois esse não tem interesse na causa. A tese de Köhler pode ser considerada, tardiamente, uma teoria privatística do processo. Por fim, surgiu a idéia de Konrad Hellwig, que elaborou a chamada teoria angular da relação processual, pois essa não pode envolver diretamente o autor e o réu, de modo que todos os atos, para serem considerados processuais, devem passar pelo vértice do ângulo: o Estado-juiz<sup>193</sup>.

Contudo, embora a teoria relacional tenha angariado muitos adeptos, sua aceitação nunca foi uníssona. Desse modo, apareceram algumas teorias que a combateram. Primeiramente, surgiu, na Alemanha, a teoria de James Goldschmidt<sup>194</sup>, que afirmava ser o processo uma situação jurídica<sup>195</sup>. Depois, na Espanha, houve a formulação, a partir dos

<sup>191</sup> Cf. WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977, v. 1, p. 64 e segs.

<sup>192</sup> São adeptos dessa corrente, dentre outros: ROSENBERG, Leo. *Tratado del derecho procesal*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEJA, 1955, t. 1, p. 10; SCHONKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950, p. 19; GUIMARÃES, Luiz Machado. A instância e a relação processual. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 69; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 82; OLIVEIRA, JR., Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 1968, v. 1, p. 192; FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, t. 2, p. 80.

<sup>193</sup> É a tese aceita por, por exemplo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 2, p. 371; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 196; PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções: processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, p. 29; COSTA, José Rubens. *Manual de processo civil: teoria geral e ajuizamento da ação*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 7; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212, nota 422; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985, p. 298.

<sup>194</sup> Cf. GOLDSCHIMDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 55.

<sup>195</sup> Como foi aludido no primeiro capítulo, a conceito de situação jurídica para Goldschmidt é diferente do aqui defendido. O professor de Berlim, de fato, não via o processo como é, mas sim como ele se apresenta em determinadas situações práticas (Nesse sentido, CALAMANDREI, Piero. El proceso como situación jurídica. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1945, p. 223). Sua visão do direito processual é bem pessimista, “Goldschmidt não teve sua teoria aceita geralmente. Críticas severas lhes foram feitas e justas. Seu conceito de situação jurídica é antes sociológico do que jurídico; ele estuda o

franceses, da teoria institucional do processo, cujo baluarte foi Jaime Guasp<sup>196</sup>. Essas teorias, posto que muito legítimas, não conseguiram ganhar grandes adesões, de modo que a teoria relacional continuava imperando<sup>197-198</sup>.

Desse modo, o procedimento, que, na fase privatística, era considerado como o próprio processo, foi feito de tábula rasa<sup>199</sup>. O estudo do processo passou a ser pautado pelo estudo da relação processual, o conjunto de atos não deveria ou, no mínimo, não era estudado, de modo a que fosse aperfeiçoado. No entanto, tal anomalia da ciência processual não poderia perdurar tanto. Assim, começou, na Itália, a redescoberta do procedimento como um instituto fundamental dos estudos dos processualistas. É difícil dizer, precisamente, que autor foi o primeiro a recolocar o procedimento no seu lugar

---

processo não como teoricamente deve ser, mas como resulta de possíveis deformações que venha a sofrer na prática, vale dizer, quer fazer ciência com o patológico, com a aberração, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço para uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

<sup>196</sup> GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, v. 1, p. 21-23. Segue-a, ALONSO, Pedro Aragonese, op. cit., p. 205-206. Outro seguidor famoso da teoria institucionalista do processo é o uruguaio COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 144-145. Todavia, é cediço que, doravante, ele abandonou a idéia de processo como instituição, passando a defender novamente que o processo é uma relação jurídica: “No cabe esperar que la definición del proceso como institución vaya a revolucionar la ciencia del derecho, ni que haya de sustituir a las otras concepciones hoy dominantes, en particular a la que concibe el proceso como una relación jurídica, a la que hemos prestado y continuamos prestando adhesión”, COUTURE, Eduardo J., *apud* ALSINA, Hugo, op. cit., p. 427-428.

<sup>197</sup> A teoria de Goldschmidt foi muito criticada, vejamos: “La teoría de la situación jurídica destruye sin construir; por ella se pierde la visión de conjunto que el concepto de relación procesal permite ver en el proceso una unidad. (...) Esta doctrina considera el proceso no como debe ser, sino como es a veces en la vida judicial; es decir, según lo hace notar Calamandrei, el proceso sería un medio para actuar el derecho, sin un medio para hacer valer como derecho lo que es, criterio demasiado realista que no puede constituir el fundamento de una doctrina científica”, ALSINA, Hugo, op. cit., p. 423; “James Goldschmidt não encara o processo como é de *iure* e sim como se apresenta *de facto*, por força da imperfeição humana. E é preciso notar ademais que, malgrado essa incapacidade humana, o Direito é, na maioria das vezes, aplicado retamente e, portanto, não há porque considerar, mesmo *de facto*, o aspecto patológico do processo. A consideração empírica, não apenas do processo, mas de todo o Direito, tal como é na realidade, longe de contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica, termina por desembocar num ceticismo que tem como conseqüência única o desprezo do Direito e a volta à solução violenta dos conflitos, com o primado da força. A concepção de Goldschmidt se resolve numa técnica do oportunismo e, em lugar de instrumento para a perfeição da Justiça, o processo passa a constituir a ferramenta, a gazuza para o ‘descuidista’, sempre alerta aos cochilos dos demais sujeitos”, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 287.

<sup>198</sup> Quanto à teoria da instituição, não podemos defendê-la. A idéia central de instituição como algo permanente (por exemplo, o casamento) exposta pelos franceses, notadamente Maurice Hauriou, não pode ser aplicada ao processo. Como defender que o processo deve ser algo duradouro? Fez bem um de seus baluartes - Eduardo J. Couture - tê-la abandonado posteriormente.

<sup>199</sup> “No desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob influência de BÜLOW, reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito”, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 63.



merecido<sup>200</sup>, mas podemos, sem dúvida, dizer que o grande propagador e sistematizador dessa idéia é Elio Fazzalari<sup>201</sup>.

Pois bem, o procedimento é um conjunto de atos destinados a um fim, que é o provimento final<sup>202</sup>. Esse conjunto de atos, por si só, é um ato-complexo de formação sucessiva. O procedimento é entendido, hoje, sem maiores problemas, como o aspecto formal do processo, o aspecto extrínseco, o que aparece, o que se materializa nos autos<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Podemos observar em Enrico Redenti uma caracterização mais procedimentalista do processo: “La parola processo nella accezione vulgata serve ad indicare un fenomeno considerato nel suo sviluppo (così si sentirà parlare per esempio di un processo morboso o di un processo di frabricazione e, in campo più prossimo al nostro, del processo di formazione di un atto legislativo o amministrativo). Nel linguaggio tecnico delle nostre fonti, a cominciare dal codice de procedura civile, si dà più precisamente il nome di processo allo svolgimento pratico concreto di attività intense alla formazione di provvedimenti giurisdizionale”, REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Diritto processuale civile: nozione e regole generali*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 101. Por seu turno, Ugo Rocco assim define processo, “En nuestro caso, proceso es el desarrollo de una de las tres funciones fundamentales del Estado: la función jurisdiccional o judicial, sobre la cual hemos disertado ampliamente. Podemos, pues, definir el proceso civil como *el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil*” (*Teoría general del proceso civil*. Trad. Felipe de J. Tena. México: Porrúa, 1959, p. 81).

<sup>201</sup> Para ele, o processo passou muito tempo sendo reconhecido erroneamente como uma relação jurídica, os processualistas não atentaram nem mesmo para o desenvolvimento do procedimento na ciência jurídica, que estava sendo feito pelos administrativistas, esses, por mais incrível que pareça, elaboraram o conceito e a disciplina do procedimento apenas no tocante à jurisdição, esquecendo o âmbito administrativo. Eis as suas palavras, “Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o ‘processo’ (esquema da disciplina de sua competência) e permanecerem ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado *clichê* pandetístico da ‘relação jurídica processual’. E, quando, finalmente, mudaram o conceito de procedimento, oferecido pelos juspublicistas, não colheram nem aprofundaram, no seu âmbito, um conceito completo de ‘processo’. Da sua parte, os administrativistas elaboraram a disciplina e o conceito de ‘procedimento’ partindo exatamente do modelo de atividades de justiça, como um arquétipo óbvio, sem, porém, chegarem à constatação de que tal modelo não é exclusivo da justiça, mas sim um esquema de teoria geral, utilizável e utilizado além da jurisdição em qualquer setor do ordenamento, como também, justamente, naquele da administração pública”, FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 11-112.

<sup>202</sup> Uma conceituação interessante de processo é a do professor da UNAM Carlos Arellano Garcia, que se assemelha muito a definição de procedimento, vejamos “Por tanto, entendemos por proceso jurisdiccional el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas” (*Teoría general del proceso*. México: Porrúa, 1980, p. 12).

<sup>203</sup> “Ora o processo pode ser analisado a partir de dois ângulos distintos: um externo, que caracteriza o procedimento, e outro interno, pertinente às relações entre os sujeitos processuais”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251-252. Salvatore Satta, ao seu modo, fala que, “o processo se apresenta extrinsecamente como uma série de atos em conformidades com aqueles sujeitos e ligados entre si por um nexo de coordenação para um fim” (*Direito processual civil*. Trad. Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 225).

Desse modo, podemos definir que o procedimento é um aspecto do processo, mas não ele todo. O processo, portanto, é um gênero, do qual o procedimento é uma espécie<sup>204</sup>.

Fazzalari, no entanto, inverte essa ordem. Afirma que o procedimento é que constitui o gênero, o processo é que a espécie. Para Fazzalari, o que qualifica o processo dentro do gênero procedimento é o contraditório, daí a sua doutrina ser conhecida como a do processo como procedimento em contraditório<sup>205</sup>.

Mas o que levou Fazzalari a inverter a ordem estabelecida? Ele parte do princípio de que a relação jurídica não serve para qualificar o processo. Pior, defendendo que o processo é uma relação jurídica, estaríamos defendendo que há um estado total de subjugação de um sujeito perante outro<sup>206-207</sup>. Assim, o que passa a ser importante para a

---

<sup>204</sup> Adroaldo Furtado Fabrício tem uma visão bem particular dos conceitos de processo e procedimento, Vejamos: “Com efeito, processo é o conjunto mesmo dos atos entre si encadeados e orientados no sentido da solução do litígio, ao passo que por procedimento se designam a ordem, a forma e a disposição desses atos na série, variáveis segundo as exigências da relação de Direito Material afirmada, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionam o legislador”, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 8, t. 3, p. 03. Parece que o professor gaúcho defende que processo é o conjunto de atos e o procedimento as suas formalidades. Nada obstante e com toda vênia que é devida, não concordamos com a sua idéia. Processo é um todo, procedimento uma parte, a parte explícita, o conjunto formado pelos atos processuais. A forma, a ordem, a disposição desses atos é uma parcela do que se chama de formalismo processual. Esse é a forma dos atos processuais, mais as formalidades exigidas para cada tipo de procedimento e mais a disposição de poderes dada aos sujeitos processuais. Nesse sentido, vejamos a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em obra já clássica, primeiramente, dando o conceito de forma e de formalidade, “A forma em sentido estrito é o invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração. A doutrina, além disso, distingue a forma em sentido estrito, da forma em sentido amplo, incluindo nesta última acepção, além do meio de expressão (da língua), também as condições de lugar e tempo em que se leva a efeito o ato processual. Todavia, a rigor tais condições não são intrínsecas ao ato, logo são circunstâncias, que, por delimitarem os poderes dos sujeitos processuais e organizarem o processo, integram o formalismo processual, mas não a forma em sentido estrito. Essas circunstâncias, não intrínsecas ao ato, constituem exatamente as *formalidades*, consideradas como ato, fato ou prazo previsto por uma norma geral a fim de condicionar o exercício das funções de um órgão ou de um agente” (*Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 05). Depois, ele conceitua formalismo, “O formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais” (op. ult. cit., p. 6-7).

<sup>205</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 5-6.

<sup>206</sup> “O processo não se confunde com a situação de direito material, ou situação de direito substancial, cuja existência ou cujos efeitos neles se discutem, como se expôs, já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito. É por isso que o particular tem, na função da jurisdição, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua, na imposição do ato de caráter imperativo. Assim, mesmo à situação de direito substancial já não se poderia, coerentemente, aplicar a figura da relação jurídica que, nascida do individualismo do século passado, constituía-se em vínculo entre sujeitos, vínculo que, mesmo dito de ‘coordenação’, expressava, apenas, momentos alternados de subjugação”, GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit., p. 98.

definição do processo é o procedimento. Fazzalari compartilha a idéia de que o procedimento é uma série de atos preparatórios a um ato final<sup>208</sup>. Quando o procedimento é realizado em contraditório, estamos diante de um processo<sup>209</sup>.

Podemos dizer que Elio Fazzalari redescobriu a importância do procedimento para o direito processual, que ficou praticamente ignorado com o advento da teoria do processo como relação jurídica. Por isso, pode-se afirmar que, a partir de sua obra, iniciou-se uma nova fase no estudo do procedimento<sup>210</sup>. Via-se, desse modo, o procedimento como a expressão unitária do processo. Numa breve síntese do estudo do procedimento na história da ciência processual, podemos dizer que ele passou por três fases bem distintas<sup>211</sup>: primeiramente, a fase procedimentalista, quando o processo era, basicamente, o procedimento, situava-se na fase privatística do direito processual; depois, veio a fase do procedimento como a expressão externa do processo. Essa fase surgiu com a teoria da relação processual; por fim, com a obra de Fazzalari, surgiu essa nova fase – o procedimento como a expressão unitária do processo<sup>212</sup>.

---

<sup>207</sup> Numa breve síntese, podemos dizer, tal qual já defendido no primeiro capítulo, que relação jurídica é uma espécie do gênero situação jurídica. A diferença entre relação jurídica e as demais espécies de situações jurídicas consiste no fato de que, na primeira, existe a pluralidade de sujeitos, enquanto que nas outras, não. Ainda sobre o tema, Lourival Vilanova afirma, baseado em Legaz y Lacambra, que o conceito de situação jurídica não suplanta o de relação jurídica (*Causalidade e relação no direito*, op. cit., p. 19).

<sup>208</sup> O professor de *La Sapienza*, no entanto, não vê o procedimento como um ato complexo, no qual a adição dos atos procedimentais forma um ato só – um ato complexo-, nos moldes que visualizamos no primeiro capítulo, “O procedimento se distingue claramente do ‘ato composto’ e do ‘ato complexo’: como já se disse, estes últimos são combinações que regulam, exatamente, um único ato – ou, se se preferir, uma só ‘fatispécie’ enquanto o procedimento não pode ser delineado como ‘fatispécie’ unitária”, FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, op. cit., p. 115. Entendendo de modo conexo ao afirmar que “o processo pertence à categoria do acto-procedimento e não à categoria do acto complexo”, SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da relevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 123.

<sup>209</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, op. cit., p. 112-114.

<sup>210</sup> Para Antonio Scarance Fernandes, em sua tese de cátedra, Fazzalari tem uma importância fundamental nessa nova fase do procedimento. O professor titular da USP cita a obra de Nicola Piccardi como uma precursora dessa nova fase procedimental (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31, nota 23).

<sup>211</sup> Para um estudo mais completo dessas fases do procedimento, vide FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 23-36.

<sup>212</sup> Nesse sentido, FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 28-30. Em sentido totalmente oposto, afirmando que a unidade do processo está na relação jurídica, “La serie de actos procesales, próximos pero distintos, en el espacio y en el tiempo, que constituye exteriormente el proceso, puede entenderse como una unidad sólo cuando estos actos se conciben como manifestación visible de una relación jurídica única: la relación procesal es la fórmula mediante la cual se expresa la *unidad* y la *identidad* jurídica del proceso”, CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1986, v. 1, p. 343. Entendendo de modo semelhante, “Entretanto, o processo não é uma

Pelo exposto, podemos dizer que a redescoberta do procedimento foi fundamental para o desenvolvimento da ciência processual. A partir dela, o estudo do processo deixou de ter o caráter meramente autonomista, típico da fase relacional, e passou a ser visto sob outro prisma: o de que o processo é um meio primordial para a realização efetiva do direito substancial. E, além do mais, todo direito, para ser criado, precisa ser procedimentalizado<sup>213</sup>. O procedimento é fator de legitimação das decisões, notadamente das decisões estatais jurisdicionais<sup>214</sup>. E é, sem dúvida, o procedimento, e não a relação processual, que faz o processo ser um todo unitário<sup>215</sup>. Inclusive, podemos definir o princípio do devido processo legal, ao menos no seu sentido formal, como o direito a um procedimento com as regras previamente estabelecidas, o direito a um procedimento que possa dar o máximo de efetividade para o direito material ameaçado ou lesado<sup>216</sup>.

A tese de Fazzalari ganhou muitos adeptos, inclusive no Brasil<sup>217</sup>. Contudo, não nos parece ser de todo correta, ao menos, do ponto de vista conceitual. Não se pode

unidade apenas porque os diversos atos, de que se compõe, se associam com um objetivo comum. Essa unidade é característica de qualquer empresa, ainda que não jurídica, a exemplo de uma obra de arte, a construção de um edifício, uma experiência científica. O processo, ao contrário, é uma unidade *jurídica*, uma empresa *jurídica*, em outros termos, uma relação *jurídica*”, CHIOVENDA, Giuseppe, op. cit., p. 55.

<sup>213</sup> É por isso que o professor baiano Calmon de Passos critica a chamada instrumentalidade do processo. Segundo ele, não se pode dissociar o direito do processo de sua produção, ambos formam um todo único e necessário. O processo é nada mais que a linguagem que dá concreção ao direito (Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 64).

<sup>214</sup> “A função do procedimento é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos (...). A força motriz do procedimento é, porém, a incerteza quanto aos resultados. Esta incerteza constitui a força impulsionadora do procedimento, o fator efetivo de legitimação (...). Daí que ela tenha de ser tratada e mantida no procedimento com todos os cuidados e através dos meios de protocolo – por exemplo, através da declaração enfática da independência e imparcialidade do juiz”, LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 97-98.

<sup>215</sup> Segundo Juan José Monroy Palacios, “...el procedimiento, como manifestación concreta del proceso, constituye el concepto matriz a partir del cual se analiza la estructura de aquél” (Admisibilidad, procedencia e fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. *Teoría do processo*, op. cit., p. 438). De acordo com Hernando Devis Echandía, a unidade do processo está não só na concatenação dos atos, mas também no valor que a lei outorga a tais atos (*Teoría general del proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003, p. 156).

<sup>216</sup> “O procedimento, além de ser revitalizado como instituto de fundamental importância no direito processual, foi considerado elemento de legitimação do poder decisório do Estado, em quaisquer planos de sua atuação: legislativo, administrativo e judiciário. Mais que isso. Entendeu-se que há um direito ao procedimento, alçado direito fundamental. Enunciados objetivamente os princípios e as regras constitucionais que, em seu conjunto, formam o arcabouço das normas de direitos fundamentais constitucionais”, FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 37.

<sup>217</sup> No Brasil, podemos dizer que são seguidores de Fazzalari, além do já citado Aroldo Plínio Gonçalves: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, op. cit., p. 111-115; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 2. ed. São Paulo: Síntese, 1999, p. 83-85; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do

relegar que o processo também é formado por uma relação jurídica, ainda mais neste trabalho, que adota escancaradamente a teoria do fato jurídico. Negar a teoria relacional como um todo é negar que os atos processuais, notadamente a demanda e a citação, produzam efeitos!

Finalizando o item, é válido aludir a uma teoria defendida por importantes juristas pátrios<sup>218</sup>. Eles afirmam ser o processo uma entidade complexa, criticam tanto a teoria da relação jurídica por não dar ênfase ao procedimento, como a teoria do procedimento em contraditório por relegar a relação jurídica. Nesse diapasão, processo seria “o procedimento animado pela relação jurídica processual”<sup>219</sup>. Parece-nos ser essa corrente doutrinária a mais correta, lógica e a que melhor enquadra o processo na teoria do fato jurídico<sup>220</sup>.

## 2.2. Conceito de processo.

Podemos afirmar, a partir das teorias referidas acima, que o processo é um fato jurídico. Melhor dizendo, é um procedimento – série de atos que visam à produção de um ato final – e uma relação jurídica, que é a eficácia desses atos, notadamente da demanda e da citação. Como fato jurídico que é, o processo deve passar pelos três planos

Advogado, 2005, p. 145; MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

<sup>218</sup> Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 103. Também: FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental*. São Paulo: RT, 1991, p. 79-80; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

<sup>219</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 128.

<sup>220</sup> Por fim, vale lembrar, neste rodapé, da teoria que afirma ser o processo uma categoria jurídica autônoma. Por ela, nenhum dos conceitos que já foram imputados ao processo estão corretos. Processo seria, assim, algo novo. Capitaneia essa corrente o jurista espanhol Juan Montero Arouca (En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 36). No Brasil, temos como seu seguidor o processualista penal Afrânio Silva Jardim: “um posicionamento corajoso, qual seja, admitir que o processo já foi desvendado suficientemente em sua estrutura peculiar, tendo ontologia própria, hábil a concebê-lo como categoria autônoma dentro do quadro da teoria geral do processo”. Santiago Sentís Melendo, por sua vez, chega a admitir a categorização do processo como algo novo, senão vejamos, “A mi parece mucho más interesante la determinación a que se refiere Couture, de si el proceso forma de alguna de las figuras conocidas del derecho o si, por el contrario, constituye por sí solo una categoría especial. Y no veo la necesidad de llevarlo a otras categorías jurídicas. El proceso tiene características y vida propia y ha de ser contemplado con ‘tal proceso’. Poco importaría que fuere una ‘relación’ o una situación, si estos conceptos son tan amplios, que se sintiera la necesidad de delimitaciones dentro de los mismos para llegar a la figura concreta del ‘proceso’” (*Teoría y práctica del proceso: ensayos de derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1959, v. 1, p. 44).

fenomenológicos: existência, validade e eficácia. Esse é o objeto deste capítulo. É o que passaremos a ver abaixo.

### **3. O plano da existência do processo<sup>221</sup>.**

Como se forma o processo? O que é necessário para que ele exista? Como dito alhures, Oskar Bülow conseguiu demonstrar a autonomia do processo através da constatação da existência dos pressupostos processuais. Vejamo-los.

#### **3.1. Os “pressupostos processuais”<sup>222</sup>.**

##### **3.1.1. “Pressupostos processuais” no âmbito da fenomenologia jurídica<sup>223</sup>.**

Como dissemos, a constatação da existência dos pressupostos processuais deve-se a Oskar Bülow. Entretanto, a idéia original do processualista germânico era a de que os pressupostos só diriam respeito à existência do processo. Com relação à validade do procedimento, deve-se creditar a realização aos italianos<sup>224</sup>, notadamente ao professor da Universidade de Roma Giuseppe Chiovenda<sup>225</sup>. Pois bem. Para uma correta compreensão da problemática posta, é necessário analisar, obrigatoriamente, os “pressupostos processuais” dentro da fenomenologia jurídica<sup>226</sup>. Pois, como visto no item anterior,

---

<sup>221</sup> Não faremos, por razões metodológicas, uma classificação dos fatos processuais, que diz respeito ao plano da existência. Faremos, tão-somente, uma breve resenha do que é necessário para a existência do processo, entendido como relação jurídica e procedimento. Adiantando, no último capítulo, vamos abordar uma das tantas classificações dos atos processuais: a que diz respeito aos atos das partes, onde está a noção de ato postulatório.

<sup>222</sup> A expressão “pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo” contida no art. 267, IV, CPC, é muito confusa. Por ela, fica muito complicado sistematizar os “pressupostos processuais”. Esse trabalho cabe, sem dúvida, à doutrina.

<sup>223</sup> A expressão fenomenologia jurídica utilizada acima diz respeito ao estudo do fato jurídico em seus três planos fenomenológicos: existência, validade e eficácia.

<sup>224</sup> Podemos extrair o dito da obra de José Orlando Rocha de Carvalho, “Com efeito Oskar von Bülow jamais aventou a possibilidade da existência de pressupostos processuais de validade do processo. Em nenhum momento, pois, de sua instigante obra se pode dizer que Bülow tenha feito alguma concessão ao aspecto da validade como integrante do conceito dos pressupostos processuais. E, mais: se Bulow não fez referência expressa à validade não se pode dizer que a tenha admitido de forma implícita em sua teoria” (*Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55. Do mesmo modo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 471.

<sup>225</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, op. cit., p. 67-68.

<sup>226</sup> Há autores que não adotam a classificação que divide os “pressupostos processuais” nos planos da existência e da validade: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953, p. 61-62; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005,

processo é, pelo menos, a conjugação de uma relação jurídica e um procedimento. Para poder ser gerada a relação processual (eficácia do fato jurídico demanda) e ser iniciado o procedimento, é necessário a presença de alguns elementos. Podemos afirmar que o vocábulo pressuposto diz respeito aos elementos necessários à constituição de um ato, porquanto pressuposto é algo antecedente ao ato, diz respeito, assim, à sua formação<sup>227</sup>. Passaremos, doravante, a nos referir à palavra pressuposto, apenas no tocante ao plano da existência do processo, daí porque a grafia da expressão pressupostos processuais ser feita entre aspas.

Em relação à validade, deve-se utilizar o vocábulo requisito para sua conceituação<sup>228</sup>, porquanto os requisitos compõem a integridade do ato e pressupõem a sua existência<sup>229</sup>. Os requisitos são atributos (qualidades) dos pressupostos<sup>230</sup>, complementam-no (daí a razão que, do ponto de vista abstrato, os requisitos são

v. 1, p. 103; FREITAS, José Lebre de. *Ação executiva*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 33; VESCOVI, Enrique. *Teoria general del proceso*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 81; AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 59-60; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 57-58; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 76-77; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30-31; ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 209; MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 12, p. 138; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15-16; SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 810-811; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123; BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Manole, 2003, v. 1, p. 104-105. Parece-nos, também, ser este o entendimento de BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 52-53.

<sup>227</sup> Nesse sentido: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105-106; CARVALHO, José Orlando Rocha de, op. cit., p. 207.

<sup>228</sup> “Pressuposto é premissa, é postulado, e, portanto, está no plano do ser (*é conceito ontológico-epistemológico*). Validade, ao revés, é critério, é requisito de comprovabilidade posterior e, portanto, está no plano do dever ser, sendo, por conseguinte, conceito que se insere no plano *jurídico-axiológico*. *O plano da existência é descritivo (ser); O da validade é prescritivo (dever ser)*”, CARVALHO, Jose Orlando Rocha de, op. cit., p. 93.

<sup>229</sup> Pontes de Miranda utiliza a seguinte divisão no tocante aos pressupostos, “O que importa é atender-se à diferença entre (a) pressupostos da relação jurídica processual, o que diz com a sua existência, (b) pressupostos processuais, isto é, do procedimento, portanto, em sentido diferente do que atribuiu ao nome Oskar Bülow e é o que lhe dá Wilhelm Sauer, pressupostos que se referem à validade da atuação, e (c) pressupostos de eficácia, de cuja falta emana ineficácia. Não se confunda, tampouco, o bom êxito das críticas à classificação de alguns pressupostos entre pressupostos da relação jurídica processual, com o bom êxito da crítica ao conceito” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 2, p. 246).

<sup>230</sup> Assim, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23, p. 123.

chamados de elementos complementares do suporte fático). Por exemplo, para a existência do negócio jurídico, é necessário agente (pressuposto); para a validade, agente capaz (requisito).

### 3.1.2. Pressupostos de existência do processo<sup>231</sup>.

#### 3.1.2.1. Conceituação.

Como visto no item anterior, os pressupostos compõem a formação do processo (relação jurídica + procedimento), assim sendo, eles dizem respeito à sua existência. Existem, a nosso ver, três pressupostos necessários à formação do processo<sup>232</sup>, um de natureza objetiva, que é a demanda; e dois subjetivos, que são: a investidura do órgão de jurisdição e a capacidade de ser parte do autor da demanda.

---

<sup>231</sup> O italiano Enrico Tullio Liebman afirma que só existem os requisitos de validade (*Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 41-42). Entendendo do mesmo modo: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 34; PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, v. 3, p. 257. Ainda sobre o tema, “Os pressupostos processuais são diversos, conforme trate de processo de conhecimento, processo executivo ou de processo cautelar. Alguns distinguem os pressupostos de existência do processo dos pressupostos de validade do processo, distinção essa de pouca relevância prática. É que todos eles, em última análise, não passam de pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional para a composição da lide”, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1, p. 143. Por fim, o professor da UNICAP Ricardo Paes Barreto afirma que existem pressupostos de existência, contudo, logo após, diz que a ausência deles não leva à inexistência do processo: “Podemos destacar, dentre todos acima indicados, como pressupostos processuais de existência do processo, a citação válida, o procedimento regular, a devida e competente jurisdição e a capacidade postulatória, sem os quais, qualquer deles, mesmo havendo sentença, jamais esta passará em julgado, pois inexistente processo (...). A não observância de qualquer desses pressupostos, não implica em inexistência do processo, mas em nulidade procedimental, desafiando ação rescisória” (*Curso de direito processual civil: conforme a jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121).

<sup>232</sup> Giuseppe Chiovenda relaciona os pressupostos de existência do processo, “Para la existencia de una relación procesal se exige una demanda y un órgano jurisdiccional a quien se dirija” (*Principios del derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Réus, 1977, t. 2, p. 104). Depois, dá exemplos para demonstrar se o processo existe ou não, “Si la demanda se dirige a un particular o a un órgano administrativo privado de todo jurisdicción, o a un órgano jurisdiccional, pero sin poder de decisión (juez delegado, conciller, auditor judicial), la relación existe, y no hay obligación alguna de proveer siquiera para declarar que no se puede proveer; por consiguiente, no se concebiría una querrela ni una acción por denegación de justicia, etc. Si la demanda se dirige a un órgano provisto de jurisdicción especial, pero en materia no atribuida a él por la ley, la relación procesales nula por defecto de jurisdicción; pero existe actualmente, porque el juez especial tiene, por lo menos, la obligación de declararse incompetente” (ibidem).



Os pressupostos de existência do processo são, na verdade, os elementos nucleares (lembrando: a ausência deles leva a não ocorrer a incidência da norma sobre a *fattiespecie* concreta) do suporte fático do procedimento.

Veremos agora, rapidamente, a demanda, os demais pressupostos serão analisados no capítulo seguinte. Podemos, desde já, dizer que os pressupostos de existência resumem-se na expressão: alguém pedir a tutela jurisdicional. Por fim, devemos afirmar, por ora, que a citação não é pressuposto de existência do processo, o início do processo dá-se, em regra<sup>233</sup>, com a interposição da demanda, e não com a citação<sup>234</sup>.

<sup>233</sup> Um tema interessante é o dos processos que podem ser iniciados de ofício pelo magistrado, como o inventário. Assim sendo, existe processo sem demanda? Sim, entretanto, o fato jurídico do processo não é a citação, como quer José Maria Tesheiner: “No caso excepcional de processo iniciado de ofício, é a citação que faz nascer a relação interpessoal juiz-réu-autor, este no sentido de eventual beneficiário da atividade judicial. Chegamos, assim, a um resultado contraditório, por havermos, primeiro, afirmado que a demanda constitui pressuposto de existência do processo, admitindo, depois, a existência jurídica do processo iniciado de ofício. Supera-se a contradição observando-se que o processo é relação jurídica que supõe fato jurídico que a constitua; tal fato é, via de regra, a demanda; excepcionalmente, a citação” (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36.). O fato jurídico do processo não é a citação, mas sim a instauração oficial pelo juiz. Fredie Didier Jr. trata da matéria: “O ato introdutório do objeto litigioso nem sempre é praticado por alguém, estranho ao juízo. Há procedimentos instaurados por provocação oficial, como são os casos dos incidentes em julgamento de tribunal (declaração incidental de inconstitucionalidade de lei e uniformização de jurisprudência), do conflito de competência e alguns procedimentos de jurisdição voluntária (arts. 1.129, 1.142, 1.160, 1.171 e 1.190, CPC)” (*Pressupostos...*, op. cit., p. 132.). E continua, afirmando que processo iniciado por juiz, quando esse não tem autorização legal a fazê-lo, é processo viciado e não inexistente. Isso vem a corroborar com o nosso pensamento, vejamos: “Procedimento instaurado por provocação do magistrado, que não estava autorizado a fazê-lo, é procedimento existente, mas defeituoso. Nesse caso, a questão se resolve pelo impedimento do magistrado (requisito subjetivo de validade do processo), que não pode ser ao mesmo tempo parte e juiz da própria causa (art. 134, I, CPC), ou pela falta de legitimação extraordinária, pois o magistrado não estaria autorizado a conduzir processo cujo objeto seja de interesse de outrem” (op. ult. cit., p. 133.).

<sup>234</sup> Esse é o entendimento de vários juristas, tais quais: CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., v. 1, p. 351; SCHONKE, Adolf, op. cit., p. 17 LUGO, Andrea. *Manuale de diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Dott. A. Guiffré Editore, 1958, p. 22; LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, v. 1, p. 480-481; ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile: parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 1, p. 62-63; REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra: Editora, 1948, v. 1, p. 366; GUASP, Jaime; ALONSO, Pedro Aragoneses. *Derecho procesal civil: introducción, parte geral y procesos declarativos ordinários*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2002, t. 1, p. 321; ORDEÑANA, Juan Goti. *Tratado de derecho procesal canónico*. Madrid: Editorial COLEX, 2001, p. 282; RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael. *La demanda judicial canónica*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2002, p. 37-39; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 182; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 208; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9; PACHECO, José da Silva. *Curso de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 143; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 180-181; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 303; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2, p. 216; AZEVEDO, Luiz Carlos; CRUZ E

### 3.1.2.2. A demanda.

A demanda é o ato de exercer o direito abstrato de ação. Ela se materializa na petição inicial, que é seu instrumento<sup>235</sup>. É praticamente uníssono na doutrina que ela é pressuposto de existência do processo<sup>236</sup>. Para Celso Neves, inclusive, ela é o único<sup>237</sup>. A

---

TUCCI, José Rogério. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, p. 114-115; BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 110; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 394-395; DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 29; GUERRA, Willis Santiago; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Fundamentos do procedimento ordinário*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2004, p. 79-80; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 58, p. 11; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 34; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 369-370; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 231; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...*, op. cit., p. 132; PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: RT, 1998, v. 1, p. 1275; PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, 1. I, p. 738; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 168; LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 211; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 108; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 315; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116-117; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 585; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 415; COSTA, COQUEIJO. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 98; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 375; SAAD, Eduardo Gabriel. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 358-359; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 227-228. Luís Eulálio de Bueno Vidigal assenta que a sentença dada à revelia do réu, tendo esse sido invalidamente citado, é nula (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 6, p. 39).

<sup>235</sup> “A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é o contrato, a petição inicial não é a demanda. A demanda é um ato jurídico que requer forma especial. A petição inicial é uma forma da demanda, o seu instrumento”, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, v. 1, p. 353.

<sup>236</sup> José Roberto dos Santos Bedaque afirma que pressuposto de existência do processo é apenas a jurisdição (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 213. Com toda vênha devida, não concordamos com tal afirmação. O processo é a soma de um ato jurídico complexo, inaugurado pela demanda, que gera efeitos (a relação processual). Como vimos dantes, um ato jurídico é algo dinâmico, surge depois da incidência da norma sobre um suporte fático. Somente o poder do Estado de julgar – a jurisdição – não faz o processo existir, não ocorre a concreção do suporte fático processual e, por isso, não haverá incidência normativa. É necessário, assim, que alguém peça algo ante a um órgão jurisdicional para o processo existir dinamicamente: “o plano da existência é o plano da investigação do suporte fático, ou seja, do fato ou do conjunto de fatos aptos a produzir efeitos jurídicos. Exatamente por isso, no exame da existência jurídica impõem-se dos atos humanos ou dos atos não-humanos aptos a produzir eficácia jurídica. Atos humanos são, parece não haver dúvida, fenômenos também físicos. Por mais fértil que seja a terra, não há arvore sem sementeira; por mais potente que seja o motor, não sairá do lugar o automóvel, que sem o acionamento da ignição” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 133). Ainda sobre o tema, Lourival Vilanova, citando Ugo Rocco, nos traz passagem bem interessante, que vem a corroborar com o afirmado, “Sem o exercício do direito subjetivo público, ao qual corresponde a

demanda sendo interposta perante um órgão jurisdicionado dá início à relação processual. Com relação ao procedimento, ela é seu ato-zero. O vocábulo demanda é sinônimo de ação exercida, ação concreta, ação processual, remédio jurídico processual, causa, pleito etc. Contudo, pressuposto de existência do processo é apenas o ato de pedir (demanda continente), e não o que se pede (demanda conteúdo: causa de pedir e pedido), esse, por sua vez, é requisito de validade do procedimento. Não é concebível falar de processo sem demanda, pois ela é seu fato “gerador”<sup>238</sup>. Vale re-frisar que não existe nada no mundo jurídico que não decorra, unicamente, de um fato jurídico<sup>239</sup>. Assim, o processo só surge através de um fato (ato) jurídico que, na maioria das vezes, é a demanda, tal como prevê o art. 263, CPC. Mais uma vez, frise-se, a citação não é pressuposto de existência do processo.

#### 4. O plano da validade do processo.

##### 4.1. Breve nota.

Vimos, no primeiro capítulo, que o plano da validade é plano onde se verifica a integridade de alguns fatos jurídicos: os atos jurídicos, já que apenas esses têm elementos complementares como componentes de seu suporte fático.

Caso o ato entre no mundo jurídico faltando algum elemento complementar ao seu suporte fático, ele será viciado, mas é jurídico. O plano da existência já ficou para trás. Por isso peca numa ilogicidade incontornável quem nega a qualidade de jurídico a um ato viciado, por maior que seja a gravidade do vício<sup>240</sup>.

---

obrigação correlata de prestação jurisdicional, como observa Ugo Rocco, não se dá o fato jurídico que inicia a relação processual” (*Causalidade e relação no direito*, op. cit., p. 201, nota 4). Entendem do mesmo modo do professor Bedaque, COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 243.

<sup>237</sup> NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 197.

<sup>238</sup> A expressão fato gerador não é das mais corretas, pois a natureza jurídica da demanda é a de ato jurídico *stricto sensu*. Utilizamos essa expressão, apenas, para dar uma idéia de gênese ao processo.

<sup>239</sup> “Não há, no mundo jurídico, efeito jurídico, do mais amplo e irrestrito direito à mais simples situação jurídica, que não decorra, exclusivamente, de um fato jurídico”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116.

<sup>240</sup> “Existir e valer. – Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Sòmente depois de afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 4, p. 6-7.

Relembrando, quando o ato ingressa no mundo jurídico viciado, ele passará por uma espécie de peneira (o plano da validade). Como vimos, a “peneira” regulada pelo direito privado é muito rígida, haja vista a existência de vícios capazes de impedir que o ato produza quaisquer efeitos. É o que ocorre com os chamados atos nulos.

Passemos agora a ver um pouco o sistema de validade dos atos processuais.

#### 4.2. Uma síntese sobre o sistema de invalidades do CPC.

O sistema de invalidades do CPC, regulado pelos arts. 243-250<sup>241</sup>, possui características bem peculiares. Vejamo-las:

a) o sistema de invalidades é aplicado a todos os atos do processo, seja à peça inicial, à contestação, à sentença, aos recursos e, claro, ao ato-complexo de formação sucessiva denominado de procedimento;

b) dividir o sistema de invalidades processuais em nulidades e anulabilidades, tal qual no direito privado, é desnecessário, pois toda invalidade processual, seja nulidade ou invalidade, precisa ser decretada, sendo que o ato processual viciado é eficaz até a decretação da invalidade<sup>242</sup>. Assim, iremos nos referir no transcórrer do texto ao vocábulo nulidade como sinônimo de invalidade<sup>243</sup>;

c) o sistema de invalidades foi criado com o fito de que não haja nulidades: “O que logo surpreendo o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata de nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias a nulidades, ou à sua decretação”<sup>244-245</sup>.

<sup>241</sup> O sistema de invalidades do CPC é principiológico, eis alguns dos princípios que o norteiam: do prejuízo (art. 249, § 1º, CPC), da conservação dos atos processuais (art. 248, CPC), da preclusão (art. 245, *caput*, CPC) e da instrumentalidade das formas (arts. 154, 244, CPC).

<sup>242</sup> Nesse sentido: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. Fredie Didier Jr. (org.). 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 42.

<sup>243</sup> “Nem há motivos para surpresa nessa identidade de tratamento entre atos nulos e anuláveis, pois, ao contrário do que supuseram alguns doutores, a rigorosa aplicação dos princípios e critérios importados do Direito Privado quanto às nulidades *lato sensu* é impossível no campo do processo, inclusive porque neste a sanção, o aproveitamento e o suprimento têm ensanchas bem mais larga de utilização, a ponto de apagar em magna parte a distinção de nulidade e anulabilidade”, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “*querela nullitatis*” e ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 48, 1987, p. 28.

<sup>244</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 3, p. 321.

<sup>245</sup> Essa idéia pode ser retirada, também, do sistema de invalidades do CPC pretérito. Nesse sentido, “N’uma palavra, toda *nulidade*, no sistema do Código, é sanável ou supriável, e quando aconteça que deva ser ou seja pronunciada não atingirá os atos subsequentes, limitando-se os seus efeitos aos atos atingidos

O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da nulidade. Por exemplo, a contestação intempestiva é tida por tempestiva, até que o juiz profira uma decisão decretando a invalidade (sanção) em face do vício (intempestividade).

Mas não se pode afirmar, *a priori*, que juiz deva sempre aplicar a sanção de nulidade em face do defeito do ato processual. É necessário que ele analise primeiramente, antes de decretar a nulidade do ato, se o vício possa causar algum prejuízo processual. Do mesmo modo, se, independente do defeito formal, o juiz puder julgar o mérito em favor da parte, que se beneficiaria pela decretação da nulidade, ele deve julgar o mérito (art. 249, § 2º, CPC). Por exemplo, o réu é citado defeituosamente, o juiz, analisando as provas carreadas aos autos, se convence pela improcedência do pedido e, em vez de decretar a nulidade da citação, julga improcedente o pedido do autor. Pode-se dizer que sua decisão é perfeita<sup>246</sup>, pois o réu, que se beneficiaria pela decretação da nulidade à citação viciada, não teve nenhum prejuízo<sup>247</sup>, faltando-lhe inclusive interesse recursal.

Uma conclusão sobre o sistema de invalidades processuais faz-se necessária. Na órbita do direito privado, pode-se falar, ao menos em relação aos atos nulos, que o vício maculador do ato é, por si, um ilícito. Em termos processuais, não parece ser possível a utilização dessa premissa. O suporte fático da norma, que estatui o ilícito invalidante processual, é composto. Sendo assim, ele é a soma do vício do ato com o prejuízo causado (ilícito invalidante processual = vício + prejuízo)<sup>248</sup>. O vício do ato tão-somente

---

pelo vício os quais serão repetidos ou retificados *se tiver havido prejuízo*”, CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *O espírito do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Grafica Labor, 1941, p. 199.

<sup>246</sup> “Assim, os pressupostos processuais condicionam a produção de uma decisão de procedência, mas não o proferimento de uma sentença de improcedência, dado que, desde que esteja verificada a inexistência das condições substantivas da fundamentação, o Tribunal está dispensado de se certificar da admissibilidade da ação. Em suma: a verificação cumulativa dos pressupostos processuais e das condições substantivas é indispensável para a pronúncia de uma decisão condenatória, mas a falta de qualquer daqueles pressupostos e a inexistência de qualquer daquelas condições são fundamentos concorrentes (isto é, alternativos) para uma decisão absolutória”, SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66.

<sup>247</sup> “Assim, mesmo cominada a nulidade, não haverá por que invalidar o ato, se o resultado pretendido houver sido alcançado. Suponha-se que o marido seja citado sozinho para a reivindicação de imóvel e corra o feito até final com evidente infração do art. 11. Invalidar-se-á o processo se a pretensão já tiver sido julgada procedente?”, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2, p. 307.

<sup>248</sup> “A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. (...) A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito +

não gera o ilícito processual. Logo, não será descumprida a norma primária regulamentadora do ilícito. Daí decorre a impossibilidade de o juiz aplicar a norma sancionadora.

A razão desta flexibilidade do sistema de invalidades processuais dá-se porque o processo é instrumento, meio, técnica<sup>249</sup> para a realização do direito objetivo. Consoante já aludido, todo processo é um modo de criação de direitos. O processo jurisdicional é, além disso, o garantidor magno da realização do direito substancial. Desse modo, o sistema que rege a invalidação dos seus atos viciados não pode, e não poderia jamais, ser rígido, sob pena de termos a própria negação da finalidade do processo. Se tivéssemos um sistema de invalidades processuais rígido, veríamos a morte violenta do sistema processual.

#### 4.3. Notas sobre os requisitos de validade.

Os requisitos de validade processuais são o objeto do juízo de validade. Em se tratando do procedimento, os seus requisitos de validade, que alguns denominam de admissibilidade<sup>250</sup>, são os chamados “pressupostos processuais” de validade<sup>251</sup>, conquanto, como visto, essa denominação não ser a mais técnica. Tratemos, tão-somente, do juízo de validade do procedimento, cujas conclusões podem, *mutatis mutandis*, ser aplicadas aos demais atos processuais.

O juiz, diante de um processo já formado, e antes de analisar o objeto litigioso da demanda (causa de pedir e pedido), tem que proferir uma decisão sobre a admissibilidade do procedimento. Essa decisão é sempre preliminar à questão meritória<sup>252</sup>. A decisão positiva de admissibilidade abre as portas para análise de todas as questões de mérito

---

prejuízo”, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1, p. 231.

<sup>249</sup> Não queremos entrar na polêmica, aqui, de ser o processo um instrumento técnico ou ético, bem como dos escopos políticos e sociais dele. Sobre o tema, válido consultar DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: RT, 2005, *passim*.

<sup>250</sup> Nesse sentido: ROSENBERG, Leo. *Tratado del derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955, t. 2, p. 45; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço...*, op. cit., p. 115-122; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 22.

<sup>251</sup> Classificam os requisitos de validade como sendo supostos processuais: NEVES, Celso, op. cit., p. 201; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 523.

<sup>252</sup> Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 261-262; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., 24-25.

suscitadas no processo e é meramente declaratória. Entretanto, no caso da decisão de admissibilidade ser negativa, ela terá natureza desconstitutiva, aplicando-se uma sanção de invalidade ao procedimento, qualifica-se de inadmissibilidade essa sanção.

O juiz, reconhecendo de ofício o ilícito invalidante processual, pode aplicar a sanção de inadmissibilidade já no nascedouro do processo, indeferindo a petição inicial<sup>253</sup>. Existem alguns requisitos, contudo, que não podem ser conhecidos *ex officio*, é o caso da incompetência relativa e do compromisso arbitral. Isso não retira deles, entretanto, a condição de requisitos de validade do procedimento, como preceituam alguns doutrinadores<sup>254</sup>. O fato de o requisito poder ou não ser conhecido de ofício pelo juiz é uma questão de puro direito positivo, e não relativa à Teoria Geral do Direito, pois fica ao puro critério do legislador. Ademais, caso a incompetência relativa, por exemplo, seja argüida em tempo hábil, o juiz não poderá julgar o mérito da causa, inadmitindo, assim, o procedimento.

Também pode o juiz aplicar a sanção de invalidade durante todo o desenrolar do procedimento.

Todavia, para o juiz aplicar essa sanção à demanda e ao procedimento, ele deverá observar, como visto, todos os princípios norteadores do sistema de invalidades processuais<sup>255</sup>. Reforçando, a fórmula para a aplicação da sanção ao ilícito invalidante processual é a adição do vício com o prejuízo. Quando essa não ocorre, não se poderá aplicar a sanção.

Disso decorre que não haverá vício processual por si que impeça a análise do mérito. Se, *v. g.*, houver vício de citação, deve-se, quase sempre, anulá-la e recomeçar-se a marcha procedimental. Outros exemplos de sanação de vícios<sup>256</sup> são: se o autor não tem

---

<sup>253</sup> Frise-se que nem toda causa de indeferimento da peça inicial é conseqüência do juízo de inadmissibilidade do procedimento. Há, como cediço, a possibilidade de indeferimento da inicial por razões de mérito: decadência legal, prescrição, condições da ação etc.

<sup>254</sup> Por todos: DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 48; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1, p. 478; GONZÁLES, Fenando Gómez de Liaño; MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz. *Derecho procesal civil*. Oviedo: Editorial Forum, 2000, v. 1, p. 234-236.

<sup>255</sup> Afirmando que a aplicação das normas sobre requisitos de validade deve ser o mais favorável possível à admissibilidade, PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 80-85.

<sup>256</sup> Consoante afirmamos no primeiro capítulo, a sanação é tecnicamente aplicada aos atos anuláveis; os nulos podem ser repetidos, o que é, de fato, a prática de um novo ato. Quando aludimos acima à sanação dos atos, estamos nos referindo, *permissia venia*, a qualquer forma de aproveitamento dos atos processuais

capacidade processual, o juiz deve intimá-lo para constituir representante; se há defeitos na petição inicial, o juiz deve intimar o demandante, a fim de que ele a emende<sup>257</sup>. Com relação à convalidação dos vícios, pode-se dizer que alguns deles sobrevivem ao fim do processo. São causas de pedir da ação rescisória<sup>258</sup>. Também não se convalida a inexistência ou vício de citação<sup>259</sup>, salvo se réu comparecer espontaneamente, ou o defeito não lhe causar prejuízo<sup>260</sup>. Os demais defeitos podem sempre ser convalidados com o término do processo<sup>261</sup>.

Nem todo juízo de inadmissibilidade do procedimento tem como consequência a extinção do processo sem julgamento do mérito. O caso da incompetência do juízo é o mais emblemático (art. 113, § 2º, CPC). Como também nem todas as causas de extinção do processo sem julgamento de mérito são fundadas na inadmissibilidade (art. 267, II, III, VIII, IX, X, CPC). Assim, novamente buscando subsídios na matemática, podemos dizer que, entre a inadmissibilidade e a extinção do processo sem exame do mérito existe uma interseção em determinados pontos, jamais uma identidade.

No juízo de admissibilidade, o juiz deverá analisar se estão presentes, além das “condições da ação”<sup>262</sup>, os requisitos de validade do procedimento. Quais são esses

viciados, seja pela repetição, pela confirmação ou pela simples correção, como é o caso do juiz que manda o autor suprir sua incapacidade postulacional.

<sup>257</sup> Essa atitude do juiz é aplicação do princípio da cooperação, que atribui poderes-deveres ao juiz (esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção), no caso acima, em especial, o da prevenção. Sobre o princípio da cooperação, ver GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação subjetiva em busca da verdade real. Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 290.

<sup>258</sup> Esses vícios que sobrevivem ao fim do processo são a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, à afronta à coisa julgada anterior ou genericamente algum que seja fruto de violação a literal dispositivo legal.

<sup>259</sup> Se o réu comparece e não alega o vício da citação, esse irá convalidar-se, “O comparecimento do réu, que se defende e não alega falta de citação, sanará a falta da mesma”, MILHOMENS, Jônatas. *Manual de prática forense (civil e comercial)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 287.

<sup>260</sup> Excetuando-se o vício de nulidade de citação, pois a sua arguição, via *actio nullitatis*, é “imprescritível”. Todo vício se convalida pela ocorrência de um ato-fato jurídico caducificante, como a preclusão e a decadência. No caso dos vícios que são causa de pedir da ação rescisória, eles irão se convalidar se a parte não entrar em tempo hábil com a referida ação.

<sup>261</sup> Deve-se lembrar que o problema de sanção e convalidação de vícios é um problema jurídico-positivo, não é teórico. Sendo assim, não pode ser alvo de uma classificação científica.

<sup>262</sup> É cediço que o CPC positivou a chamada teoria eclética da ação devida a Enrico Tullio Liebman. Apenas para frisar o nosso entendimento sobre a matéria, defendemos que, na verdade, não existe a categoria processual condições da ação. As chamadas condições da ação são, de fato, salvo a legitimidade extraordinária (que é um requisito de validade), matérias ligadas ao mérito. Adotam, no Brasil, a teoria abstrata, portanto, negando, nada obstante a previsão legal expressa, a teoria eclética, dentre outros: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 26-27), (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro:



requisitos? Se o juízo de admissibilidade do procedimento é o juízo sobre a sua validade, pode-se afirmar, assim, que são requisitos de validade todos aqueles que: a) se não estiverem presentes, viciarão a demanda ou o procedimento (positivos); b) se estiverem presentes, viciarão a demanda ou o procedimento (negativos)<sup>263</sup>. Pois bem, partindo dessas premissas, podemos fazer os seguintes questionamentos exemplificativos:

a) o defeito da petição inicial da reconvenção é requisito de validade do procedimento? Não, pois não impede a análise meritória, apenas torna a reconvenção viciada<sup>264</sup>;

b) a capacidade postulatória do réu é requisito de validade do procedimento? Não, sua ausência não torna o procedimento viciado, ela é apenas requisito de validade dos atos do réu, como a contestação.

## 5. O plano da eficácia processual.

Como visto alhures, o plano da eficácia diz respeito aos efeitos que os fatos jurídicos geram. É o plano das situações jurídicas. Sabemos que existem situações jurídicas simples e complexas, dentro dessas: a relação jurídica. O processo, tal qual afirmado, tem seu viés de relação jurídica.

---

Forense, 2004, v. 3, p. 304-308); SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 110; GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, p. 70; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 58, p. 22. DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, n. 351, p. 65-82; PIMENTEL, Alexandre Freire. *Principiologia juscibernética, processo telemático e uma nova teoria geral do direito processual*. Tese de doutorado apresentada ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2003, p. 338-340.

<sup>263</sup> Percebe-se que, salvo algumas exceções, o defeito da demanda é também defeito do procedimento. A razão reside no fato de que a demanda é o ato inaugural do procedimento. Assim, se ela é viciada, o procedimento já se inicia viciado. Agora, como o procedimento é um ato complexo de formação sucessiva, ele pode contaminar-se posteriormente ao ato inicial. É o que ocorre se não houve citação. Nesse caso, embora a demanda seja válida, o procedimento é viciado. O juiz não poderá, por isso, analisar o mérito, terá que, depois de constatar o ilícito invalidante (vício + prejuízo), aplicar a sanção de inadmissibilidade ao procedimento, mas essa sanção não atingirá a demanda, que, por ser anterior ao vício causador da inadmissibilidade, permanecerá incólume. Nesse sentido, ver, como muito proveito, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 17-28.

<sup>264</sup> A partir desse exemplo, podemos trazer uma exceção à regra de que o defeito de forma da demanda vicia o procedimento, logo, impedindo a análise do mérito. Quando, no processo, há uma demanda reconvençional, ela é autônoma em relação à demanda principal (art. 317, CPC), ou seja, o vício da demanda não contamina a reconvenção, dessa forma, não torna defeituoso o procedimento, devendo o juiz decidir o mérito da reconvenção

Sendo a relação processual uma situação jurídica (efeito), ela própria é componente do plano da eficácia processual. Ela surge, como visto, com o manejo da demanda. Feito isso, o primeiro laço da relação está criado<sup>265</sup>. O segundo laço só surge, quase sempre<sup>266</sup>, com a citação da parte adversa.

É errado, por isso, dizer que o processo, antes da citação, é inexistente para o réu. Ele é apenas ineficaz (sem efeitos). Um exemplo pode esclarecer: se *a* contrata com *b*, pode-se dizer que o contrato e a relação obrigacional que ele gera é inexistente para *c*? Claro que não, sob pena de termos que admitir que existam, dentro do mundo jurídico, realidades paralelas para cada sujeito de direito. O contrato existe para todos, é, tão-somente, ineficaz para quem não é contratante. Dá-se o mesmo com o processo, com o exercício do direito abstrato de agir surge a relação processual, que, por ora, vincula (gera efeito) apenas o autor e o Estado.

No entanto, a doutrina processual, em parte, frise-se, não concorda com o exposto<sup>267</sup>. Afirmam que a citação é necessária à existência do processo. Confundindo,

---

<sup>265</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXI-XXII.

<sup>266</sup> Quase sempre, pois há hipóteses onde o processo é eficaz para o réu antes mesmo da citação. Como exemplos, temos: quando o juiz defere uma liminar antecipatória ou cautelar, quando o réu comparece espontaneamente, nos casos de improcedência *prima facie* (decadência legal, prescrição e a hipótese do art. 285-A, CPC) etc.

<sup>267</sup> Vejamos alguns exemplos: CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 97; NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 628; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 284-285; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 212; DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente: mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 50; LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 52-53; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 44; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 124-125; CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 215; SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Leud, 1990, p. 65-66; MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargo de executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 78; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 55; MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: RT, 2000, p. 153; PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 171-172; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: LED, 1999, p. 193-194; COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 262-263; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64. Adotando uma posição intermediária, afirmando existir um princípio de processo antes da citação: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1, p. 471-472. Adota a classificação de Nelson Nery e Rosa

*data venia*, os planos da existência com o da eficácia, a existência do ato com a ineficácia para quem ele não vincula<sup>268</sup>.

Se adotarmos tal entendimento, não conseguiremos responder a simples questionamento como esses: a sentença que indefere a inicial, portanto antes da citação, é um ato não-jurídico ou, ao menos, não-processual? Eventuais recursos interpostos contra esse ato, como a apelação do art. 296, CPC, não são recursos<sup>269</sup>? E mais, a concessão de uma medida liminar, seja ela cautelar ou satisfativa, não é uma medida jurisdicional? Parece-nos bastante controverso e sem critério científico admitir que o processo só tenha início com a citação do réu<sup>270</sup>.

---

Nery, a qual afirma ser a citação um pressuposto de existência do processo, CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125. De Plácido e Silva, comentando o CPC/39, afirma ser a citação necessária ao começo do processo e da demanda, “É princípio, como bem se depreende, porque sem ela [citação] não haverá começo de demanda ou processo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. 2, p. 11, o texto entre colchetes é nosso). Depois, alude que a falta de citação acarreta a nulidade do feito, “Falta de citação. Acarreta, como já vimos, a nulidade do feito” (Idem, p. 12). Parece que o problema em que incorre o autor reside no fato de que ele equipara a nulidade com a inexistência, o que, como defendemos, é impensável. Há, ainda, quem vá além. Por mais surpreendente que possa parecer, afirma-se que, devido ao princípio do contraditório, o processo só se inicia com ele, “A partir do momento em que o contraditório é considerado um elemento do processo, torna-se forçoso reconhecer que sem ele não existirá processo. Assim, não é, na verdade, o ato processual citação que constitui pressuposto de existência (uma vez que pode haver processo sem citação), mas sim o contraditório”, NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil: teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, t. 1, p. 90.

<sup>268</sup> Uma leitura apressada da obra de Pontes de Miranda pode levar à confusão. Vejamos o trecho em questão, “O réu, que foi condenado sem ter sido parte, pode alegar a inexistência da relação em ângulo quanto a ele e, pois a nulidade da sentença quanto a ele”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 4, p. 14. Percebe-se que o jurista alagoano diz que o réu pode argüir a inexistência da relação processual angular em face dele. Em nada errou Pontes de Miranda. Na verdade, o que ele diz é que o processo, cujo um de seus vieses é a relação processual, é ineficaz para o réu não citado. Não é outra conclusão que se pode extrair, pois a relação processual está no plano da eficácia, não no da existência. Dizer que não há relação processual para quem não participa do processo, é dizer que esse é ineficaz para aquele.

<sup>269</sup> José Carlos Barbosa Moreira ensina de cátedra: “Mas o processo existe desde que o autor ajuíza a petição inicial, conforme ressalta do fato de que o juiz tem o dever de despachá-la, ainda que para indeferir-la; e se indefere, no dizer do art. 267, n.º I, extingue o processo: ora, seria absurdo cogitar de extinção de algo que não existisse” (Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil - 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86).

<sup>270</sup> Para finalizar a questão, fiquemos com as palavras de Adroaldo Furtado Fabrício, “Não cabe duvidar de que o ato indeferitório extingue o processo. Argumenta-se que este, em tal conjuntura, sequer chegou a forma-se e portanto não se pode extinguir é manifesto equívoco. O processo se forma no momento mesmo em que a petição inicial (até então documento particular de quem o redigiu, não-processualizado ainda, passível de modificação, substituição ou destruição a seu nuto) é comunicada ao juiz ou a algum lugar auxiliar seu, momento a partir do qual adquire a natureza de ato processual, tornando-se veículo de uma *relação* entre o postulante e o órgão jurisdicional. Desde então, foge à livre disposição de seu redator; já é ato processual. Essa idéia se expressa com muita clareza no art. 263 do CPC e afina-se perfeitamente com a lógica comum. Indeferida a inicial, o que se pode dizer, isto sim, é que a formação do processo foram teoricamente simultâneas (...). Mas nem por isso se há de negar que o decisório é em si mesmo um ato

A citação é um requisito de validade do procedimento, pois, como esse é um ato complexo, não é necessário que o exame de sua validade dê-se na prática de seu primeiro ato, podendo, dessa forma, viciar-se por algo que ocorra no seu curso. Assim, ausência da citação vicia o procedimento e impede a análise do mérito. Não é, porém, só isso. Como defender que a citação é requisito de validade do procedimento tão-só, se, antes dela, o procedimento é existente, válido e eficaz para as partes relacionadas (autor e Estado)? A citação, antes de ser requisito de validade do procedimento, é fator de eficácia do processo para o réu (art. 219, CPC)<sup>271</sup>, pois ela faz com que ele repercuta na esfera jurídica do réu.

## 6. Considerações finais.

O objeto deste capítulo foi o de definir que não se pode negar aos atos processuais a passagem pelos planos da existência, validade e eficácia. Passam como qualquer ato jurídico, já que esses planos são objeto da Teoria Geral do Direito e, portanto, aplicáveis a quaisquer ramos jurídicos.

Seguindo a marcha, o próximo capítulo adentrará no plano da eficácia processual. Mais especificamente, ele tratará do estudo das capacidades processuais, começando, por razões lógicas, a analisar a capacidade de ser parte – de natureza pré-processual. O próximo capítulo será uma espécie de abre-alas para o cerne do trabalho: o estudo da situação jurídica processual simples denominada de capacidade postulatória.

---

processual típico, até porque outra coisa não pode ser, capaz de resto, de desencadear toda uma vasta gama de novos atos da mesma natureza, em procedimento recursal. Convém lembrar, de resto, que o indeferimento pode ser precedido de outros atos do juiz e da parte, também inequivocamente processuais, sempre que determinada a complementação ou emenda que não vem a fazer satisfatoriamente. (...) Admitir-se, de resto, que o processo só se tenha formado a partir de interposição de recurso e decorrente citação do réu para ele responder (CPC, art. 296), de um lado, implica o absurdo de admitir-se recurso processual de um ato não-processual e, de outra banda, importa em desconsiderar-se que o processo existe e gera efeitos, inclusive em relação ao réu e até em seu detrimento, antes mesmo de ser ele citado: pense-se nas liminares deferidas *inaudita altera pars*. Não há confundir existência da relação processual com eficácia da citação” (Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 58, p. 10-11.).

<sup>271</sup> Nesse sentido, NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. Atualização de Adalberto José de Camargo Aranha. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 201.

## **CAPÍTULO IV – DA CAPACIDADE DE SER PARTE (PRÉ-PROCESSUAL) ÀS CAPACIDADES PROCESSUAIS**

### **1. Intróito.**

Conforme analisado no segundo capítulo desta dissertação, existe uma situação jurídica simples denominada de capacidade jurídica, que possibilita aos entes fáticos titularizarem situações jurídicas. Para exercê-las de forma válida, contudo, é necessário ter uma capacidade específica.

Sabe-se, também, que os planos fenomenológicos do direito (existência, validade e eficácia) apresentam-se, por razões lógicas, no âmbito processual. Portanto, há capacidades de exercício de direitos processuais, que compõem o plano da eficácia processual.

O objeto do presente capítulo é tecer alguns comentários sobre essas capacidades processuais, abrindo o caminho para a análise da capacidade postulatória (objeto do trabalho). Para tanto, devemos observar, prioritariamente, a capacidade de ser parte, de natureza pré-processual.

### **2. Explicação necessária: a jurisdição como o poder de julgar.**

Antes de adentrarmos no estudo da capacidade de ser parte, devemos falar um pouco sobre a jurisdição, eis que se trata de uma situação jurídica também necessária à constituição do processo. Vejamo-la.

Como cediço, o Estado divide-se em diversos órgãos, esses órgãos podem ou não ser pessoas jurídicas. Vejamos um exemplo. A União é um órgão do Estado e é uma pessoa jurídica. O Poder Judiciário Federal é um órgão da União, é, por consequência, um órgão do Estado, mas não é pessoa jurídica, contudo é sujeito de direito. Uma analogia, para melhor compreensão, aqui é bem-vinda: o coração (Poder Judiciário

Federal) é um órgão do sistema circulatório (União), esse, por sua vez, é órgão do organismo humano (Estado), logo, o coração é um órgão desse organismo<sup>272</sup>.

O Poder Judiciário Federal é sujeito de direito independente da União, que é a pessoa jurídica, pois ele (mais especificamente seus órgãos) pode titularizar situações jurídicas das mais diversas, dentre tantas, a relação processual. Para poderem titularizar essa situação jurídica, os órgãos do Poder Judiciário devem ter uma situação jurídica ativa. A jurisdição é essa situação jurídica<sup>273</sup>.

Jurisdição não é uma capacidade<sup>274-275</sup>, é sim um poder-dever<sup>276</sup>. Não se pode confundir capacidade com poder<sup>277</sup>. A capacidade serve para o exercício dele. Capacidade é a competência, a ser analisada logo abaixo.

---

<sup>272</sup> Ou, numa linguagem matemática, pode-se dizer: B (União) é subconjunto de A (Estado); C (Poder Judiciário) é subconjunto de B; logo, C é subconjunto de A.

<sup>273</sup> Não é intuito deste trabalho adentrar na polêmica sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. Caso entendamos de modo positivo, existiriam jurisdições não estatais ou, melhor, o monopólio do Estado não seria uma característica da jurisdição. No sentido de admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, a nosso ver com razão, por todos: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 157; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45-46; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 109. Em sentido oposto, também por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147-148.

<sup>274</sup> Hans Kelsen, de certa forma, fala que a jurisdição é uma competência, e essa, uma capacidade, “O conceito de jurisdição tal como usado na terminologia jurídica inglesa nada mais é que o conceito geral de competência aplicado a um caso especial. A jurisdição propriamente dita é a competência dos tribunais. Contudo, as autoridades administrativas também têm sua ‘jurisdição’, mais ainda, qualquer órgão do Estado tem sua ‘jurisdição’, a capacidade de executar um ato, o qual a ordem determina como um ato apenas desse e de nenhum outro órgão. E tal logo se percebe esse fato, tem-se de reconhecer certa ‘jurisdição’ em qualquer indivíduo humano, isto é, sua capacidade de executar ou de se abster de um ato que a ordem jurídica determinou como um ato de omissão desse indivíduo. Essa é a essência do conceito ‘competência’, e esse conceito é usado quando se diz que apenas certos indivíduos são ‘capazes’ de cometer delitos” (*Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 131).

<sup>275</sup> Faz-se necessário consignar que modificamos o nosso entendimento anterior, pelo qual defendíamos ser a jurisdição uma capacidade. Nesse sentido, ver GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *As capacidades processuais sob a égide da capacidade jurídica e como “pressupostos processuais”*. Monografia apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito. Recife: UNICAP, 2006, p. 65-67. O trabalho encontra-se disponível à consulta na biblioteca da citada instituição.

<sup>276</sup> No segundo capítulo, falamos que as capacidades específicas são necessárias para o exercício de direitos. Com relação aos entes públicos (em especial, mas não somente), parece-nos melhor afirmar que eles não exercem simplesmente direitos do tipo *facultas agendi*, mas sim poderes-deveres, que são, assim como aqueles, situações jurídicas ativas. Exemplificando, o Estado tem o direito (faculdade) de julgar? Cremos que não. Ele tem, na verdade, um poder, que deve, frise-se, ser usado, a fim de que ele possa cumprir o dever que lhe é outorgado pela Constituição Federal. Percebe-se, assim, que, para cumprir uma situação jurídica passiva (dever constitucional de prestar a tutela jurisdicional), o Estado usa de uma situação jurídica ativa (o poder de julgar). Esse poder-dever, ao que parece, é o que se costuma denominar, a partir dos franceses, de direito-função. Vejamos a lição de Jean Dabin, um dos baluartes da idéia desse tipo de direito. Primeiro, conceituando direito-função: “Se entiende por derechos-función aquellos derechos

A investidura jurisdicional do órgão ao qual a demanda é dirigida é pressuposto de existência do processo e dos atos processuais do juiz (decisões, sentenças e acórdãos, oitiva de testemunha etc.). Podemos afirmar, portanto, que não existe processo, ao menos jurisdicional, se a demanda é interposta perante a Secretaria da Receita Federal ou perante a Universidade Católica de Pernambuco. E mais, devemos concluir que o ato inaugural do processo só será tido por demanda, se ele for proposto a um órgão investido de jurisdição. Pois demanda é o exercício do direito de ação, e esse consiste no direito subjetivo de provocar a atividade jurisdicional. Assim sendo, se o órgão não é jurisdicional, o ato jurídico não é demanda.

O pressuposto de existência do processo é a investidura do órgão de jurisdição, não a própria. Jurisdição, como visto, é um poder do Estado dado a alguns dos seus órgãos, a fim de que esses, em regra, solucionem os conflitos que lhes forem dirigidos. Desse modo, do ponto de vista físico, não basta haver apenas a jurisdição (poder do Estado), pois, como dissemos alhures, pressuposto de existência do processo é: o ato de alguém pedir a tutela jurisdicional<sup>278</sup>. Obviamente só se pode pedir algo (tutela) a alguém (órgão jurisdicionado).

### 3. A capacidade de ser parte.

---

generales o especiales que se atribuyen a su titular, persona física o, eventualmente, persona moral, en cuanto que está encargado de una función – y en este sentido, órgano – al servicio de otro, pudiendo significar esta palabra <otro>, en más amplio sentido, bien una persona física (así el niño respecto a sus padres, o su tutor), bien varias personas físicas (así los miembros de una familia respecto al cabeza de la misma), bien una persona moral (así los individuos órganos de la persona moral respecto a ésta y su finalidad” (*El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 276-277). Depois, falando que o Estado usa desses direitos, a fim de cumprir suas funções: “Pero como los cuerpos no pueden obrar más que por intermedio de individuos humanos, personas físicas investidas del derecho de mandar en su nombre (naturalmente según las reglas de competencia y de procedimiento previstas por el derecho constitucional y administrativo del Estado). Ahora bien, precisamente ese poder de mando en nombre del cuerpo es un derecho-función: debe ser puesto al servicio del Estado, utilizado como medio (uno de los medios) del cumplir la función del Estado, que es procurar el bien público” (op. cit., p. 284-285).

<sup>277</sup> “Capacidade e poderes são conceitos distintos. Pela palavra *poderes* ora se designa o conteúdo ativo dos direitos (isto é, aquilo que, em razão dos direitos, pode-se fazer ou pretender, em contraposição ao dever jurídico ou obrigação), ora se indica a habilitação de alguém para agir em nome e conta de outrem, ou, simplesmente, por outrem, ao passo que a capacidade significa a aptidão genérica (situação passiva) da pessoa para praticar os atos de sua vida jurídica”, RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 113.

<sup>278</sup> José Carlos Barbosa Moreira esclarece com um questionamento: “Não se afigura mais preciso, por outro lado, em vez de aludir à ‘jurisdição’, em si, falar de um órgão investido dela?” (Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil - 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86).

### 3.1. Conceito.

A capacidade de ser parte é a aptidão para titularizar a pretensão à tutela jurídica (direito abstrato constitucional de ação)<sup>279</sup>. Quem a tem pode ser sujeito parcial da relação processual. Ela é a aptidão para ser sujeito de qualquer procedimento, seja o procedimento principal, sejam os procedimentos incidentais (*e. g.*, exceção de suspeição, suspensão dos efeitos da decisão, recursos). É a chamada personalidade judiciária<sup>280</sup>. É, por fim, decorrência da capacidade jurídica.

Pode-se afirmar, sem problemas, que, quem tem personalidade jurídica, tem capacidade de ser parte. No entanto, o contrário não é possível, pois, como já observado, diversos entes despersonalizados (sem personalidade jurídica) têm capacidade de ser parte, pelo fato de terem capacidade jurídica.

### 3.2. Coexistência entre a capacidade jurídica e a capacidade de ser parte<sup>281</sup>.

A capacidade de ser parte é uma capacidade de exercício de direitos, derivada da capacidade jurídica, contudo podemos afirmar que elas são coexistentes no nosso ordenamento.

Isso se deve ao fato de a lei processual conferir personalidade judiciária a todos os entes que possam titularizar situações jurídicas (sujeitos de direito). Dessa forma, quem é sujeito de direito tem personalidade judiciária<sup>282</sup>. Logo, têm capacidade de ser parte: o

<sup>279</sup> Como defendemos alhures, as capacidades específicas (dentre elas a capacidade de ser parte) não servem para a titularidade (aquisição) de direitos. Contudo, como veremos, a capacidade de ser parte é coexistente em nosso ordenamento com a capacidade jurídica, daí o porquê de afirmarmos acima ser ela a aptidão para a titularidade do direito abstrato de agir.

<sup>280</sup> A expressão personalidade judiciária é muito usada em Portugal (ver, por todos, CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de processo civil*. Coligadas e publicadas por Abílio Neto. Coimbra: Almedina, 1967, v. 2, p. 545), haja vista haver previsão legal expressa. Não vemos problemas em usá-la como sinônimo de capacidade de ser parte.

<sup>281</sup> Leo Rosenberg relaciona a capacidade de ser parte com a capacidade jurídica, no entanto diz que alguns entes sem capacidade jurídica têm capacidade de ser parte. Parece-nos que ele adota o conceito de capacidade jurídica como idêntico ao de personalidade jurídica (*Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. 1, p. 230-233). Defendendo do mesmo modo, KISCH, Wilhelm. *Elementos de derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 101. Por sua vez, Enrico Tullio Liebman afirma que a capacidade jurídica corresponde à capacidade de ser parte. Aduz, também, que a primeira é a aptidão para ser sujeito de direito e que a segunda é atribuída, igualmente, a entes sem personalidade jurídica (*Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 126).

<sup>282</sup> Assim, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119-120.



nascituro, o *nondum conceptus*, os órgãos do poder público<sup>283</sup>, as entidades religiosas<sup>284</sup>, as comunidades indígenas<sup>285</sup>. Tem-na, igualmente, a família, pois, segundo entendimento seguido por este trabalho, ela tem capacidade jurídica, é sujeito de direito, titulariza situações jurídicas, desse modo, é inegável que tenha capacidade de ser parte.

Alguns sujeitos de direito despersonalizados têm sua capacidade de ser parte expressamente prevista no dispositivo legal, como a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades não personificadas e o condomínio (art. 12, IV, V, VII, IX, CPC). Todavia, isso não faz com que os demais sujeitos de direito despersonalizados não tenham capacidade de ser parte<sup>286\_287</sup>.

A aptidão para titularizar a relação jurídica processual está estritamente ligada com a garantia constitucional da inafastabilidade à tutela jurisdicional (art. 5, XXXV, CF). Daí decorre a afirmação que qualquer sujeito de direito tem garantido, no mínimo, uma capacidade de exercício de direito, que é a capacidade de ser parte<sup>288</sup>.

### 3.3. O grau absoluto da capacidade de ser parte.

A noção de capacidade de ser parte, no nosso direito positivo, é absoluta. Não existe alguém que detenha uma meia-capacidade de ser parte ou uma quase-capacidade

<sup>283</sup> Os Tribunais Superiores têm admitido a capacidade de ser parte dos órgãos do Poder Público. Nesse sentido: STF, Pleno, MS 21239-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.06.1991, *DJ*, 23.04.1993, p. 6920; STJ, 1ª T., RMS 8967-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/acórdão Min. José Augusto Delgado, j. 19.11.1998, *DJ*, 22.03.1999, p. 54.

<sup>284</sup> Admite a capacidade jurídica (logo, também, a capacidade de ser parte) das entidades eclesásticas, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Função atual da pessoa jurídica. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo: RT, 1988, n. 46, p. 62.

<sup>285</sup> A capacidade jurídica das comunidades tribais não só é expressa no art. 232, CF, bem como no art. 37, Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio). Logo, essas comunidades têm, igualmente, capacidade de ser parte.

<sup>286</sup> Do mesmo modo, entendendo não ser taxativo o rol do art. 12, CPC: ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 71; ASSIS, Araken de. Suprimento das incapacidades processual e postulatória. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 120; SEVERO NETO, Manoel. *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 57.

<sup>287</sup> Nesse sentido, o art. 6º, b, CPC português, não restringe o rol das associações que não têm personalidade jurídica, mas têm capacidade de ser parte: “Art. 6. Têm ainda personalidade judiciária: b) as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais”. Vale conferir os comentários e as citações jurisprudenciais à norma em comentário de ABÍLIO NETO. *Código de Processo Civil anotado*. 17. ed. Lisboa: Ediforum, 2003, p. 43-45.

<sup>288</sup> “A atribuição de capacidade de ser parte a todo ente que possa ter um interesse juridicamente tutelado e decorrência do direito fundamental à inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito”, DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 120.

de ser parte, ou o ente tem a aptidão para ser parte ou não a tem<sup>289</sup>. O raciocínio é o mesmo aplicado à capacidade jurídica, pois ou se é sujeito de direito ou não se é. Ninguém é tido como meio-sujeito de direito ou quase-sujeito de direito. Do mesmo modo, não se pode ser parte para algumas demandas e para outras não<sup>290</sup>.

O que pode ocorrer, como veremos abaixo, é que o sujeito de direito não tenha legitimidade para a causa, pois ninguém é parte legítima para todas as causas; ou não tenha capacidade processual, e essa possa até não ser suprida, como no caso do procedimento sumaríssimo (art. 8º, Lei n. 9.099/95).

#### **3.4. Capacidade de ser parte do autor<sup>291</sup> como pressuposto de existência do processo<sup>292</sup>.**

Capacidade de ser parte, como visto, é uma aptidão pré-processual. Dessa forma, para o processo se formar, é necessário a existência da capacidade de ser parte do autor da demanda. De fato, a maioria dos problemas relacionados, por vezes imputados a ela: ou dizem respeito à *legitimatío ad causam* ou à capacidade processual. Primeiramente,

<sup>289</sup> Nesse turno, não podemos concordar com a afirmação do professor Marcos Bernardes de Mello: “Os outros entes que não são pessoas têm capacidade de ser parte limitada às espécies que a lei lhes atribui. A sociedade irregular somente tem legitimação passiva. Já o nascituro pode ser autor e réu em ações (processos) que digam respeito à herança que lhe esteja reservada, como também ser autor em ação (processo) que vise ao reconhecimento de sua paternidade” (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 117). No mesmo sentido, afirmando que a personalidade judiciária é limitada: REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948, v. 1, p. 26; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 104-105.

<sup>290</sup> “Trata-se de noção absoluta. Não se cogita de ente que tenha meia capacidade de ser parte: ou se tem ou não se tem personalidade judiciária”, DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 113.

<sup>291</sup> Há alguns processualistas que afirmam ser a existência de partes necessária à existência do processo, no entanto classificam a capacidade de ser parte no plano da validade: CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 181; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 187; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1, p. 238; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 526.

<sup>292</sup> De acordo com essa afirmação: WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 2, p. 283; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 301; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil - 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 130; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...*, op. cit., p. 125; CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 130; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 73, nota 141; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236- 237. Pontes de Miranda classifica a capacidade de ser parte como pré-processual, o que é o mesmo de ser necessária à existência do processo (*Tratado das ações*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, p. 252).

deve-se fazer uma distinção entre capacidade de ser parte e legitimação para a causa: a) a primeira, por vezes, é pressuposto de existência do processo, enquanto a segunda é “condição da ação”<sup>293</sup>; b) a legitimação para agir é um atributo específico, é ligada sempre a um caso concreto, ao passo que a capacidade de ser parte é genérica; c) todo sujeito de direito pode ser parte, mas nenhum desses sujeitos têm legitimação para todas as causas<sup>294</sup>.

Agora uma breve distinção entre a capacidade de ser parte e a capacidade processual ou de estar em juízo: a) quem tem capacidade processual tem capacidade de ser parte, portanto podemos concluir que a capacidade de ser parte é o todo, enquanto capacidade processual é a parte; b) a capacidade processual é a aptidão para a prática dos atos processuais, independentemente de representação, assim sendo, é requisito de validade do procedimento; c) quando a lei diz que um ente não pode ser parte em determinado procedimento, ela está afirmando que esse ente não tem capacidade processual para figurar naquele procedimento. Às vezes a redação das leis pode ser confusa, como no caso do art. 8º, Lei n. 9.099/95. Esse artigo estabelece que: não podem ser partes, nos Juizados Especiais, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas da União, a massa falida e o insolvente civil. Na verdade, esses entes não têm capacidade processual<sup>295</sup>, e essa incapacidade não pode nem ser suprida.

---

<sup>293</sup> Como dissemos alhures, pertencemos à corrente doutrinária que afirma ser o direito de ação abstrato e incondicionado. Segundo Pontes de Miranda, “A legitimação ad causam não é pressuposto processual, é elemento do fundo da demanda (mérito), como a prescrição (exceção!), razão que há de ser julgada improcedente, se tal legitimação falta” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXVIII).

<sup>294</sup> Sobre o dito acima, “O grande problema em torno do assunto, ao que parece, é a distinção que se deve fazer entre capacidade de ser parte e legitimidade *ad causam*. A capacidade de ser parte é atributo genérico: a legitimidade para agir é atributo específico, pois sempre diz respeito a determinada situação concreta. Todo sujeito de direito pode ser parte, mas ninguém é parte legítima para todas as causas. Todos podem demandar em juízo, mas ninguém está autorizado a levar, legitimamente, todas situações concretas a apreciação do Poder Judiciário. Feita essa distinção, não é correto dizer que um órgão, como a Câmara dos Vereadores, só tem capacidade de ser parte para algumas situações, que dizem respeito à proteção dos seus interesses”. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 124.

<sup>295</sup> Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93; FUX, Luiz; BATISTA, Weber Martins. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 135; FIGUEIRA JR., Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 196. Em sentido contrário, afirmando que se trata de capacidade de ser parte: SODRÉ, Eduardo. *Juizados Especiais Cíveis: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-31; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24-25.

Podemos falar que a capacidade de ser parte do autor é pressuposto de existência da demanda, antes mesmo de ser do processo. Pois não há ato jurídico em sentido estrito, tal qual a demanda, sem um sujeito que o pratique. Sabe-se que os atos jurídicos têm, como elemento completante de seu suporte fático, a referibilidade a algum sujeito de direito (elemento subjetivo)<sup>296</sup>. Portanto, a capacidade de ser parte do autor é, na verdade, pressuposto de existência do ato processual demanda. Isso comprova o nosso entendimento que pressuposto de existência do processo resume-se à expressão: alguém requerer a tutela jurisdicional.

Do mesmo modo, podemos afirmar que a capacidade de ser parte também é pressuposto de cada ato do procedimento<sup>297</sup>, exemplo: a capacidade de ser parte do réu é pressuposto de existência da contestação. É nesse ponto que o instituto é mais bem visualizado, pois é inverossímil a constatação de “processo” no qual o autor não tenha capacidade de ser parte. Imaginemos as seguintes hipóteses.

a) O autor falece no curso do processo: esse deverá ser suspenso (art. 265, I, CPC), para que se efetive a sucessão processual<sup>298</sup>.

b) Demanda movida por quem não tem capacidade de ser parte (morto ou animal, por exemplo), mas com advogado subscrevendo a petição inicial: no caso, admite-se uma espécie de “legitimação extraordinária”<sup>299</sup>, assim o autor seria o procurador subscritor da

---

<sup>296</sup> “Seria sem sentido fato jurídico que não se referisse a algum sujeito de direito. Por esse motivo, os suportes fáticos são integrados, sempre, por elemento subjetivo (indicação de certo sujeito de direito), mesmo que não seja explícito, caso em que deve ser pressuposto. Na configuração de cada suporte fático, portanto, é necessário considerar, como dado completante de seu núcleo, o elemento subjetivo que o compõe, não se podendo tê-lo concretizado se o sujeito não existir ou, se existir, não for aquele previsto pela norma”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47-48..

<sup>297</sup> DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 127.

<sup>298</sup> Deve-se lembrar da exceção, prevista no art. 265, § 1.º, a, CPC, onde, após o início da audiência de instrução e julgamento, se sobrevier a morte da parte, seu advogado passará a ser substituto processual do espólio recém-formado.

<sup>299</sup> Sobre o tema, eis a lição de José Maria Tesheiner: “Admitindo que a demanda (ato de pedir) é pressuposto de existência do processo, deve-se daí concluir que também o é a existência do autor? A resposta é não, apesar de parecer que está, assim, a imaginar a existência de um ato sem alguém que o pratique, de uma demanda sem que exista um demandante. Resolve-se a aparente contradição com a observação de que, no caso de inexistência do autor, atribui-se o ato a quem efetivamente o praticou, embora invocando o nome de outrem” (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37). Em sentido semelhante, CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 133.

inicial. O processo existiria, seria defeituoso e deveria ser extinto, respondendo o advogado-parte pelas custas do processo<sup>300</sup>.

c) Demanda movida por quem não tem capacidade de ser parte com um não-advogado subscrevendo a petição inicial: também é caso de “legitimação extraordinária” e de invalidade do procedimento.

d) Demanda movida por morto e advogado subscritor da inicial também morto na ocasião da distribuição da ação: nesse caso, não existe processo, pois não se poderia atribuir ao subscritor morto a condição de autor<sup>301</sup>. Caso o nada (morto) “inicie” o processo, e o juiz dê “seguimento” ao feito e julgue o pedido, o procedimento restará viciado por falta de legitimação extraordinária do juiz.

Porém, como vem sendo reiterado, só é pressuposto de existência do processo a capacidade de ser parte do autor<sup>302</sup>. Essa afirmação não é pacífica na doutrina<sup>303</sup>. Em relação ao réu, ela será apenas pressuposto de existência dos seus atos, como a contestação. As razões são as seguintes: a) existem processos, notadamente os de jurisdição voluntária, onde não existe a figura do réu, a relação processual dá-se apenas entre autor e Estado; b) o momento de constatação da existência do processo é na interposição da demanda. Se o autor demandar sem indicar o réu, o juiz deverá intimá-lo, a fim de que ele emende a inicial (art. 284, CPC), sob pena de indeferi-la; c) se o réu

<sup>300</sup> Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 42.

<sup>301</sup> Fredie Didier Jr. arremata a questão: “Assim, a incapacidade de ser parte do demandante adquire importância para que se reconheça a inexistência do processo, quando: a) a demanda vier em nome de pessoa que não mais existe e que no caso demandava com *jus postulandi* (hipótese que se imagina como resultado de alguma fraude); b) a demanda vier em nome de pessoa falecida e assinada por advogado que já estava falecido no momento de formação da relação jurídica processual (art. 263 do CPC): nem autor nem advogado, existiam, portanto a petição inicial eventualmente já escrita e assinada, embora não protocolizada antes da morte do procurador, será considerada um mero documento, sem aptidão para instaurar a relação jurídica processual” (*Pressupostos...*, op. cit., p. 129).

<sup>302</sup> “Na relação jurídica processual regular figuram o titular, a que se chama “autor” (ou “reconvinte”), e o Estado; não o *reus debendi*, porque esse é o sujeito passivo da relação em exame, isto é, da relação de direito material, que se quer fazer reconhecida pelo Estado. Será o sujeito do outro *lado* do ângulo, que completará a relação jurídica processual em ângulo. Não é *necessário* que exista. Pode não aparecer; pode mesmo ser dispensado”, PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 59. Do mesmo modo, DALL’AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 30; DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 129; CARVALHO, José Orlando Rocha de, op. cit., p. 134.

<sup>303</sup> Em sentido contrário, entendendo ser a existência do réu necessária à formação do processo: TESHEINER, José Maria, op. cit., p. 41; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 275; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado “*querela nullitatis*” e ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 48, pp. 33-34; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1, p. 235.

inexiste, o juiz deve extinguir o processo por inadmissibilidade do procedimento, pois lhe falta um requisito de validade objetivo positivo, que é a regularidade da petição inicial.

A incapacidade de ser parte do autor ou de quem subscreva a inicial pode ser argüida a qualquer momento “processual” e em qualquer grau de “jurisdição”. Pois, se assim ocorrer, haverá uma aparência de processo que não chegará a se formar. Nesse caso, o juiz não extinguirá o processo, ele declará-lo-á inexistente. Essa declaração consistirá num simples ato administrativo, jamais um ato jurisdicional<sup>304</sup>.

#### **4. As capacidades processuais.**

Vistas quais são as situações jurídicas (jurisdição e capacidade de ser parte) necessárias à formação do processo (pré-processuais), passemos agora a tratar das situações jurídicas processuais simples – as capacidades processuais.

##### **4.1. A competência.**

###### **4.1.1. A competência de um modo geral.**

O conceito de competência é da Teoria Geral do Direito, desse modo ele é aplicado a todos os ramos do direito positivo<sup>305</sup>. Consoante o já aludido, a competência serve para o exercício de poderes. Desse modo, competência é uma capacidade<sup>306</sup>. Pode-se falar em graus de competência, em espécies de competência.

Todas as limitações ao exercício do poder de determinado sujeito de direito conferidas a órgãos são competências<sup>307</sup>. Competência pode ser entendida, assim, em

---

<sup>304</sup>“Se é aparente a relação jurídica processual, não se poderá extinguir o processo, pois não se pode extinguir o que não existe o caso é de arquivamento dos autos, que talvez sirvam como material para estudo de direito”, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 130-131.

<sup>305</sup> Nesse sentido, embora afirmando que a competência é um conceito lógico-jurídico, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A perpetuatio jurisdictiones* no direito processual civil brasileiro. Texto inédito. Gentilmente cedido pelo autor.

<sup>306</sup> Falando que a competência para o lançamento tributário é uma capacidade de exercício de direitos, BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91.

<sup>307</sup> A idéia de que a competência é atribuída a órgãos estatais, sendo assim um instituto do direito público é bastante tradicional, consta, inclusive, da obra clássica de PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Atualização de Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907, p. 28. Contudo, há autores, mais modernos, defendendo, acertadamente, que a competência também pode ser atribuída a entes privados, vejamos alguns: “*Mutatis matandis* pode também aludir-se a competência quanto às pessoas colectivas de direito privado, na medida em que se torna necessário ou conveniente distinguir e distribuir por diversos órgãos o seu poder”, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. 5, p. 55. Do mesmo modo, FERRAZ

primeiro lugar, como qualquer limitação ao exercício de um poder e, em segundo lugar, como a limitação às limitações do exercício desse poder<sup>308</sup>.

As competências são nada mais do que capacidades específicas para o exercício regular de poderes-deveres<sup>309-310</sup>. A estreita ligação entre os dois conceitos (capacidade e competência), feita por alguns autores<sup>311</sup>, é corretíssima.

---

JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 159.

<sup>308</sup> “Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a órgão ou agente do poder público para emitir decisões. *Competências* são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. Isso permite falar em espécies de competências, visto que as matérias que compõem seu conteúdo podem ser agrupadas em classes, segundo sua natureza, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo a função do governo”, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 481-482.

<sup>309</sup> “A competência funcional constitui a capacidade de direito público atribuída a titular de função ou cargo público que o habilita a praticar atos jurídicos de exercício de poderes e atribuições inerentes ao órgão público a que aquele cargo ou função diga respeito”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*, op. cit., p. 119. Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que, em se tratando de direito administrativo, não importa falar em capacidade do agente, o que é relevante é a sua competência: “Competência é o elemento relativo ao sujeito ativo. Para o ato jurídico se exige capacidade do agente. No ato administrativo, a noção de capacidade não tem relevância; interessa é saber se a manifestação de vontade de Administração partiu de quem tinha *poder funcional* para exprimi-la. Competência é, assim, a quantidade ou qualidade do poder funcional que, na Administração, a lei atribui às pessoas, órgãos ou agentes públicos para manifestar sua vontade” (*Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 105). Por seu turno, José dos Santos Carvalho Filho compara a competência à capacidade, deixando a entender que os entes públicos devem ter, além da capacidade, também a competência: “O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da *capacidade* no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um *plus* em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessários à capacidade, atue o sujeito da vontade *dentro* da esfera que a *lei traçou*. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa do seu agente” (*Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 75). Devemos esclarecer que a capacidade a qual o autor alude é a capacidade civil, que é vinculativa a algumas capacidades existentes em direito, tal como vimos anteriormente. Seguem a mesma linha de Carvalho Filho: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 195; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60-61, nota 5.

<sup>310</sup> José Cretella Júnior afirma que o conceito de competência superpõe-se ao de capacidade: “O conceito de *competência* não substitui o de capacidade, mas a ele superpõe: o Estado é sempre *capaz de direitos e de seu exercício*, mas cada faculdade faz parte da competência, em particular, e não pode ser exercida pelo Estado, a não ser mediante o referido órgão” (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 284). Do mesmo modo, ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 443.

<sup>311</sup> Nesse sentido, Hans Kelsen demonstra uma estreita ligação entre os conceitos de capacidade e de competência, conquanto afirmando que as capacidades de exercício de direitos é que são competências: “Em todos os casos, precisamente como no caso da chamada capacidade de exercício, estamos perante uma autorização (*Ermächtigung*) para produzir normas jurídicas. Em todos estes casos a ordem jurídica atribui a determinados indivíduos um poder jurídico. Porém, nem em todos os casos de atribuição de um poder jurídico, quer dizer, de uma autorização ou atribuição de poder (*Ermächtigung*) no sentido estrito da palavra, a teoria tradicional fala da capacidade de exercício. Pelo contrário, ela fala em muitos casos, e especialmente em relação com a função de certos órgãos da comunidade, particularmente dos tribunais e das autoridades administrativas, da sua “competência”. O poder jurídico conferido a uma “pessoa privada”

Há, entretanto, parcela significativa da doutrina que discorda do exposto. Para ela, a competência é uma legitimação<sup>312</sup>.

Todavia, não nos parece correto esse entendimento<sup>313</sup>, pois, como vimos no segundo capítulo, a legitimação é verificada em concreto, *e. g.*, o marido civilmente capaz não pode vender o seu imóvel sem a outorga uxória, essa restrição não retira a capacidade do marido, apenas o faz ilegítimo para aquele negócio jurídico. Dentro da porção de poder que lhe foi outorgada, o juiz tem competência para julgar qualquer demanda a ele dirigida, sem necessidade de qualquer análise em concreto delas.

O fato de a competência limitar o exercício da jurisdição não retira dela a feição de capacidade, já que ela é exatamente isso: uma capacidade para o exercício válido de um poder (jurisdição). Há quem fale que a competência é uma legitimação, pois sua

de produzir normas jurídicas pela prática de um negócio jurídico ou de intervir na produção de normas jurídicas através da ação judicial, do recurso, da reclamação, do exercício do direito de voto, os seus direitos subjetivos no sentido técnico da palavra, não são designados como sua competência. Na medida em que seja tomada em conta a função que consiste no exercício do poder jurídico conferido pela ordem jurídica, esta limitação do conceito de competência não se justifica. A capacidade negocial e o direito subjetivo – privado ou político – de um indivíduo são a sua “competência” no mesmo sentido em que o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar resoluções administrativas” (*Teoria pura do direito*. Trad. João Batista de Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 166-167).

<sup>312</sup> Por todos: CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, s/a, v. 1, p. 468; BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Trad. A. Martín Perez. 2. ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 177; MANES, Humberto. *A legitimação negocial*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982, p. 65; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Competência na teoria geral do direito. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 459-461. Torquato Castro afirma que a competência é nada mais que uma das manifestações do fenômeno da legitimação (*A revisão do Código Civil. Symposium: Revista da Universidade Católica de Pernambuco*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971, n. 1, p. 13-14) José Manoel de Arruda Alvim, a seu modo, alude que a “legitimidade” do juiz, pressupõe a sua competência e sua imparcialidade (*Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo, 1996, v. 2, p. 54-55). Manoel Severo Neto, por sua vez, defende uma simetria entre os conceitos de legitimação e competência (*(I)legitimação e competência*. Recife: FASA, 2006, p. 35-40) Por fim, Adroaldo Furtado Fabrício afirma ser um dos pressupostos processuais, a “legitimidade” do juízo ao qual se dirige o pedido (Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 58, p 13).

<sup>313</sup> Salvo melhor juízo, José Paulo Cavalcanti critica, ao menos em sua totalidade, a idéia de a competência ser uma legitimação, “Por outro lado, ainda que existindo aquela relação particular entre o sujeito e o objeto, ou aquela específica posição do sujeito relativamente ao interesse a regular com o negócio, não obstante pode faltar o suposto do requisito da legitimação, diante do fato, inteiramente distinto, da existência de uma relação particular entre as partes do negócio ou entre uma das partes e terceiro (hipóteses, por exemplo, dos artigos 1.132, 1.133, 1.177 e 1.720, 2ª parte do Código Civil brasileiro). *Os casos dessa espécie escapam à definição de legitimação* como particular relação do sujeito com o objeto ou como competência para obter ou ressentir os efeitos do negócio” (*Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas*. Recife: Mousinho Artefatos de Papel, 1972, p. 13-14). Grifos Nossos.



carência não pode ser suprida via representação<sup>314</sup>. Ora tal idéia não pode imperar: primeiro, porque a possibilidade de representação ou não é um problema jurídico-positivo, não servindo para uma classificação científica; depois, há, como visto, incapacidades que não podem ser supridas, como a capacidade eleitoral ativa. Por fim, o fato de a competência admitir graus não é suficiente para tal intento. É sabido que determinadas capacidades existentes em direito comportam graus, o exemplo mais significativo é a capacidade civil. Ocorre o mesmo com a competência jurisdicional. Daí a razão de falar-se em competências absoluta e relativa.

No entanto, de acordo com o anunciado no primeiro capítulo, o problema prático, frise-se, de saber se a aptidão é uma capacidade ou uma legitimação diz respeito, tão-somente, aos efeitos que a falta de ambas geram, se invalidade ou ineficácia, esse problema é puramente positivo. Ocorre que a falta de legitimação no processo, ao menos no nosso sistema positivo, leva sempre à invalidade do ato. Assim, mesmo se a competência fosse uma legitimação, a sanção a ser aplicada pela sua carência seria a invalidade do ato praticado pelo juiz incompetente.

#### **4.1.2. A competência jurisdicional<sup>315</sup>.**

Vimos que a investidura jurisdicional do órgão ao qual a demanda é dirigida constitui-se como verdadeiro pressuposto de existência do processo. A jurisdição, ao menos em nosso ordenamento jurídico, é una. Contudo, o exercício dela pode ser limitado. Assim, podemos conceituar a competência jurisdicional como sendo o limite do exercício do poder de julgar (jurisdição).

A importância da competência dá-se não só pelo aumento da complexidade das causas levadas à apreciação dos órgãos jurisdicionais, bem como pelo tamanho geográfico de cada Estado, principalmente no caso de um país continental como o Brasil.

---

<sup>314</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Competência...*, op. cit., p. 453-454.

<sup>315</sup> Adjetivamos, *in casu*, a competência de jurisdicional, para diferenciá-la não só da competência dos órgãos da administração pública, bem como da competência legislativa. Todavia, o sentido processual de competência jurisdicional ou de jurisdição é o de repartição constitucional de competências entre as Justiças.

Assim sendo, adotam-se critérios vários para limitar o exercício do poder jurisdicional de forma adequada para os diversos órgãos jurisdicionais<sup>316</sup>.

Competência jurisdicional é uma capacidade específica derivada da capacidade jurídica, conferida pelo ordenamento para determinados órgãos estatais jurisdicionais. Ela é uma capacidade processual, pois a atuação dos órgãos estatais revestidos dela pressupõe a existência do processo. Sendo a jurisdição o poder-dever de julgar conferido a alguns órgãos estatais, pode-se afirmar que o limite do exercício desse poder – ou seja, a competência – é a capacidade conferida para esses órgãos atuarem de forma válida no processo. A competência é, por fim, aptidão do órgão judicial, pois ela independe da pessoa física que o ocupe<sup>317</sup>, por isso alguns doutrinadores denominam-na de capacidade objetiva do órgão julgador<sup>318</sup>.

Sabe-se que a investitura jurisdicional do órgão, ao qual a demanda é interposta, é pressuposto de existência do processo<sup>319</sup>. Depois de superado o plano da existência do

---

<sup>316</sup> “Ante a multiplicidade e a variedade das demandas proponíveis em juízo, tornou-se necessário encontrar critérios a fim de que as causas sejam adequadamente distribuídas aos juizes, de conformidade não só com o superior interesse de uma melhor aplicação da Justiça, como, também, buscando na medida do possível atender ao interesse particular”, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47.

<sup>317</sup> (A competência) “por se tratar de capacidade de exercício, não cabe, individualmente e *in genere*, a pessoa, mas a quem esteja no efetivo e regular desempenho da função ou cargo públicos”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 119.

<sup>318</sup> Nesse sentido: ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto processuale civile: introduzione e parte generale*. Milano: Giuffrè, 1947, v. 1, p. 197; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 145. Vicente Ráo, ao tratar da competência de um modo geral, fala algo conexo, “Mas, tratando-se da aptidão dos Poderes Políticos e de seus órgãos ou agentes, para a formação, a expedição e execução de atos estatais, então o conceito de capacidade se resolve e traduz no de competência, ou pressuposto que à se liga e não às pessoas que a exercem, razão pela qual poder-se-ia falar, aqui, de capacidade objetiva para distingui-la da capacidade pessoal ou subjetiva” (*Ato jurídico*, op. cit., p. 122-123).

<sup>319</sup> A jurisdição é necessária à existência do processo, e a competência à validade, pois, se falta jurisdição (poder-dever) ao órgão julgador, falta-lhe, na realidade, a titularidade da função pública, que é elemento nuclear do suporte fático. Desse modo, a falta ao órgão público da referida titularidade faz o suporte fático ser insuficiente (ausência de elemento nuclear), de modo a impedi-lo de ingressar no mundo jurídico. Já a competência é elemento complementar do suporte fático, portanto, diz respeito à validade do procedimento: “A titularidade do cargo ou função públicos (não a competência de quem tenha a titularidade) compõe o núcleo do suporte fático do ato jurídico de direito público, sendo, portanto elemento de suficiência. À sua falta não se concretiza o suporte fático e, por consequência, não há ato jurídico. A situação é comparável à de fato que, descrito em norma jurídica como suporte fático de ato jurídico *lato sensu*, seja praticado por quem não tenha capacidade jurídica: o ato jurídico não se concretiza porque a capacidade jurídica é pressuposto essencial para que uma manifestação de vontade possa ingressar no mundo jurídico. Por isso é que, *e. g.*, uma sentença assinada por pessoa que não seja juiz de direito não entra no mundo jurídico como ato jurídico, não é sentença e, desse modo, não precisa ser desconstituída; no máximo, se alguém pretender exigir seu cumprimento, caberá declaração de sua inexistência”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 120-121.

processo, deve-se verificar a validade do ato-complexo procedimento. Como visto no terceiro capítulo, tudo que viciar o procedimento e impedir a análise do objeto litigioso do processo é requisito de validade do procedimento. Portanto, o órgão jurisdicional deve ter sua capacidade processual preenchida para a integridade do procedimento, ou seja, verificada a incompetência do juízo ocorrerá um vício que poderá levar à inadmissibilidade do procedimento.

Nem sempre, contudo, a declaração de incompetência leva a um juízo de inadmissibilidade do procedimento. Isso ocorre quando o juiz não tem competência para processar e julgar uma demanda incidental, como a reconvenção. Nesses casos, o juiz deverá não admitir a petição inicial dessas demandas incidentais, mas sem levar a um juízo de inadmissibilidade do procedimento principal, de modo que deverá ser analisado o mérito da demanda principal.

Uma questão polêmica é relativa à existência do processo quando o juiz for constitucionalmente incompetente. Um exemplo, conquanto anômalo, seria: existe processo quando o MP impetra uma denúncia, fundada em homicídio (art. 121, CP), perante a Justiça do Trabalho? Para parte da doutrina, a resposta é negativa<sup>320</sup>. Todavia, devemos afirmar que o problema não é de falta de jurisdição, mas sim de competência<sup>321</sup>. Da mesma forma que existe processo quando uma causa de competência da Justiça Federal é distribuída na Justiça Estadual, existe também no caso acima mencionado<sup>322</sup>.

#### 4.2. A capacidade para estar em juízo.

<sup>320</sup> “O poder de julgar do magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido do poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (...) e a comum – remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar limitado constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na carta importa, mais que um defeito de competência, em defeito de jurisdição. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, conseqüentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual”, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 291. Do mesmo modo, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 48; MOUSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29.

<sup>321</sup> Nesse sentido, DIDIER, JR, Fredie, *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, v. 1, p. 107.

<sup>322</sup> Entende assim, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 83. Ver, ainda, o aresto do pleno do STF: HC n. 80.263-0/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20.02.2003, DJ 27.6.2003, p. 515.

A capacidade de estar em juízo não compõe tão-somente o conjunto de situações jurídicas simples das partes. É cediço que existe outra: a capacidade postulatória, cerne do trabalho. Como objeto central do trabalho, ela será vista no último capítulo. Por ora, teçamos algumas linhas gerais sobre a capacidade de estar em juízo.

#### **4.2.1. Definição.**

Uma das capacidades para a prática dos atos processuais é a chamada capacidade processual ou de estar em juízo. Não utilizaremos, desde já, a primeira expressão ou a utilizaremos entre aspas, pois tratamos, neste trabalho, das capacidades processuais como um gênero do qual são espécies, além da competência, a capacidade processual *stricto sensu* e a capacidade postulatória. Adotando a primeira expressão, pode-se gerar confusão entre o gênero capacidade processual e a espécie capacidade processual.

Vimos em linhas passadas a capacidade de ser parte – aptidão para titularizar a relação processual. Sabemos que essa capacidade é decorrência direta da capacidade jurídica, embora haja, como foi dito, a coexistência delas em nosso direito positivo. A capacidade para estar em juízo também decorre da capacidade jurídica, porquanto é uma capacidade de exercício de direitos. Podemos, no entanto, afirmar, sem problemas, que ela é englobada pela a capacidade de ser parte, pois quem pode praticar os atos processuais, logicamente, tem que poder ser parte<sup>323</sup>.

Define-se, portanto, a capacidade para estar em juízo como sendo a aptidão para a prática dos atos processuais independentemente de representação.

#### **4.2.2. Capacidade de estar em juízo e capacidade civil.**

Pode-se estabelecer, sem qualquer embargo, uma estreita ligação, quase uma congruência, entre a capacidade de estar em juízo e a capacidade civil das pessoas naturais. Logo, exemplificando, quem for relativamente capaz civilmente (v. g., o menor púbere) é relativamente capaz processualmente, tendo que ser representado para a prática dos atos processuais. Qualquer mudança na legislação civil, no que concerne à capacidade, atinge diretamente a capacidade de estar em juízo, independentemente de

---

<sup>323</sup> Usando a linguagem matemática, *permissia venia*, pode-se dizer que a capacidade de ser parte contém a capacidade de estar em juízo.

alteração na legislação processual (art. 8º, CPC). Tem-se, como exemplo, a alteração feita pelo CC em face do CC/16, que afirma serem absolutamente capazes os maiores de dezoito anos. Pela legislação pretérita, ganhava-se plena capacidade a partir dos 21 anos. Assim, na vigência do CC, também são processualmente capazes os maiores de dezoito anos, sem necessidade alguma de alteração nas leis processuais<sup>324</sup>.

Há exceções à regra exposta. Por exemplo, o art. 8º, Lei n. 9.099/95, estabelece que determinados sujeitos de direito são impossibilitados de figurar como partes no Juizados Especiais Cíveis. Nada obstante a má redação do dispositivo legal, há, nessa lei a previsão de uma incapacidade de estar em juízo, que, nesse caso, é totalmente desvinculada da capacidade civil. Trata-se de uma incapacidade de estar em juízo que não pode ser suprida<sup>325</sup>.

#### **4.2.3. A capacidade de estar em juízo como requisito de validade subjetivo dos atos processuais.**

Consoante a já analisado, as capacidades específicas compõem os chamados elementos complementares dos suportes fáticos dos atos jurídicos. Por isso, são necessárias ora à validade, ora à eficácia do ato.

A capacidade de estar em juízo diz respeito à validade dos atos processuais das partes. Em se tratando do autor da demanda, ela é requisito de validade subjetivo do procedimento (“pressuposto processual” de validade). Logo, caso o autor não tenha capacidade de estar em juízo, a demanda será viciada, podendo, o que dificilmente ocorrerá, ser nulificada.

Já a capacidade de estar em juízo do réu é apenas requisito dos atos processuais que ele pratique ou participe, como a contestação e a citação.

---

<sup>324</sup> “O Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) alterou o regime da incapacidade relativa. O art. 4º, I, do Novo Código Civil estabeleceu que são relativamente incapazes os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos, reduzindo, no particular, os 21 anos constantes do art. 6º, I, do Código Civil de 1916. Sem necessidade de qualquer alteração na lei processual civil, a capacidade para estar em juízo alterou-se em idêntica medida, quando o Novo Código Civil entrou em vigor. Também para o processo (e por força do art. 8º do Código de Processo Civil, vale repetir) o novo regime da incapacidade relativa deve ser observado desde então”, BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

<sup>325</sup> Conforme visto no primeiro capítulo, nem sempre uma incapacidade de exercício de direitos pode ser integrada. Trata-se de questão puramente de direito positivo.

Por último, se houver litisconsórcio facultativo ativo, onde um dos autores seja capaz, a incapacidade dos demais demandantes não é requisito de validade subjetivo do procedimento, pelo fato de não levar a um juízo de inadmissibilidade do processo. Se, depois de intimados, os autores incapazes não suprirem a sua incapacidade, o juiz, ainda assim, deverá analisar o pedido formulado pelo autor capaz, de modo que poderá haver apenas a invalidação da petição inicial dos autores incapazes.

#### 4.2.4. Diferença entre representação e apresentação.

Representação é a prática de atos em nome de outrem, *e. g.*, o pai representa o filho, menor impúbere, no processo, assim quem pratica o ato é o pai e não o menor, apesar de ser esse a parte processual. Partindo dessa premissa, a sociedade, quando demanda em juízo, é representada pelo seu sócio? Não, pois esse é órgão dela, o ato é praticado pela própria pessoa jurídica materializada no seu órgão (sócio). Assim, o órgão apresenta a pessoa jurídica em vez de representá-la<sup>326</sup>, de forma que ela não é incapaz civil ou processualmente. Consoante descreve Pontes de Miranda, grande defensor da tese comentada, as pessoas jurídicas precisam ter órgãos, tal como as pessoas físicas necessitam ter olhos, mãos, bocas ou qualquer outro órgão hábil para se expressarem<sup>327</sup>.

Todavia, o art. 12, *caput*, CPC, fala indistintamente que os entes relacionados em seus incisos deverão ser representados em juízo. Não é a melhor opção, porquanto, no rol dos incisos, há entes que se apresentam em juízo, em vez de serem representados. Analisemos cada inciso do referido artigo.

a) O inciso I fala que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios serão representados por seus procuradores. O caso não é de representação. Os procuradores dessas pessoas jurídicas são órgãos delas, portanto apresentam-nas em juízo.

---

<sup>326</sup> Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1, p. 297; VILANOVA, Lourival, *Causalidade...*, op. cit., p. 279; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 123; ASSIS, Araken de. Suprimento das incapacidades processual e postulatória. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 113; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, v. 1, p. 207; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 31-32.

<sup>327</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. ult. cit., p. 297.

b) O inciso II diz que o Município será representado por seu prefeito ou seu procurador. Também não é caso de representação. O prefeito ou o procurador são órgãos do Município. Aqui a norma menciona o fato de o prefeito poder ser o “representante” do Município, isso se dá por conta de que muitos Municípios não têm, por razões diversas, procuradorias próprias. Cabe aqui um comentário: o prefeito, de fato, apresenta o Município no processo. Contudo, não pode o prefeito, mesmo sendo advogado, atuar, igualmente, como procurador do Município, porquanto o art. 28, I, EAOAB, afirme que a função do Chefe de Poder Executivo é incompatível com o exercício da advocacia<sup>328</sup>.

c) Os incisos III, IV, V e IX tratam de verdadeiras hipóteses de representação, pois o administrador é outro sujeito de direito com relação à massa falida; o curador também é outrem em face da herança jacente ou vacante; do mesmo modo o inventariante em face do espólio<sup>329</sup> e o síndico perante o condomínio<sup>330</sup>.

d) O caso do inciso VI, também é de apresentação da pessoa jurídica, pois os diretores ou quem os estatutos designem são verdadeiros órgãos da pessoa jurídica aludida no dispositivo.

e) Na sociedade não personificada, inciso VII, a figura de seu administrador confunde-se com a própria sociedade, dessa forma, aquele é um verdadeiro órgão dela<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Nesse sentido, com detalhes, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 26.

<sup>329</sup> No tocante ao espólio devemos tecer um comentário. Dispõe o art. 12, § 1º, CPC: “Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte”. A redação da norma é confusa, pois, se a parte for espólio os herdeiros serão apenas seus representantes processuais. Herdeiros e espólio não podem figurar simultaneamente no processo (Nesse sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 106; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 217; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 138). Assim, se o espólio for réu, nos casos de inventariante dativo, todos os herdeiros e sucessores deverão ser citados como seus representantes, é caso de representação conjunta necessária ou, então, todos os herdeiros e sucessores deverão formar um litisconsórcio passivo necessário, com a exclusão do espólio. No pólo ativo isso não poderá ser exigido. Não se pode dizer que todos os herdeiros e sucessores devem representar o espólio ou devem formar um litisconsórcio necessário ativo. Exigir essas circunstâncias, já que ninguém tem o dever de demandar, é atentar contra o princípio da inafastabilidade à tutela jurisdicional, pois quem quisesse demandar ficaria com seu direito de agir mutilado por conta da recusa do que não desejasse tal conduta. Logo, qualquer herdeiro ou sucessor pode demandar na qualidade de legitimado extraordinário da massa de bens, ou, se o espólio for parte tendo um inventariante dativo, qualquer herdeiro ou sucessor pode representá-lo.

<sup>330</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 137.

<sup>331</sup> Em sentido diverso afirmando que no caso o administrador representa a sociedade não personificada, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., 1979, t. 1, p. 419.

f) Por fim, a pessoa jurídica estrangeira, inciso VIII, também é apresentada por seu órgão no Brasil, seja pelo administrador de filial, de sucursal ou de agência daquela.

Para saber se é caso de representação ou de apresentação, basta verificar se existe a figura do órgão. Existindo tal figura, e ela praticando o ato, a pessoa jurídica ou o sujeito de direito despersonalizado fazem-se presentes no processo. Nesses casos não há de se falar em representação. Contudo, se não houver órgão, o sujeito de direito deverá ser representado em juízo<sup>332</sup>.

#### **4.2.5. Diferença entre capacidade de estar em juízo e *legitimatío ad processum* das partes.**

A capacidade para estar em juízo é, como visto, a aptidão para a prática dos atos processuais não postulatórios sem a necessidade de representação. Alguns autores afirmam ser ela sinônimo de *legitimatío ad processum*<sup>333</sup>. Não é esse o nosso entendimento<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> “Onde não se trata de órgão, caberia empregar a palavra ‘representação’, ‘representar’, ‘representante’, ‘representado’, não porém onde a participação processual, ativa ou passiva, é de órgão”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. ult. cit., p. 391-392.

<sup>333</sup> Dentre outros: ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova; CEDAM, 2001, v. 1, t. 1, p. 489; AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1, p. 121; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., 1979, t. 1, p. 303; REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1, p. 241; BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 125-126; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, op. cit., p. 298-299; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 165; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. 8, p. 394; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. 1, p. 105; ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1, p. 499; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 110; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 69; COSTA, COQUEIJO. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 98; GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 110; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, op. cit., p. 19; SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 243; NERY JR., Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 628; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, op. cit., v. 1, p. 238; CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*, op. cit., p. 141; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas: 2005, p. 62; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127. Parece-nos, também, ser esse o entendimento de BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 1, p. 445-446.

<sup>334</sup> Criticando a expressão *legitimatío ad processum* como sinônima de capacidade para estar em juízo, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998, v. 1, p. 229-230.



Consoante aludido alhures, a legitimação é uma aptidão específica analisada ante ao caso concreto, ao passo em que as capacidades são genéricas e analisadas *in abstracto*.

O art. 10, CPC, é o exemplo, quiçá mais significativo, da *legitimatio ad processum* das partes. Ele dispõe sobre a participação processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias (tanto para o pólo ativo como passivo) e noutras hipóteses elencadas no § 1º, II, III, IV do citado dispositivo legal (apenas para o pólo passivo). Assim, não há de se falar em incapacidade de estar em juízo de um dos cônjuges se ele demanda sozinho em causas que versem sobre esses tipos de direitos. Capacidade de estar em juízo ele pode ter ou não, de acordo com que vimos anteriormente. O fato de ele demandar sozinho não o torna incapaz processualmente. Se a ação versa sobre direitos reais imobiliários, e o cônjuge demanda, no mínimo, sem a outorga necessária, faltar-lhe-á *legitimatio ad processum*<sup>335</sup>, pelo fato de a legitimação ser constatada diante do caso concreto<sup>336</sup>. Portanto, o art. 10, CPC, trata de legitimação processual, e não de capacidade para estar em juízo<sup>337</sup>.

A ausência de legitimação processual leva ao defeito do ato processual. Em se tratando do autor (que demandou sem o cônjuge ou, no mínimo, não obteve o seu consentimento para demandar e não o supriu judicialmente), e não havendo demais litisconsortes ativos processualmente legitimados, ela é requisito de validade subjetivo do procedimento. Sua ausência pode levar, portanto, ao juízo de inadmissibilidade do

---

<sup>335</sup> Afirma que a *legitimatio ad processum* é a capacidade de ser parte, PAIXÃO JR., Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 220.

<sup>336</sup> Sobre o tema, “Os doutos se dividem, boa parte deles empregando o conceito de *capacidade processual* como sinônimo de legitimidade para estar em juízo, ou *legitimatio ad processum*. Todavia, sabem os que abraçam essa vertente que, quando menos, a utilização do termo *legitimidade* não é própria à nominação da capacidade processual, e atribuem essa nomenclatura imprópria à tradição. (...) Com efeito, a expressão *capacidade* conduz à idéia de atributo de uma pessoa, a qual, em regra, enquanto mantenha suas mesmas qualificações, pode manejar para todos os fins de direito, ao passo que *legitimidade*, ou melhor dizendo, *legitimação*, remonta à noção de algo que reveste o agir de uma pessoa em função de certa situação e perante outra pessoa determinada, não perdurando para todos os fins, mas somente para aqueles pertinentes a uma dada conjuntura. Capacidade é um *ser*, legitimidade, um *estar em face de*. Por tudo isso, há de se distinguir entre *capacidade processual* e *legitimidade para o processo*. A primeira é mera transposição do Direito Civil para o Direito Processual da capacidade de exercício; a está última, diversamente, é o direito de estar em juízo num determinado processo”, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70-71.

<sup>337</sup> Deve-se ter cuidado para não se confundir essa legitimação puramente processual com a *legitimatio ad causam*, que nada tem haver com o processo, pois não o afeta. Essa última é a pertinência entre os sujeitos da demanda é a relação de direito material discutida em juízo (salvo os casos de legitimação extraordinária). Trata-se, quase sempre, de questão de mérito, não obstante o direito positivo e boa parte da doutrina tratem-na como “condição da ação”.

processo. Em se tratando do pólo passivo da relação processual, é exigida a formação de um litisconsórcio necessário, a citação de ambos os cônjuges é requisito de validade objetivo do procedimento. Sua ausência vicia o procedimento e é causa de *actio nullitatis*<sup>338</sup>.

Há uma parte da doutrina processual brasileira que defende a existência da *legitimatio ad processum*, afirmando, inclusive, que ela difere da capacidade de estar em juízo<sup>339</sup>. No entanto, adota um conceito diferente do aqui defendido. Para essa parcela da doutrina, legitimação processual ocorreria quando alguém tivesse capacidade de estar em juízo plena. Os que têm capacidade para estar em juízo limitada (relativamente capazes) ou nenhuma (absolutamente incapazes) não têm legitimação processual, que é atributo de seus representantes<sup>340</sup>.

O problema é que a integração da incapacidade nada tem a ver com legitimação. O incapaz de estar em juízo necessita, justamente por ser incapaz, de ser representado

<sup>338</sup> Nesse sentido afirmando ser esse tipo de vício causa de *actio nullitatis*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “*querela nullitatis*” e ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 48, p. 34-35; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...*, op. cit., p. 179.

<sup>339</sup> Dentre outros: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2 p. 208-209; ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 79-82; PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, t. 1, p. 86; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 37-38. Interessante é o entendimento de Heráclito Antônio Moussin sobre *legitimatio ad processum*. Ele afirma que, se o ente do MP agir fora de sua instância, faltar-lhe-ia *legitimatio ad processum*: “Pode-se afirmar que o promotor público possui capacidade processual *in genere*, uma vez que pode realizar com validade ato processual de parte acusadora no âmbito da instância. Todavia, embora tendo esse membro do *parquet* capacidade processual genérica, não poderá exercer a função de parte acusadora além dos limites territoriais em que está legitimado para agir. Assim, se ele representa o Ministério Público na comarca (Y), não poderá provocar, por meio de denúncia, o início da ação penal na comarca (Z), uma vez que não terá *legitimatio ad processum*, salvo se tiver sido designado para essa finalidade persecutória” (*Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 33). Deve-se afirmar, entretanto, que o caso, levantado pelo citado autor, é de incompetência do membro do MP, que, como visto, é uma incapacidade.

<sup>340</sup> “Para ser parte é necessário ter capacidade para estar em juízo, consistindo esta um pressuposto processual de validade da relação jurídica processual. Entretanto, não é ela suficiente para que alguém possa atuar, agir em processo, devendo, para tanto, estar também presente a legitimação para o processo ou legitimidade processual, que também integra o quadro dos pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual (para que em seu âmbito seja decidida a lide). Explicitando o que foi enunciado, pode-se dizer que a capacidade para estar em juízo é genérica, enquanto a legitimação processual é específica para aquele determinado processo. Ordinariamente, terá legitimação processual aquele que preenchendo o pressuposto da capacidade para estar em juízo, podendo agir processualmente em defesa (sentido lato) de afirmação de direito seu. Normalmente, então, quem tem capacidade para estar em juízo genérica, a tem específica: é o legitimado ordinário. O legitimado processual ordinário é aquele que não tem sua atuação processual obstada para agir ou defender o que entende ser direito seu, sua afirmação de direito. (...) Como já ficou expresso, normalmente, todo aquele que tem capacidade para estar em juízo, ou após a sua integração, tem legitimação processual, a que se denomina de ordinária simples, para ser parte em processo versante sobre pretensão sua ou contra si”, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, op. cit., p. 79-82.

para praticar validamente o ato processual. Dessa forma, os arts. 8º e 9º, CPC, tratam de integração da incapacidade de estar em juízo, não de legitimação. Essa é tratada no art. 10, CPC, pois o cônjuge, nada obstante ser processualmente capaz, não poderá demandar sem o consentimento do outro cônjuge. Isso é que é legitimação processual (*ad processum*). O cônjuge sem o consentimento do outro não tem legitimação processual para demandar, independentemente de ser processualmente capaz ou não.

### **5. Considerações finais.**

O capítulo teve por fito demonstrar a existência de situações jurídicas processuais simples, contidas no conteúdo eficaz da relação processual. Para tanto, foi preciso demonstrar a existência de situações jurídicas de caráter pré-processual, portanto de direito material. Pré-processuais, porquanto necessárias à própria formação do processo. Sem elas, o processo não existe. São, como visto, a jurisdição e a capacidade de ser parte.

O capítulo foi, de fato, uma continuação do anterior. Pudemos nele pormenorizar mais o chamado plano da eficácia processual, eis que as capacidades processuais, como situações jurídicas, estão inseridas nele.

Para o complemento das situações jurídicas simples processuais, falta apenas ser analisada a capacidade postulatória, tema central do trabalho. Assim, como já tínhamos antevisto, o capítulo que se finda foi um verdadeiro abre-alas para o próximo.

## CAPÍTULO V – DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA

### 1. Bipartição da capacidade para a prática dos atos processuais das partes.

Consoante analisado anteriormente, os chamados elementos complementares do suporte fático normativo dizem respeito, quase sempre<sup>341</sup>, à validade do ato jurídico a ser formado. De modo que, mesmo faltando ao suporte fático concreto um elemento complementar, ainda assim ocorrerá a eficácia normativa. O plano da existência foi transposto. Agora, como faltou ao suporte fático um elemento complementar, o ato jurídico gerado pela incidência é defeituoso.

Também, como dantes observado, um desses elementos complementares é a capacidade específica para o exercício do direito gerado pelo ato. Não se trata, frise-se novamente, da capacidade jurídica, essa é elemento nuclear do suporte fático, sua ausência impede a incidência, não se perfazendo o ato jurídico.

Em relação a alguns atos processuais das partes: os postulatórios, o elemento complementar subjetivo capacidade específica para a prática do ato é bipolar<sup>342</sup>. São exigidas, dessa forma, duas capacidades específicas: primeiramente, a capacidade de estar em juízo, vista rapidamente no capítulo passado; depois, a capacidade postulacional, a qual será analisada com detalhes agora.

### 2. Um conceito necessário: atos postulatórios.

Antes de analisarmos amiúde a problemática da capacidade postulatória, devemos tecer alguns comentários sobre os atos postulatórios. Eis que a dita capacidade serve para o exercício regular deles.

O processo, na sua feição de procedimento, é formado por diversos atos. Não fizemos, no terceiro capítulo, por plena impertinência temática, uma classificação dos

---

<sup>341</sup> Quase sempre, pois, relembrando, eles podem dizer respeito à eficácia do ato.

<sup>342</sup> Nesse sentido, DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

atos processuais das partes. Certamente, tema tão vasto daria uma tese. A classificação desses atos processuais das partes é matéria tormentosa na doutrina<sup>343</sup>. Adotam-se critérios vários para tal atitude. Neste trabalho, faremos apenas uma breve resenha sobre uma classificação deles. Por ela<sup>344</sup>, os atos processuais das partes se dividem em dispositivos, instrutórios, reais e postulatórios.

Os atos dispositivos são os negócios jurídicos processuais<sup>345</sup>. São exemplos: a renúncia ao direito de recorrer e a desistência do recurso.

Os instrutórios, por sua vez, destinam-se a convencer o juiz da veracidade de algum fato<sup>346</sup>, dispõem-se, portanto, a ser meios de prova<sup>347</sup>. O exemplo mais comum é o depoimento pessoal.

Os atos reais ou materiais<sup>348</sup> não são postulações feitas ao juiz, mas sim condutas, mediante as quais se cumprem exigências legais ou judiciais<sup>349</sup>. São exemplos: o

---

<sup>343</sup> Sobre o tema, por todos: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTHEA, 1944, v. 3, *passim*; GOLDSHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936, p. 242-253; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. 1, p. 357-369.

<sup>344</sup> Adota-se a classificação sugestionada por MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 311.

<sup>345</sup> Há uma polêmica intensa sobre a existência dos negócios jurídicos processuais. Defendemos a existência deles. A desistência de um recurso, por exemplo, que inegavelmente é um ato processual, não precisa ser homologada (Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 3, p. 37-38), não precisa, assim, de um elemento integrativo que a faça surtir determinados efeitos. É cediço que ela pode ser parcial, ou seja, quem a pratica, pode dispor sobre os efeitos que ela gerará. Ora, o exemplo exposto enquadra-se facilmente na noção de negócio jurídico vista no primeiro capítulo. No sentido do ora defendido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 20; CARNELUTTI, Francesco, op. ult. cit., p. 86-89; MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 320; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 37-38; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes em matéria processual. Temas de direito processual - 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98; BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148, p. 314-317. Em sentido contrário, por todos: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 291; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2, p. 471-472; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 2, p. 15.

<sup>346</sup> GOLDSHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 130.

<sup>347</sup> Não se podem confundir os atos instrutórios, como é o caso do depoimento pessoal, com os requerimentos a ter determinado meio probatório utilizado no processo, como o requerimento a que seja feita uma perícia. Esse tipo de ato é, na verdade, um ato postulatório. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., v. 2, p. 488.

<sup>348</sup> Utilizam-se dessa nomenclatura, por todos: ROSENBERG, Leo, op. cit., p. 368; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 488.

pagamento das custas judiciais, a indicação de bens à penhora. Sobre esses atos é necessário tecer um comentário.

É cediço que a capacidade postulatória (espécie de capacidade técnica) é necessária para a prática dos atos postulatorios. Há atos reais, contudo, que necessitam de outra capacidade técnica. Outra, pois, por razões óbvias, a capacidade postulatória só pode servir para a prática dos atos postulatorios. A retirada dos autos do cartório<sup>350</sup> é um exemplo deles. Assim, pode-se dizer que existe, além da postulacional, outra capacidade técnica processual.

E os atos postulatorios o que são<sup>351</sup>? Atos postulatorios são atos pelos quais as partes formulam ao juiz requerimentos. Atos como: petição inicial, contestação, incidentes processuais (exceções *stricto sensu*, impugnação ao valor da causa etc.) e recursos são exemplos de atos postulatorios. Há quem os divida em pedidos e requerimentos. Os primeiros consistem na obtenção da própria tutela jurisdicional. São exemplos: a demanda, que contém o pedido do autor à condenação do réu ao pagamento de determinada quantia; a contestação do réu, que contém o pedido de improcedência da demanda. Os segundos seriam medidas preparatórias para a obtenção de um resultado favorável, *v. g.*, o pedido à produção de determinada prova<sup>352</sup>. Há quem fale, de outro modo, que os requerimentos, ao contrário dos pedidos, não dizem respeito ao *meritum causae*<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. ult. cit.*, p. 488.

<sup>350</sup> Assim, DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 488. Na verdade, esses atos reais que necessitam de capacidade técnica do praticante não são atos reais no sentido próprio. Consoante analisado no primeiro capítulo, o ato real é espécie de ato-fato jurídico (conduta não volitiva). Ele não tem elementos complementares ao seu suporte fático, não tem requisitos necessários para sua validade, até porque, esse plano fenomenológico não existe para ele. Sendo assim, não nos parece correto, do ponto de vista técnico, afirmar que a retirada dos autos do cartório seja um ato real, eis que, se, para a prática do ato, é necessário ter capacidade técnica, ele tem elementos complementares subjetivos ao seu suporte fático, logo não é ato-fato jurídico, e sim ato jurídico. Por não ser ato-fato jurídico, não é, igualmente, ato real.

<sup>351</sup> Segundo Leo Rosenberg, “Los actos de postulación son aquellos actos de las partes que pretenden del tribunal, o de un órgano judicial, una resolución determinada y suministran la materia para su fundamento. En el procedimiento de sentencia son éstos los actos procesales más esenciales e importantes. Su peculiaridad consiste en que no tienen efecto independiente y, sobre todo, carecen de efecto más allá del proceso concreto. Se agotan en la producción de una resolución, en particular, de una sentencia de determinado contenido, y no surten efecto sino mediante esta resolución, en ella y con su vigor” (*op. cit.*, 364).

<sup>352</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 487.

<sup>353</sup> Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1, p. 245.

Concluindo, pode-se dizer que os atos postulatórios são atos pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência de qualquer natureza<sup>354</sup>. Fredie Didier Jr. dá o testemunho e a nomeação de bens à penhora<sup>355</sup>, como exemplos de atos, que, para serem praticados, é desnecessária a capacidade postulatória, pois eles não são postulatórios.

Para a prática dos atos não-postulatórios, a parte não precisa ter capacidade postulacional. O elemento complementar subjetivo do suporte fático desses atos é tão-somente a capacidade de estar em juízo, vista no capítulo pretérito. Para o exercício dos postulatórios, todavia, faz-se necessário, para que o ato não seja viciado, ter capacidade postulatória.

### **3. Definição de capacidade postulatória.**

Por ser uma decorrência da capacidade jurídica, a capacidade postulatória é uma capacidade específica. Pode-se defini-la, partindo da premissa posta no item anterior, como uma capacidade para a prática válida dos atos processuais postulatórios. Trata-se, portanto, de uma situação jurídica processual simples.

Desse modo, não se pode confundi-la com a atividade advocatícia. Primeiro, porque a capacidade postulatória não é atributo tão-só do advogado; depois, pelo fato de, sendo a referida capacidade uma situação jurídica processual, sua utilização servir para a prática tão-somente de atos processuais, quando é sabe-se que a atividade advocatícia vai muito além da postulação em juízo<sup>356</sup>.

### **4. O caráter técnico da capacidade postulacional.**

---

<sup>354</sup> DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, v. 1, p. 229.

<sup>355</sup> Idem, p. 229.

<sup>356</sup> “A capacidade postulacional é a de realizar os atos processuais em que haja *postulação*. A parte o depoimento de parte, mas, se não tem a faculdade de advogar, não pode postular. Quem postula (quem ‘aposta’), no sistema processual do Estado, é o advogado, e só ele. Quem pode ser advogado responde a lei especial, que é elemento do direito judiciário, porém não processual. A parte que tem capacidade postulacional e quer, por si mesma, postular, é a parte e é advogado. Diz-se, então, que é advogado em causa própria. As regras que marcam ou limitam a capacidade postulacional, ou que a dilatam, são regras do direito processual, e não de outro ramo do direito judiciário. O conceito de advogado não no é; o de capacidade postulacional, sim”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1, p. 304. Em sentido conexo, RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Advocacia: serviço público e função social. Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 71

Grande parte das incapacidades foi criada em benefício do incapaz<sup>357</sup>. Frise-se que estamos nos referindo, obviamente, às incapacidades específicas, pois, se o ente não tem capacidade jurídica, ele não poderá ter benefício jurídico algum, já que não é sujeito de direito.

O legislador, por política legislativa, toma em consideração que alguns sujeitos de direito (o menor impúbere, por exemplo) merecem ganhar benefícios<sup>358</sup>.

Os critérios para definir quem deve ser incapaz são vários. Exemplos: vivência nas relações negociais, insanidades física e mental, situação cultural<sup>359</sup>, falta de conhecimentos técnicos etc. Daí a razão da incapacidade: equalizar, levando em consideração o princípio da isonomia, a situação daquele ente com a dos capazes. É por isso que os prazos de ordem prescricional não correm contra o incapaz. Ressalte-se que somente a lei pode definir quem são incapazes, sendo defesa tal atitude pela via convencional<sup>360</sup>.

Há capacidades previstas no ordenamento que têm, como critério distintivo, o conhecimento técnico do seu titular sobre o teor do ato a ser praticado.

Os peritos judiciais, por exemplo, necessitam ter conhecimento técnico-científico sobre o fato a ser demonstrado. Na verdade, essa é a própria razão da perícia. Eles, inegavelmente, são detentores de uma capacidade técnico-científica e, por vezes,

---

<sup>357</sup> Nesse sentido: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 184; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 39. Existem, contudo, incapacidades cujo intuito maior não é o de proteger o incapaz, mas sim o interesse público. São exemplos dessas incapacidades: grande parte das incompetências jurisdicionais.

<sup>358</sup> “Sentido protetivo da teoria das incapacidades – O legislador, ao arrolar entre os incapazes as referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou silvícola falta o senso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado”, RORDIGUES, Sílvio, op. cit., p. 39-40.

<sup>359</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25.

<sup>360</sup> Idem, p. 27.



artística<sup>361</sup>, que serve para o exercício de um direito-função<sup>362</sup>, a fim de contribuírem com os órgãos jurisdicionais<sup>363</sup>. A idéia da capacidade pericial é tutelar o interesse público.

A capacidade postulatória, por sua vez, também assume um caráter técnico. O critério para definir que a tem é técnico, pois ela é uma capacidade para a prática de atos que exigem maiores conhecimentos técnico-científicos. No seu caso, os conhecimentos jurídico-dogmáticos. Ao contrário da capacidade pericial, a capacidade postulacional visa beneficiar tão-somente o incapaz.

### **5. Vinculação da capacidade postulatória por outras capacidades específicas de direito; pressuposição da capacidade jurídica em face dela.**

Como visto alhures, é característica de algumas capacidades de exercício vincular outras. Frise-se que essa vinculação é questão de direito positivo, e não teórica. Agora, não custa repetir, todas as capacidades de exercício não são vinculadas pela capacidade jurídica, são, na verdade, frutos dela. A capacidade jurídica é a raiz, a matriz. Aqui, a questão passa a ser de ordem lógico-jurídica: a capacidade jurídica é o antecedente lógico das capacidades específicas.

A vinculação pode ser estabelecida entre uma capacidade específica em face de outra. No capítulo anterior, pôde ser observado que a capacidade civil, salvo exceções, vincula a capacidade para estar em juízo. Há, portanto, entes civilmente capazes que não são incapazes de estar em juízo.

Nesse turno, podemos estabelecer que a capacidade postulatória é, quase sempre, vinculada pela capacidade de estar em juízo, pois é difícil pensar em alguém que não tenha a segunda e tenha a primeira. Um exemplo, posto que incomum, seria: um advogado (sujeito de direito com capacidade postulatória) é demandado, citado por edital, não comparece, tornando-se revel. Como cediço, o exemplo dado é um caso onde o

---

<sup>361</sup> Assim, admitindo, com inteira razão, a possibilidade da realização da perícia sobre questões artísticas, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 4, p. 343.

<sup>362</sup> Direito-função eis que os peritos só poderão desincumbir-se do encargo alegando justo motivo. Nesse sentido, afirmando que o perito tem o dever de auxiliar o juízo: AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit., p. 347-349; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 582.

<sup>363</sup> Parece ser inegável que os peritos detêm uma capacidade específica, já que, se eles têm um direito-função, eles devem ter uma aptidão (capacidade) para exercê-los validamente. E, além disso, eles podem ser responsabilizados civil e penalmente pelo exercício irregular desse direito-função.

sujeito processual, embora tenha capacidade civil (e, no caso, também, capacidade postulacional), não tem capacidade de estar em juízo (art. 9º, II, CPC)<sup>364</sup>.

Com relação à capacidade civil, todavia, pode-se falar, sem problemas, que ela é vinculadora da capacidade postulatória. Primeiro, por conta do art. 8º, I, EAOAB, que exige, para inscrição como advogado, a capacidade civil do postulante. Depois, nos casos em que a capacidade postulatória é conferida a quem não a tem em regra não se poderia defender algo diverso. Pois como seria possível atribuir uma capacidade técnica (de que é exemplo a capacidade postulatória) a quem a lei não atribuiu capacidade civil, por faltarlhe discernimento para a compreensão do teor do ato praticado?

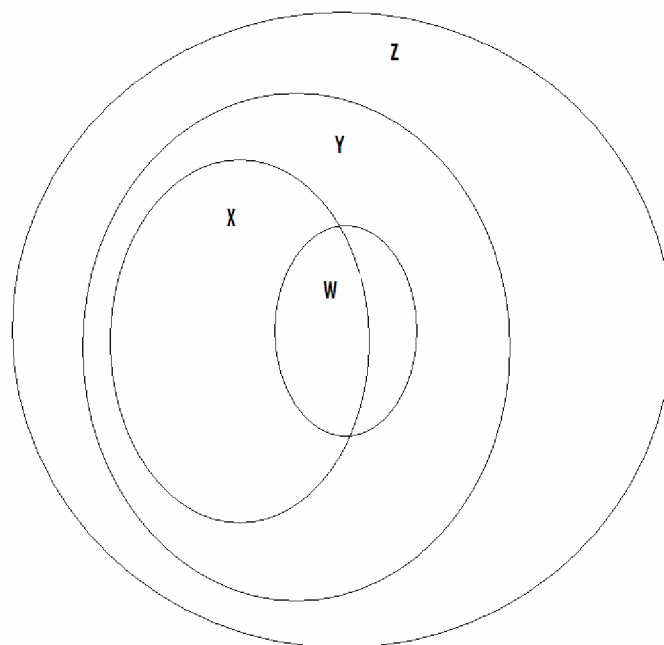
Já a capacidade de ser parte também não vincula a capacidade postulatória: é pressuposto dela<sup>365</sup>.

Numa linguagem matemática, aplicada apenas para fins didáticos, pode-se dizer que há um conjunto maior denominado de Z (que são a capacidade jurídica e a capacidade de ser parte. A segunda, devido à sua coexistência com a primeira em nosso ordenamento). Depois, um subconjunto – Y – correspondente à capacidade civil. Em seguida, um subconjunto (X) de Y, que é a capacidade de estar em juízo. Por fim, outro subconjunto menor – W – inserido em Y, correspondente à capacidade postulacional. Observe-se que o subconjunto W (capacidade postulatória) é subconjunto de Y (sendo, por isso, também subconjunto de Z) e está em interseção com X. Eis o diagrama:

---

<sup>364</sup> A incapacidade de estar em juízo regulada pelo art. 9º, II, CPC, é puramente processual, não fica adstrita à regra comunicante entre a capacidade civil e a capacidade de estar em juízo estabelecida no art. 8º, CPC. Defendem o dito, entre outros: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192; ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 23.

<sup>365</sup> A razão, mais uma vez, é a coexistência no direito positivo entre a capacidade jurídica e a aptidão para ser parte.



O diagrama apresenta uma noção lógico-jurídica e dá uma idéia (para fins meramente didáticos) do direito positivo pátrio. Concluindo, podemos dizer que: a capacidade jurídica é pressuposto (noção lógico-jurídica) da capacidade postulatória, e que algumas capacidades específicas vinculam-na (noção jurídico-positiva).

## 6. Direito subjetivo à capacidade postulatória.

As capacidades específicas (dentre elas: a capacidade postulacional) são qualidades jurídicas conferidas a sujeitos de direito, para que esses possam exercer validamente os direitos que titularizam. Sendo qualidades jurídicas, há direito subjetivo a elas<sup>366</sup>, notadamente a tê-las reconhecidas. De modo que, *e. g.*, se alguém nega a um advogado que ele tem capacidade postulatória, ele tem ação material<sup>367</sup> de natureza

<sup>366</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

<sup>367</sup> A existência da chamada ação material (tão defendida por Pontes de Miranda, haja vista ele ter dedicado uma obra inteira de sete volumes a ela: o *Tratado das ações*), aludida no primeiro capítulo, é hoje bastante questionada por alguns doutrinadores, enquanto outros a defendem com veemência. Sobre o dito, vale consultar a polêmica instaurada, primeiramente, entre Ovídio Baptista e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (o primeiro defensor da ação material; o segundo, contrário), e seguida por outros autores. Essa polêmica está reunida na obra de organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Em que pesem os argumentos dos dois lados, defendemos a permanência da

declaratória contra o ofensor. Como é característica das situações jurídicas simples, tal qual visto no primeiro capítulo, a oponibilidade contra todos (*erga omnes*), o titular delas tem direito subjetivo e pretensão contra todos. Ao tempo que a segunda é violada, nasce a ação material<sup>368</sup>.

Dessa forma, quem tem capacidade postulatória, tem direito a tê-la reconhecida. Embora ela tenha por atributo ser unissubjetiva (atingir a esfera jurídica de apenas um sujeito de direito), o direito e a pretensão que a resguardam são contra todos.

## 7. Quem tem capacidade postulacional.

### 7.1. Os advogados.

A regra na sistemática processual brasileira, seja ela civil ou penal, é a de que apenas os advogados e os membros do MP têm capacidade postulatória. Desses falamos depois, fiquemos, no momento, com aqueles.

Entende-se o conceito de advogado como sendo todos aqueles bacharéis em direito inscritos na OAB, sejam eles advogados privados ou procuradores públicos (AGU, PGFN, autarquias públicas como o BACEN, procuradores estaduais e municipais).

Os procuradores públicos desempenham duas funções em juízo: a primeira, como visto no capítulo anterior, de apresentarem a pessoa jurídica à qual são vinculados; a

---

ação material em nosso ordenamento, pois, segundo Ovídio, “A doutrina [contrária à existência da ação material] não leva em consideração que o monopólio da jurisdição fez nascer uma segunda pretensão (exigibilidade), além daquela que o titular do direito já possuía, contra o destinatário do dever jurídico. Tanto posso ‘exigir’ o pagamento (exercer pretensão) contra o meu devedor, quanto posso exigir que o Estado – quando fracasse aquela exigência privada-, realize, através do processo, a minha pretensão. É claro que estou a tratar de ‘ação procedente’, porém não se pode obscurecer a existência de duas exigibilidades, outorgadas ao titular do direito: o agir contra o devedor (proibido, mas não eliminado!); e o agir estatal, que a sentença de procedência necessariamente realiza” (Direito material e processo. *Polêmica sobre a ação*, op. cit., p. 70).

<sup>368</sup> Vejamos a lição de Pontes de Miranda, aplicável à nossa argumentação, ao falar da ação material nos direito reais, que têm como característica serem oponíveis contra todos: “As pretensões reais dirigem-se, como os direito de que emanam, contra todos. Há-as no direito das coisas, no direito de família e no direito das sucessões. Tem-se dito que as pretensões reais não exsurtem com o direito mesmo: é preciso que se dê conduta de alguém, contrária ao conteúdo do direito real ou do direito de família; portanto, sem violação não haveria pretensão real. Mas essa proposição confunde *ação* e *pretensão*: a pretensão preexiste, aí, à ação; não é a pretensão que nasce mais tarde que o direito, é a ação. (...) Tanto o direito absoluto quanto as suas pretensões se dirigem *erga omnes*; o que não se dirige *erga omnes*, na ordinarietade dos casos, é a ação” (*Tratado de direito privado*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 455).

segunda, de atuarem como advogados. Compõem, desse modo, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória das pessoas jurídicas de direito público.

Os defensores públicos também são bacharéis inscritos na OAB, portanto têm capacidade postulatória. Eles são servidores públicos, tais quais os advogados públicos, mas atuam na defesa dos interesses de pessoas que não podem arcar com um patrocínio processual privado. Contudo, apesar de serem servidores públicos, suas funções diferem das dos procuradores públicos, pelo fato de esses estarem atuando na defesa da pessoa jurídica de direito público ao qual são vinculados; enquanto aqueles devem atuar, no âmbito de suas funções constitucionais, também, em causas contra a pessoa jurídica de direito público a qual, como servidores, têm vinculação.

### **7.1.1. Os estagiários.**

Primeiramente, os estagiários, para os fins ora analisados, são tão-somente aqueles regulamentados pela Lei n. 8.906/94 (EAOAB) e seu respectivo Regulamento Geral.

O art. 29, Regulamento Geral do EAOAB, normatiza alguns atos que podem ser praticados pelos estagiários. Parece-nos bem nítido que o estagiário tem uma porção de capacidade postulatória. Ele pode, dessa forma, praticar alguns atos postulatórios, como as petições de juntada de documentos, ou praticar atos para os quais, embora não-postulatórios, é necessário ter outra capacidade técnica (dantes falada), como é o caso da retirada dos autos do cartório.

Mais ainda. De acordo com o dito, uma conclusão faz-se necessária: a capacidade postulatória comporta graus, pode-se falar, portanto, em capacidade postulatória absoluta e relativa. O estagiário tem um pouco dela, logo, tem-na em grau relativo<sup>369</sup>. Por ter capacidade postulatória relativa, o estagiário pode praticar os atos postulatórios. Para a higidez de alguns deles, contudo, é necessário que um advogado o represente.

Sendo assim, caso o estagiário assine uma petição inicial, não se pode dizer que o ato foi praticado na ausência total de capacidade postulatória. *Mutatis mutandis*, é como

---

<sup>369</sup> Afirmando que os estagiários de direito tem parcial capacidade postulatória, DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 286-287. Entendendo de modo semelhante, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1, p. 203. No mesmo sentido, ainda que fale que a referida capacidade dos estagiários é mínima, OLIVEIRA, JR., Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 1968, v. 1, p. 240.

ocorre com a capacidade civil, o menor púbere, por exemplo, tem-na, contudo, não em sua totalidade. Como o ato citado acima não foi praticado na carência total de capacidade postulacional, ele pode ser sanado posteriormente pelo advogado a quem o estagiário é vinculado, já que um dos requisitos para a admissão no estágio advocatício é essa vinculação.

De fato, o ato postulatorio praticado pelo estagiário é viciado, mas com um vício menos grave, como se fosse, tal qual no direito privado, uma causa de anulabilidade<sup>370</sup>. Como vimos, em se tratando desse tipo de vício, pode-se falar em sanção do ato. No caso, a sanção dar-se-á pelo assentimento posterior do representante (advogado) ou, também, se o estagiário ganhar capacidade postulacional plena no curso do procedimento (transformar-se em advogado)<sup>371</sup>.

Têm os estagiários, portanto, capacidade postulatoria relativa, de modo que, para alguns atos, como a interposição de petições de juntada de documentos, eles podem praticá-los plenamente; para outros, porém, eles podem praticar desde que representados. Caso não o sejam, embora os atos nasçam viciados, podem ser sanados plenamente, através das hipóteses acima mencionadas.

## 7.2. Os membros do MP.

Os membros do MP têm capacidade postulatoria tanto quando atuam como legitimados extraordinários (parte), como quando atuam na qualidade de *custos legis*. Enfim, quando estiverem exercendo suas funções constitucionalmente delimitadas.

Um ponto interessante é saber se, quando atua em defesa de seus próprios direitos (legitimado ordinário), o MP tem capacidade postulatoria. Um bom exemplo é o seguinte: o Ministério Público do Estado de Pernambuco demanda contra o Governo do Estado de Pernambuco (órgão administrativo) para que esse repasse as verbas orçamentárias que lhe

---

<sup>370</sup> Lembrando a nossa opção, neste trabalho, por não classificar a invalidade processual em nulidade e anulabilidade. A colocação do termo anulabilidade acima serve, apenas, para se fazer uma comparação com o direito privado, no qual, se o relativamente capaz pratica algum ato, esse produz efeitos normalmente.

<sup>371</sup> Vejamos a lição de Pontes de Miranda, que, conquanto falando da capacidade civil, aplica-se, proporcionalmente, ao ora defendido, “O ato jurídico para o qual era de mister o assentimento da pessoa relativamente incapaz, se foi praticado sem êsse assentimento, é anulável. Se o relativamente incapaz se torna capaz, pode ratificá-lo. Se a pessoa que devia assentir e não assentiu quer, posteriormente ao ato jurídico, assentir, e assente, ainda que só o faça ao relativamente incapaz (assentimento interior), ou só ao outro figurante (assentimento exterior), a anulabilidade desaparece: o ato jurídico torna-se válido, com retroeficácia do assentimento” (*Tratado de direito privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 4, p. 262.).

são devidas. Não restam dúvidas que, também nesse caso, tem o MP capacidade postulatória<sup>372</sup>. Primeiro, porque, tecnicamente (lembrando essa é a razão-mor da capacidade postulatória), ninguém melhor do que seus próprios membros para saber o quanto necessitam receber para custear suas despesas, tendo em vista que o MP tem autonomia orçamentária. Segundo, pois é um tanto ilógico dizer que ele pode defender direitos alheios e não pode fazê-lo com os próprios. Terceiro, o MP teria que contratar um advogado, onerando, mais ainda, o orçamento público, ou teria a sua incapacidade postulatória suprida pela respectiva Procuradoria do Estado?

Não foi essa, entretanto, a orientação seguida pelo STF, em aresto, de certo modo, recente. Resumindo o caso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na defesa dos seus interesses, impetrou um recurso extraordinário, visando combater um acórdão da Terceira Câmara Civil do TJMG, que determinou ser competente um juízo singular para processar e julgar um mandado de segurança contra um Promotor Público a aquele vinculado. O fundamento do recurso extraordinário é a defesa das prerrogativas dos membros do MP, tendo em vista que a competência para julgar atos de um promotor de justiça é dos tribunais de justiça. O recurso foi admitido. Com o fito de atribuir um efeito suspensivo ao recurso excepcional, o recorrente propôs uma demanda cautelar. A Ministra Relatora do recurso, Carmem Lúcia Antunes Rocha, impediu o prosseguimento da ação, tendo como um dos fundamentos a falta regular de representação processual, já que não havia advogados subscrevendo a petição inicial<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Entendendo do mesmo modo, GODINHO, Robson Renault. *Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público*, p. 11-13. Texto inédito. Gentilmente nos cedido pelo autor.

<sup>373</sup> Nas palavras da Ministra, “...Trata-se de Ação Cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada neste Supremo Tribunal pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 10 de novembro de 2006, com fundamento nos arts. 21, IV e V, e 304 do RISTF, ‘com o intuito de obter efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 1.0000.05.422943-0/000 ajuizado contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.’ O caso 2. A instituição autora, ‘Ministério Público do Estado de Minas Gerais’, narra que a Requerida, Associação Brasileira de Criadores de Zebu de Uberaba, impetrou mandado de segurança contra ato do 5º Promotor de Justiça da Comarca de Uberaba - MG, para o qual o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba se declarou incompetente, remetendo os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou a competência do juízo de primeira instância, devolvendo os autos para o prosseguimento do feito. Não obstante aquela decisão, o Ministério Público mineiro interpôs recurso extraordinário contra o acórdão prolatado, o qual foi admitido. Devolvido a este Supremo Tribunal em seu efeito legal próprio - o devolutivo - avia a presente Ação o Ministério Público estadual requerendo seja emprestado também efeito suspensivo. [...] Trata-se da irregularidade da representação processual para a propositura. Tem-se, na inicial apresentada, assinatura não de advogados constituídos, na forma constitucional e legalmente determinada para o processamento das ações, mas dos eminentes Procuradores de Justiça, Dra. Elaine Martins Parise (Procuradora-Geral Adjunta Jurídica) e Dr. Renato Franco de Almeida (Promotor de Justiça

A solução dada ao caso parece, *data venia*, aberrar ao bom senso. Primeiro, ante toda a fundamentação supra, ninguém melhor que o próprio MP para conhecer as suas prerrogativas e defendê-las judicialmente. Segundo, como é possível logicamente admitir o recurso extraordinário (movido pelo MP sem um advogado assinando a petição recursal) e não admitir a ação cautelar que é a ele acessória (art. 800, parágrafo único, CPC)<sup>374</sup>? Ou seja, tem-se o atributo para o principal (recurso extraordinário), mas não se tem, todavia, para o acessório (demanda cautelar)! Mais, como veremos abaixo, a “incapacidade postulatória”<sup>375</sup> não pode ser usada contra o incapaz. Discordamos, dessa forma, frontalmente da posição da Ministra.

Mas não é só. Tendo como premissa o caráter técnico da capacidade postulatória, não nos parece possível afirmar que os órgãos do *Parquet* só a tenham quando estiverem como órgãos, e não quando forem simples pessoas físicas. Ora, se a capacidade é técnica,

---

e Assessor Especial do Ministério Público Estadual). *Nem é matéria sujeita a controvérsia que a representação processual é exclusiva de advogados no Brasil, ressalvadas as hipóteses em que se tenha ação penal ou civil conferida, no sistema jurídico, à legitimidade ativa do Ministério Público* (arts. 129, incs. I, III, IV e V combinado com 133, todos da Constituição da República). De se observar, por igual, a proibição constitucional da advocacia por membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inc. II, alínea b, da Constituição do Brasil, além de ser imperativo dar cumprimento à legislação processual civil (arts. 7º a 13, do Código de Processo Civil). *Não é possível admitir-se que os Procuradores de Justiça, membros da nobre carreira do Ministério Público, e terminante e taxativamente proibidos de advogar, exerçam, como pretendido no presente caso, desempenhar função que lhes é, expressa, literal e exemplarmente, vedada por norma constitucional.* Procurador de Justiça ou Promotor Advogado não é, e por isso mesmo não pode exercer a representação judicial. *O que se tem, no caso presente, é uma ação judicial - ação cautelar - na qual se buscam prerrogativas alegadas ou pretendidas pelo Ministério Público. Não se tem, em qualquer norma jurídica vigente no País, autorização legal para que se afaste da vedação constitucional da advocacia o membro do Ministério Público.* Não compete a ele distinguir-se de qualquer cidadão ou entidade de direito público ou particular, que, ao buscar os seus direitos, tem de se valer de advogado para fazer-se representar perante o Juiz competente. É o que se estampa nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.906/93, denominado ‘Estatuto da Advocacia’[...]. E tudo quanto posto na Constituição da República, ao atribuir a exclusividade da advocacia aos profissionais específicos - excluídos os membros do Ministério Público - é para se poder fazer a exigência a esses profissionais da qualificação que lhe é necessária e de que se resente uma postulação quando apresentada por quem não tenha a necessária qualificação técnica, em que pese possa ser o não advogado dotado das melhores condições intelectuais jurídicas para outros desempenhos, como, tem-se por certo, ocorre no caso presente. Ademais, qualquer problema ou dificuldade que se apresente pelo advogado submete o profissional às exigências éticas perante a instituição específica, que é a Ordem dos Advogados do Brasil. Igual não poderia ser o deslinde se se permitisse o desempenho daquela atividade específica e constitucionalmente afirmada a outrem que não, exclusivamente, ao advogado. Inegável, portanto, a irregularidade processual havida na espécie, que estaria a merecer a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, se os outros óbices não estivessem a impedir o prosseguimento da presente ação. Ausência dos requisitos referentes à plausibilidade do direito. 8. Não se pode atestar, na espécie, a alegada fumaça do bom direito, porque carentes os autos dos elementos necessários para a sua comprovação, conforme acima exposto...”, STF. AC 1450/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 22/11/2006, p. 48. Grifos nossos.

<sup>374</sup> Criticando, originariamente, o aresto do STF, GODINHO, Robson Renault, op. cit., p. 8-10.

<sup>375</sup> O termo é usado entre aspas, pois tem sim o MP no caso em tela capacidade postulatória.



essa técnica legalmente exigida para tê-la é da pessoa física, não do órgão. Ou é possível defender que, ao se despir das investes institucionais, a pessoa física perde conhecimento científico, tem uma diminuição do seu intelecto? Cremos que não. Exemplificando, se *x* é um promotor de justiça, ele tem capacidade postulatória sempre, e não, tão-somente, quando estiver como órgão estatal. Ressalte-se que a fundamentação supra se aplica, do mesmo modo, aos procuradores públicos impedidos de exercer advocacia particular e aos defensores públicos.

Agora, uma coisa é ter capacidade postulatória absoluta<sup>376</sup>; outra é poder exercê-la livremente. É o que ocorre com os órgãos do MP. Eles não podem exercer advocacia privada, pelo fato de o legislador, dentro de sua discricionariedade, ter entendido que as funções por eles exercidas seriam incompatíveis com exercício da advocacia privada. Caso *x* (membro do MP) ingresse com uma ação representando processualmente outrem, a demanda, em tese, não poderá ser julgada. Não por faltar-lhe capacidade postulacional. Mas sim porque ele não pode exercê-la enquanto não estiver investido de seus poderes institucionais. A razão da inadmissibilidade da demanda seria uma espécie de requisito de validade negativo: a vedação legal ao exercício pleno da capacidade postulatória pelo órgão do *Parquet*.

### **7.3. Regras especiais: capacidade postulatória das partes.**

Por vezes, ocorre que a parte pode ir a juízo sem constituir um advogado, praticando, por si, os atos postulatórios. Isso não quer dizer, entretanto, que a capacidade postulatória é dispensável nesses casos. Pelo contrário, ela continua sendo necessária à validade dos atos postulacionais<sup>377</sup>, continua sendo elemento complementar do suporte fático dos atos postulatórios. Todavia, fugindo à regra, a lei<sup>378</sup>, e somente ela, confere capacidade postulatória a quem não a tem<sup>379</sup>, de modo que o elemento complementar

---

<sup>376</sup> Absoluta, pois, como visto, existe capacidade postulatória relativa, tal qual é a dos estagiários.

<sup>377</sup> Em sentido contrário, afirmando ser dispensável a capacidade postulacional nesses procedimentos: NERY, JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 397; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24, nota 5.

<sup>378</sup> O sentido do vocábulo lei acima é o estrito: lei ordinária federal, que é a única que pode tratar de matéria processual (art. 22, I, CF).

<sup>379</sup> Assim entende, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98.

subjetivo capacidade do suporte fático dos atos postulatórios é duplamente preenchido pelo mesmo sujeito de direito. Caso a parte seja incapaz de estar em juízo, a capacidade postulatória será do seu representante. Vejamos, de modo exemplificativo, algumas dessas situações.

### 7.3.1. Legitimados totais.

Analisemos, primeiramente, a capacidade postulatória das partes quando estiverem como legitimados totais<sup>380</sup>.

O primeiro deles é o *Habeas Corpus*. Aqui tal atitude legislativa impõe-se (conferir capacidade postulatória à parte), pelo fato da natureza emergencial do *writ* constitucional em comento, ainda mais pelo bem da vida perseguido: direito de liberdade.

Ainda na esfera criminal, há a possibilidade de os legitimados do art. 623, CPP, manejarem a revisão criminal sem que, para tanto, estejam representados por um advogado. O citado texto legal fala que o réu pode, por si, ou fazendo-se representar por um procurador habilitado, pedir a revisão de sua condenação. Surge aqui uma questão, esse procurador deve ser um advogado? A nosso ver, não. Essa habilitação é, na verdade, a transferência de poderes feita pelo réu, por intermédio da representação, ao procurador<sup>381</sup>, independentemente de esse ser advogado ou não. Assim, para a revisão criminal, têm capacidade postulatória: o réu e seu procurador não advogado<sup>382</sup> e, quando aquele for morto, seu cônjuge, ascendente, descendente e irmão. Obviamente, se o procurador não precisa ser advogado, ele poderá também ser qualquer dos entes por último relacionados.

O CPC regula a matéria no seu art. 36<sup>383</sup>, afirmando que a parte, mesmo não sendo advogada, pode praticar o ato postulatório quando, no local em que residir, não

---

<sup>380</sup> Os legitimados totais têm legitimação para todo o processo. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1, p. 168.

<sup>381</sup> Nesse sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4, p. 451.

<sup>382</sup> Obviamente que, se o procurador do réu for um advogado, ele já terá capacidade postulatória por sê-lo, e não por conta da regra especial.

<sup>383</sup> Art. 36. “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não, a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

houver advogado<sup>384</sup> ou, em havendo, existir recusa ou impedimento<sup>385</sup>. Há quem fale, ainda, numa terceira hipótese, não elencada pelo CPC: a desconfiança<sup>386</sup>.

O art. 9º, Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis), afirma que, nas causas até 20 salários mínimos, a parte pode litigar sem advogado. A necessidade de constituição do advogado dá-se não só nas causas acima desse valor, bem como no 2º grau. Já o art. 10, Lei n. 10.259/01 (Juizados Especiais Federais), dá capacidade postulatória às partes para qualquer causa, independentemente do valor e do grau de jurisdição.

Pela redação do art. art. 791, CLT, é admitido que as partes litiguem na Justiça do Trabalho independentemente de terem advogados<sup>387</sup>. A doutrina, no entanto, obtempera. Há quem afirme que, no caso de um eventual recurso extraordinário, as partes recursais deverão ter advogados<sup>388</sup>. Também, em se tratando de conflito de competência julgados pelo STJ envolvendo órgãos da Justiça do Trabalho<sup>389</sup>. Há quem fale, por fim, que, com o advento da EC. n. 45, que alterou substancialmente a competência da Justiça laboral, a presença do advogado é necessária para a integridade dos atos postulatorios nas causas relativas a relações de trabalho *lato sensu*<sup>390</sup>.

A art. 2º, Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), confere a possibilidade do alimentando, sem constituir advogado, dirigir-se ao juiz requerendo a concessão dos alimentos provisórios. Se o alimentando for civilmente incapaz, ele será representando. Nesse caso, o representante irá suprir duplamente as incapacidades do alimentando: tanto a de estar em juízo, como a postulacional.

---

<sup>384</sup> Segundo Celso Agrícola Barbi, com razão, é desnecessário que não exista intermitentemente advogado na comarca para a caracterização da hipótese comentada, bastando, para tanto, a inexistência no momento em que se pretendem demandar ou defender (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 173).

<sup>385</sup> “Os impedimentos são as proibições legais ou de ordem ligada à força maior (individual), como doença, ausência forçada, ou suspensão do serviço profissional”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., t. 1, p. 581.

<sup>386</sup> *Idem*, p. 582.

<sup>387</sup> Há quem entenda que o dispositivo não vigora mais, por todos: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 185; SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Castello. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 194.

<sup>388</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 376.

<sup>389</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, t. 1, p. 488

<sup>390</sup> Nesse sentido, por todos: LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p. 376; SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 201.

O art. 19, Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), deferiu a possibilidade de a autora-vítima demandar, sem a necessidade de constituir um advogado, perante a autoridade policial competente para receber a *notitia criminis*, que deverá encaminhar a demanda ao juiz competente (art. 12, III, da Lei aludida). O teor dessa demanda é o pedido para a concessão de medidas protetivas de urgência. Essas medidas são previstas de forma exemplificativa no texto legal (arts. 22-24 da referida Lei). Sendo assim, é lícito concluir que deve, frise-se, o juiz deferir medidas não tipificadas no texto legal, até mesmo em nome dos poderes gerais de cautela e efetivação. É errado, porém, afirmar que tais medidas atípicas não são normatizadas. São sim, por razões óbvias, senão seriam medidas extrajurídicas. A norma que as regulamenta é implícita e, por sê-la, tem o seu suporte fático e seu preceito indeterminado<sup>391</sup>, constituindo, desse modo, o que se convencionou denominar de cláusula geral<sup>392</sup>. Podendo o juiz, assim, determinar a medida executiva que possa melhor tutelar o caso concreto, respeitando, obviamente, os direitos fundamentais. Frise-se, por fim, que a norma conferiu capacidade postulatória à autora-ofendida apenas para o requerimento das medidas de urgência, exaurindo-se a dita capacidade a partir da distribuição da demanda (art. 18, II, da citada Lei).

### 7.3.2. Legitimado parcial: o juiz.

---

<sup>391</sup> Esse tipo de norma que tem ao menos um de seus elementos indeterminados – os chamados conceitos vagos – tem sim, como qualquer norma, um suporte fático (conceito jurídico indeterminado: suporte fático aberto) e, como ocorre algumas vezes (cláusulas gerais: suporte fático e preceito indeterminado), um preceito. Ocorre que, tão-somente, eles estão implícitos, cabendo ao juiz revelá-los no caso concreto (Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25-28), embora, e isso parece ser inegável, o papel hermenêutico do juiz nesses casos é bem mais relevante.

<sup>392</sup> Sobre os conceitos vagos (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), ver, por todos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 205-255; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1176-1189; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 324-328; MAZZEI, Rodrigo dos Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. Reflexos do Novo Código Civil no direito processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo dos Reis Mazzei (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 33-39; NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial. Processo civil: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2005, p. 79-88; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 51-54. A expressão conceito jurídico indeterminado não é tecnicamente correta, no entanto seu uso continuado incorporou-a ao vocabulário jurídico. Reconhecendo a deficiência técnica do emprego da expressão em comento e afirmando que a nomenclatura correta deveria ser, com razão, termo indeterminado de conceito, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

Um ponto interessante é quando o juiz, atuando na causa como órgão julgante, tem capacidade postulatória.

Quando é argüida a parcialidade do juiz (suspeição ou impedimento, a depender do caso), surge, no processo, um incidente processual com um mérito próprio. Nesse incidente, o juiz é sujeito passivo da relação jurídica gerada por aquele. Pode-se falar, assim, sem problemas, que o juiz é parte em sentido processual no incidente de parcialidade. Tem, portanto, o juiz uma legitimação parcial, pois essa serve apenas para legitimá-lo para o incidente, que discute a sua parcialidade.

Essa previsão legal, que confere capacidade postulatória ao juiz, está regulada no art. 313, CPC<sup>393</sup>. Logo, ao receber o incidente, o juiz, se não se averbar parcial, pode, se assim quiser, sem a necessidade de contratar um advogado, fazer sua defesa.

Contudo, poderá o juiz recorrer ou contra-razoar recursos, sem constituir advogado, da decisão do tribunal que julgar o incidente em comento? Entendemos que não<sup>394</sup>, pois a concessão de capacidade postulatória aos que não a têm em regra é estritamente feita pela lei processual. No caso, o CPC só confere ao juiz capacidade postulatória para ele se defender, nunca para interpor e contra-razoar recursos<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> Art. 313. “Despachando a petição, o juiz, se reconhecer o impedimento ou a suspeição, ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal; em caso contrário, dentro de dez dias, dará as suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa dos autos ao tribunal”.

<sup>394</sup> Sem razão, *data venia*, nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: “A norma permite que o juiz ofereça suas razões de defesa no procedimento de exceção de suspeição e de impedimento. Assim sendo, está autorizado a subscrevê-las sem que haja necessidade de estar representado por advogado. Conseqüência dessa capacidade postulatória dada ao juiz excepto pelo CPC 313 é a possibilidade de o magistrado subscrever razões e contra-razões de RE e REsp interpostos contra o acórdão do tribunal que julgar a exceção. Trata-se de prolongamento do exercício do direito de defesa, permitindo, por extensão, pelo CPC 313. Não teria sentido o juiz ter que contratar advogado para poder recorrer ao STF ou STJ contra acórdão proferido em exceção de que é parte o magistrado” (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, op. cit., p. 698). Parece seguir entendimento semelhante, DUARTE, Ronnie Preuss. Prejulgamento e garantia de imparcialidade objetiva do julgador. *Processo civil: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2005, p. 258, nota 88.

<sup>395</sup> “Note que o magistrado tem capacidade postulatória para fazer a sua defesa no incidente, não precisando de advogado. Para Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, essa capacidade postulatória do magistrado o habilita, inclusive, a subscrever recursos para o STJ e STF, acaso seja derrotado no julgamento da exceção, sem a necessidade de representação judicial por advogado. Não concordamos com esse último posicionamento, pela falta de amparo legal, tendo em vista que a capacidade concedida ao magistrado foi apenas a de elaborar a sua defesa”, DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, v. 1, p. 450..

## **8. A capacidade postulatória como requisito de validade dos atos processuais das partes.**

Como elemento complementar do suporte fático dos atos processuais, a capacidade postulacional é requisito de validade deles. Costuma-se afirmar que ela é “pressuposto processual”. Não é sempre assim. Vai depender do ato que ela seja um requisito. Vejamos.

### **8.1. Em relação ao procedimento.**

Consoante exposto no terceiro capítulo, algo só será considerado requisito de validade do procedimento (“pressuposto processual” de validade): se sua presença viciá-lo e impedir a análise do mérito (negativo), ou, quando ausente, vicie-o, impedindo a apreciação do objeto litigioso do processo (positivo).

Assim sendo, a capacidade postulatória só será requisito de validade do procedimento em se tratando do autor. Na verdade, ela é, antes de ser do procedimento, requisito de validade da demanda. E, até mesmo nesse caso, há exceções. Isso ocorrerá em duas hipóteses: quando houver litisconsortes ativos postulacionalmente capazes, nesse caso, a capacidade postulatória será apenas requisito de validade de cada demanda tida isoladamente<sup>396</sup>; ou quando houver reconvenção, por força do art. 317, CPC.

A capacidade postulatória do réu não é requisito de validade do procedimento, é, apenas, dos seus atos como a contestação. Seria esdrúxulo pensar que, se o réu não tivesse capacidade postulatória nem suprisse tal carência, o procedimento ter-se-ia por viciado, podendo ficar o juiz impedido de analisar o mérito da demanda.

A afirmação de que a capacidade postulacional do autor é requisito de validade do procedimento não é pacífica na doutrina. Vejamos a razão.

---

<sup>396</sup> Se o litisconsórcio for do tipo unitário, não haverá pluralidade de demandas, mas apenas uma. Nesse caso, se um dos litisconsortes tiver capacidade postulatória (própria ou integrada), aos outros tal conduta aproveitará. Isso é lição antiga do litisconsórcio: a conduta alternativa de um litisconsorte unitário a todos aproveita. Nesse sentido, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p 163.

### 8.1.1 O problema do parágrafo único do art. 37, CPC<sup>397</sup>.

Diz o art. 37, *caput*, CPC:

Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze, por despacho do juiz.

A norma em questão trata da hipótese de o advogado praticar os atos processuais sem juntar, nos autos, a procuração<sup>398</sup> do seu cliente outorgando-lhe poderes. O escopo da norma é evitar que o bom direito pereça, pelo fato de o advogado não ter, no momento adequado para a prática do ato, a procuração do seu cliente. Para tanto, estabelece o dispositivo legal uma obrigação ao advogado, que é juntar, em quinze dias prorrogáveis por mais quinze, a devida procuração nos autos. Aplica-se essa norma, igualmente, aos advogados do réu<sup>399</sup> e de terceiros. Até aí não há maiores problemas<sup>400</sup>. Pelo contrário, a norma acabou com o injusto dispositivo previsto no art. 110, CPC/39<sup>401</sup>, pelo qual, para o

<sup>397</sup> Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de enfrentá-lo em outras linhas, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Definitivamente, a capacidade postulatória não é pressuposto de existência do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 53, p. 112-123.

<sup>398</sup> É necessário tecermos neste rodapé algumas observações sobre a diferença entre a representação e o mandato. A principal diferença é que a representação é negócio jurídico unilateral e abstrato, onde há transferência de poderes de representação (Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, t. 43, p. 109); já o mandato é um negócio jurídico bilateral (mais especificamente, um contrato) e causal, pelo qual se concedem a alguém poderes, para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (art. 653, CC) ou, segundo Pontes de Miranda, “Diz-se, hoje, o mandato o contrato pelo qual se criam a alguém o dever e a obrigação, perante outrem, da gestão de negócios que se lhe entregam, com ou sem poder de representar (Idem, p. 4)”. A procuração ou procura é o instrumento da representação, conquanto o art. 653, CC (repetindo o art. 1.288, CC/1916) fale que a procuração é o instrumento do mandato: “Quando a lei diz que é a procuração é o instrumento do mandato (Código Civil, art. 1288, 2.ª alínea), apenas pode ser entendida como se dissesse que a procuração pode ser um dos instrumentos – o mais eficiente – do mandato” (Idem, p. 109).

<sup>399</sup> Nesse sentido, ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2, p. 675;

<sup>400</sup> Salvo o erro técnico do texto legal de se referir a instrumento de mandato, quando o caso era de se falar em procuração. O advogado, no processo, não exerce mandato, e sim representação: “Em vez de ‘mandato’ no art. 37 devia estar ‘procuração’. O mandato, se existe, pode ser oral. O que mais ocorre é que o advogado faz com o cliente o contrato de locação de serviços, ou de obra, ou o contrato de trabalho (menos frequente) e recebe depois a procuração, que é inconfundível com o contrato entre o cliente e o advogado, e, a *fortiori*, com o contrato de mandato”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, t. 1, p. 576.

<sup>401</sup> Art. 110. “Sem a apresentação do instrumento de mandato, ninguém será admitido em juízo para tratar da causa em nome de outrem, salvo, em caso de urgência, quem se obligue, mediante caução, a concordar com o que for julgado e a exhibir procuração regular dentro em prazo fixado pelo juiz”.

advogado praticar esses atos tidos por urgentes, ele deveria depositar, em juízo, uma caução<sup>402</sup>: a chamada caução *de rato*<sup>403</sup>.

O problema reside no seu parágrafo único<sup>404</sup>: “Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”. Por conta da tenebrosa redação do dispositivo legal acima transcrito, muitos processualistas afirmam ser a capacidade postulatória do autor pressuposto de existência do processo<sup>405</sup>. Não podemos concordar com tal afirmação<sup>406</sup>. Por dois motivos, analisemos cada um deles.

<sup>402</sup> Sobre o tema vale fazer uma breve notícia histórica, através dos comentários de Pedro Batista Martins à norma em comento: “O Código admite uma exceção ao princípio consagrado no art. 106, segundo o qual o ingresso das partes em juízo requer a outorga de mandato a advogado legalmente habilitado. Esta exceção se inspira no sentimento de solidariedade. Desde que, em caso de urgência, alguém se apresente em juízo e se obrigue, mediante caução *de rato*, real, ou fidejussória, prestada na forma prescrita no Livro V, Título III, a concordar com o que foi julgado e, ainda, a exhibir procuração dentro do prazo fixado, não poderá o juiz negar-lhe o direito de agir em defesa dos interesses do representado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, v. 1, p. 333).

<sup>403</sup> J. M. Carvalho Santos conceitua a caução *de rato*: “A caução *de rato*, como se percebe facilmente, é o meio habil para que alguém possa intervir no feito até que chegue às suas mãos a procuração da parte interessada, o que vale a uma concessão para que alguém se faça antecipadamente mandatário de outrem. O seu efeito, pois, como acentuam os mestres, é autorizar a proceder como mandatário judicial aquelle que presta a caução *de rato*” (*Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, v. 2, p. 109).

<sup>404</sup> Na verdade, este dispositivo é quase idêntico ao parágrafo único do art. 110, CPC/39: art. 110. (...) Parágrafo único. “Os atos praticados ad referendum serão havidos por inexistentes se a ratificação não se realizar no prazo marcado”.

<sup>405</sup> A título de exemplificação, vejamos alguns: NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit., p. 399; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 284-285; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1, p. 469-470; WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIRA DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 213-214; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 172-173; FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 104; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 105-106; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 123; MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargo de executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75-80; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 236; LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 52-53; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 124-125; PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 171-172; SARAIVA, Renato, op. cit., p. 273; CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125. Afirmando ser a capacidade postulatória um requisito pré-processual, anterior, inclusive, aos pressupostos de existência do processo, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 72.

<sup>406</sup> Negam a qualidade de pressuposto de existência do processo à capacidade postulatória, por todos: TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 335; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p.



1) O dispositivo fere, diametralmente, a lógica. É inconcebível afirmar que os atos não ratificados serão tidos por inexistentes, pois: a) como é que o que existe, é válido, é eficaz e, por vezes, até injusto e ilegal<sup>407</sup> será tido por inexistente? b) o fato existe ou não, e, se existiu, não pode ser tido por inexistente; c) só se pode ratificar o que existe; d) o existente pode deixar de existir, tornando-se inexistente. Contudo, em nenhuma hipótese lógica, ele pode ser tido por inexistente *ab initio*.

Assim, por razões lógicas<sup>408</sup>, deve-se desconsiderar a redação literal do dispositivo<sup>409</sup>.

---

157; TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70-71; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 217; DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 29; BEDAQUE, José Roberto. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 136; DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*, op. cit., 229-231; CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 142-143; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 160; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 73, nota 141; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 241-242; MESQUITA, Gil Ferreira. *Teoria geral do processo*. Uberlândia: Ipedi, 2004, p. 238; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 44-45; DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente: mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 51; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998, p. 231; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 181; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 85; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Processo civil: teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, t. 1, p. 93-94; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 315; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: LED, 1999, p. 194-195; COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 263-265.

<sup>407</sup> É o que ocorre quando o juiz defere uma medida liminar, seja ela cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela, totalmente ao seu bel prazer, sem estarem presentes os requisitos legais.

<sup>408</sup> Para ilustrar a necessidade de enquadrar o direito em quadrantes lógicos, é válido citar uma lição conhecida: “Certamente, o legislador é livre no incluir, ou não, no *conjunto* da inexistência, ou no *conjunto* da existência (mundo jurídico), o nulo. Porém terá de o tratar, sempre, como inexistente, se naquele conjunto o incluiu, ou como existente, se o incluiu nesse. Não pode classificar o nulo como não-sendo e tratá-lo como ser; nem classificá-lo como ser e tratá-lo como não-sendo. São exigências elementares a lógica, a que não se pode furtar qualquer jurista digno do seu ofício. Tomemos, por exemplo, a declaração de vontade. Ou ela foi feita, ou não foi feita. Não se pode dizer que a declaração de vontade pelo que estava coagido, ou ameaçado, não foi feita; foi-o, embora atingida de defeito. Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. 4, p. 13.

<sup>409</sup> Boa doutrina crítica, de forma veemente, o dispositivo, vejamos: primeiramente, Daniel Francisco Mitidiero, “O Código em infeliz passagem (que demonstrou o quanto passou longe da monumental obra de Pontes de Miranda, relegando nossa tradição cultural), refere que ‘os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos’ (art. 37, parágrafo único). Aliás, a lei processual anterior padecia de igual defeito, uma vez que proclamava que os ‘atos praticados *ad referendum* serão havidos como inexistentes, se a ratificação não se realizar no prazo marcado’ (art. 110,

O art. 662, CC, trata de problema semelhante (representante sem procuração), mas sem incorrer na inconsistência lógica do art. 37, parágrafo único, CPC. Sua redação é clara, lógica e precisa<sup>410</sup>: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”. Há quem fale, com certa razão, que o citado dispositivo do CC revogou, embora tacitamente, o péssimo parágrafo único do art. 37, CPC<sup>411</sup>.

---

parágrafo único). Consoante apanha Ovídio, ‘que não se trata de inexistência’, atesta-o o fato de poder ela ser ratificado”. E não há como retorquir. Como aceitar que algo que então inexistente pode ser ratificado, se a ratificação pressupõe justamente a existência? Como já ponderamos acima (retro n. 138), aquele que possui uma pseudo-representação técnica não está no processo, sendo os atos processuais praticados sem base em outorga de poderes totalmente ineficazes” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 241-242); depois, Ovídio Baptista da Silva, “O Código de Processo Civil refere-se a uma hipótese de ato inexistente, no art. 37, parágrafo único, ao prescrever que os atos praticados pelos advogados sem instrumento de mandato, quando o sejam para evitar o perecimento de direito do seu cliente, deverão ser ratificados pela oportuna exibição do respectivo instrumento de mandato, sob pena de serem ‘havidos por inexistentes’. O exemplo, todavia, revela a fragilidade da doutrina da inexistência. Se o ato pode ser ratificado é porque, na verdade, existira” (*Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 218); para sacramentar, vale a transcrição dos ensinamentos de Juliana Demarchi, “Por fim, cumpre analisar o parágrafo único do artigo 37 do Código de Processo Civil, único texto legal que faz referência expressa à inexistência jurídica no âmbito do processo. Cuida tal dispositivo legal da prática de atos reputados urgentes pelo advogado desprovido de instrumento de mandato, fixando prazo para exibição desse instrumento e a ratificação dos atos praticados. Escoado o prazo sem a exibição do instrumento de mandato e ratificação dos atos praticados, estes “serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por perdas e danos”. A expressão ‘serão havidos por inexistentes’, apesar de mencionar a inexistência jurídica, a ela não corresponde propriamente na medida em que os atos praticados comportam ratificação. Ontologicamente, somente pode ser ratificado o que existe. Se não existe, não pode ser ratificado, mas eventual e oportunamente, realizado. Com efeito, os atos inexistentes não comportam ratificação. Tem-se, no caso, que atos urgentes praticados sem a exibição do instrumento de mandato e posteriormente ratificados, serão plenamente existentes, válidos e eficazes. Se não ratificados, ‘serão havidos por inexistentes’, ou seja produzirão os mesmos efeitos que os atos inexistentes: nenhum efeito. Assim sendo, conquanto mencione o vocábulo “inexistente”, a hipótese versada no parágrafo único do art. 37 do CPC não expressa a insuficiência de determinado ato em relação a seu modelo legal. Refere-se ao fenômeno da (in)eficácia, de implemento de determinada condição (fator de eficácia) para a produção, ou não, de efeitos do ato” (Ato processual juridicamente inexistente: mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 52-53).

<sup>410</sup> Sobre o dito, “Aliás, o novo Código Civil encampou de maneira cabal este entendimento (art. 662). Faltou ao Código de Processo familiaridade com os três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia). A reforçar nosso entendimento, o Código prevê que, em eclodindo prejuízo em virtude da postulação sem o instrumento de mandato, toca ao advogado indenizar, respondendo pelas despesas judiciais e por perdas e danos. Pergunta-se, portanto: como se admitir efeitos sem qualquer causa que os gere (já que os atos seriam inexistentes, segundo a verba legal)? Daí se vê o quão artificial é a construção erigida por nossa lei processual”, MITDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 242.

<sup>411</sup> “O art. 662 do CC revogou implicitamente o parágrafo único do art. 37 do CPC: ambos são regras de direito material, sendo que a primeira é anterior à segunda”, DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

A verdade é que o legislador processual, e, frise-se, desde o Código pretérito, confunde os planos da existência e da eficácia, como bem disse Daniel Francisco Mitidiero, ignorando solenemente a obra monumental de Pontes de Miranda. O caso é parecido com o visto no terceiro capítulo: se *a* contrata com *b*, o contrato é inexistente (plano da existência) para *c*? Não, é apenas ineficaz (plano da eficácia). Assim, como bem frisou o legislador civil, o caso é de ineficácia em relação à parte, em cujo nome o “representante” praticou os atos. Mas de plena eficácia em relação ao último, sendo ele passível de responder por perdas e danos.

2) O art. 37, CPC, não trata de capacidade postulatória<sup>412</sup>. Mas sim de advogado que pratica ato processual em nome do seu cliente sem ter poderes para tanto. Diferentemente do art. 4º, *caput* e parágrafo único, EAOAB<sup>413</sup> (este, de fato, regulando a ausência de capacidade postulatória), que estabelece serem nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB ou, se inscrita, estiver impedida de exercer a atividade.

Sucedo que o caso do art. 37, parágrafo único, CPC, não é de pessoa desabilitada para a prática da advocacia, mas sim de advogado legalmente inscrito na OAB, que não juntou, nos autos, em tempo hábil, a procuração do seu cliente outorgando-lhe poderes para representá-lo na causa. No caso do art. 37, CPC, a capacidade postulatória existe, pois há um advogado atuando. Não existiria, se esse procurador fosse um não-advogado ou um advogado impedido de exercer a profissão.

Percebe-se, portanto, que são duas coisas distintas: uma, de advogado legalmente habilitado sem poderes para representar (art. 37, CPC); outra, diametralmente oposta, de não-advogado ou advogado impedido praticando tal ato (4º, *caput* e parágrafo único, EAOAB). É incrível que diferença macroscópica como a ora descrita passe, por vezes, despercebida pela doutrina processual.

---

<sup>412</sup> “O art. 37, *caput*, 2.ª parte, do CPC não cogita de vício na habilitação profissional. Ao contrário, chancela faculdade própria de ‘advogado’, pressupondo, a toda evidência, a plena capacidade postulatória. Este dispositivo antevê a falta de representação técnica, decorrente do descumprimento do ônus de provar a outorga de mandato, pouco importando se o advogado alega, concretamente, alguma situação de emergência para justificar a postulação”, ASSIS, Araken de. Suprimento das incapacidades processual e postulatória. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 143.

<sup>413</sup> “Art. 4. São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”. Parágrafo único. “São também nulos os atos praticados por advogado impedido, no âmbito do impedimento, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia”.

Finalizando, a juntada da procuração do advogado do autor, regulada pelo art. 37, CPC, é requisito de validade objetivo<sup>414</sup>, não diz respeito à capacidade postulatória<sup>415</sup>. Essa, como se sabe, é requisito de validade subjetivo do procedimento e dos demais atos processuais.

Caso o advogado do autor não cumpra com o preceito contido no art. 37, *caput*, CPC, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por carência de requisito de validade objetivo (art. 267, IV, CPC). No caso, a correta instrumentação da demanda.

Pelo exposto, fica claro que a capacidade postulatória do autor é requisito de validade subjetivo do processo<sup>416</sup>. Enquanto a exibição pelo advogado da procuração, também se tratando do autor, assume dois vieses no procedimento: ora sendo requisito de validade objetivo intrínseco (positivo), pois sua ausência, combinada com o não-cumprimento do comando disposto no art. 37, *caput*, CPC, leva à conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito; ora sendo fator de eficácia, pois os atos serão ineficazes para a “parte” em cujo nome o advogado praticou os atos, para esse, no entanto, o procedimento será eficaz, eis que ele será responsabilizado por eventuais perdas e danos.

## 8.2. Em relação aos recursos.

Em já consagrada classificação dos requisitos de admissibilidade (validade) dos recursos, o professor José Carlos Barbosa Moreira divide-os em: intrínsecos e

---

<sup>414</sup> Dessa forma, entende Humberto Theodoro Jr.: “São pressupostos objetivos aqueles que referem à validade da relação processual por questões outras inerentes ao processo, mas que não se referem diretamente à capacidade dos sujeitos processuais. Compreendem a ausência de todas as causas objetivas de nulidade do processo. E podem ser assim resumidos: a) a observância da forma ou procedimento adequado para exercício do direito de ação; b) a presença, nos autos, de documento hábil para comprovar a representação da parte pelo advogado que age em seu nome” (Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1980, n. 17, p. 44). Grifos nossos.

<sup>415</sup> “De nossa parte, preferimos caracterizar a capacidade postulatória como requisito apenas de validade do processo, não de sua existência. As razões são várias. Parece-nos, em segundo lugar, que, uma vez existente o ato e produzindo os efeitos jurídicos próprios, não se pode reconduzi-lo à inexistência; pode-se apenas desconsiderar seus efeitos jurídicos, o que caracteriza exatamente a desconstituição por nulidade. Em terceiro lugar, o citado artigo diz que os atos não ratificados serão havidos por inexistentes, não que se tornem inexistentes. Em quarto lugar, o art. 37, parágrafo único, não constitui hipótese de falta de *ius postulandi*, mas de advogado sem autor, de mandatário sem mandante, que determina a ineficácia da sentença em relação a quem não participou do processo, embora em seu nome haja sido pleiteada a tutela jurisdicional”, TESHEINER, José Maria, op. cit., p. 70-71. Grifos nossos.

<sup>416</sup> Lembrando que tal afirmação só deve ser aplicada como regra geral. Há casos, como, por exemplo, o de existência de litisconsortes ativos capazes, nos quais ela não é aplicável.

extrínsecos. Os primeiros dizem respeito ao próprio direito de recorrer: são o cabimento (taxatividade + adequação), a legitimidade, o interesse e a ausência de fato impeditivo e/ou extintivo do direito de recorrer. Os segundos dizem respeito ao modo como se recorre, são: a tempestividade, o preparo e a regularidade formal<sup>417</sup>. Essa última nos interessa.

A regularidade formal do recurso é a formalidade dele. A forma, como cediço, é o modo de exteriorizar a vontade. Como visto alhures, todo ato, para ser jurídico, deve ter forma (plano da existência)<sup>418</sup>; já a sua formalidade, todavia, é elemento complementar do seu suporte fático (plano da validade). Os recursos devem ser interpostos via petição (salvo exceção<sup>419</sup>), devem conter a causa de pedir e o pedido recursal, devem indicar corretamente a que juízo ele é dirigido etc. A capacidade postulatória do recorrente enquadra-se perfeitamente como requisito de admissibilidade extrínseco regularidade formal.

Sendo requisito de admissibilidade do recurso, a capacidade postulacional do recorrente<sup>420</sup> é necessária à perfeição do suporte fático recursal. Caso o recorrente recorra sem preencher sua incapacidade postulatória, o recurso restará viciado. Diante disso, o órgão julgante deverá informar ao recorrente sobre a possibilidade de constituir um advogado (como veremos logo abaixo, o órgão julgador jamais poderá não conhecer do recurso por conta da incapacidade postulacional do recorrente), suprimindo, assim, sua incapacidade postulatória. Tal atitude do órgão julgante é, de fato, um dever processual<sup>421</sup>, não pode ser encarada como benevolência. Mais uma vez, o aludido princípio da cooperação se impõe.

É sabido que o sistema de invalidades dos atos processuais (art. 243-250, CPC) é pouquíssimo rígido. Por ele, dificilmente um vício processual não sai sanado ou

---

<sup>417</sup> Sobre tudo que foi dito acima, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 263.

<sup>418</sup> “A forma mesma é elemento do suporte fático, razão para se preferir falar de forma da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, em vez de forma do ato jurídico (...) Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 346.

<sup>419</sup> A exceção a essa regra, como cediço, é a do agravo retido cabível contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, que deve ser oral (art. 523, § 3º, CPC).

<sup>420</sup> Obviamente que a capacidade postulatória do recorrido não é requisito de admissibilidade do recurso, é tão-somente dos seus atos, como as contra-razões.

<sup>421</sup> Defendendo que tal vício pode ser suprido a qualquer tempo, ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 201.

convalidado. Sendo assim, impõe-se a sua aplicação aos recursos, notadamente em se tratando de um requisito formal como a capacidade postulatória do recorrente<sup>422</sup>.

Lembremos que os recursos são os meios hábeis para se corrigirem vícios e injustiças das decisões judiciais<sup>423</sup>. Sendo renovações da demanda inicial, muito embora prolonguem o procedimento e impeçam o imediato trânsito em julgado, constituem-se como técnicas processuais mais do que necessárias para a plena efetividade processual<sup>424</sup>. O direito ao recurso é uma garantia do Estado Democrático de Direito<sup>425</sup>.

Uma coisa, porém, é o recorrente interpor o recurso sem suprir sua incapacidade postulatória; outra, o advogado recorrer sem exhibir a procuração outorgando-lhe poderes. Aqui, como visto acima, há um advogado praticando o ato sem poderes; lá, a parte ou terceiro recorrendo sem suprir sua incapacidade postulatória. Mesmo nesse caso a possibilidade de sanação do vício impõe-se.

O problema é que o STJ, num dos mais infelizes enunciados de sua súmula, o n. 115, afirma: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Não se trata de recurso inexistente. Eis as razões.

a) Primeiramente, a juntada aos autos recursais da procuração do advogado do recorrente é requisito de validade do recurso, não diz respeito à sua existência. Os recursos, como qualquer ato jurídico, têm pressupostos necessários à sua existência. Contudo, esses não encontram coincidência com os requisitos de admissibilidade (= validade) supra-relacionados. Se faltar a um “recurso” um pressuposto de existência,

---

<sup>422</sup> O legislador reformista parece ter tido o escopo de escancarar isso aos órgãos jurisdicionais quando inseriu o § 4º ao art. 515, CPC: “Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

<sup>423</sup> É válido transcrever, e como sempre seria, a conceituação definitiva de recurso de José Carlos Barbosa Moreira: “Remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 233).

<sup>424</sup> “Ora, não é preciso dizer que o tema dos recursos sempre foi fundamental. O recurso, embora dilate o tempo do processo, mostra-se muitas vezes indispensável para que se possa atribuir maior confiança às decisões do Poder Judiciário”, MARINONI, Luiz Guilherme. Prefácio. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Rodrigo dos Reis Mazzei (coord.). Vitória: ICE, s/d, v. 1, p. 07.

<sup>425</sup> Não queremos entrar, aqui, na polêmica sobre a natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. A nosso ver, ele está prescrito na Constituição Federal, haja vista a regulação da competência recursal dos tribunais estabelecida por ela. Contudo, pode-se afirmar que o direito ao recurso não é uma garantia absoluta, podendo o legislador ordinário prescrever, como já o faz, procedimentos que contenham decisões irrecorríveis. Entendendo de modo semelhante, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

simplesmente ele não existirá. São pressupostos de existência do recurso: uma demanda recursal, ato de exercer o direito abstrato de recorrer; a capacidade de ser parte do recorrente, inerente a quem for sujeito de direito; a investidura jurisdicional do órgão que vai processar, conhecer e julgar o recurso; e, por fim, uma decisão, pois só se pode recorrer se houver uma decisão prolatada, recurso interposto contra decisão nenhuma é um não-ato.

Não se podem confundir os planos fenomenológicos do direito. É lamentável que o STJ confunda-os<sup>426</sup>. Concluindo, caso o advogado recorra sem juntar ao instrumento recursal à procuração outorgando-lhe poderes, o órgão jurisdicional deve dar-lhe a chance para corrigir o vício. Caso isso não ocorra, o órgão judicante deve aplicar a sanção desconstitutiva ao recurso defeituoso, já que a norma primária foi violada pelo advogado.

b) Depois, afirmar que só na instância do STJ (especial) o recurso será tido por inexistente soa um tanto incompreensível<sup>427</sup>. Por razões lógicas, se a juntada da procuração do advogado do recorrente é pressuposto de existência do recurso, tal pressuposto deve ser estendido aos demais recursos<sup>428</sup>.

Na verdade, o caso, como cedo, não é de inexistência do recurso, mas sim de vício dele, que poderá ser facilmente sanado<sup>429</sup>. Não há razões para não se permitir a

---

<sup>426</sup> Deve-se levar em conta que o STJ é o intérprete final da quase totalidade das normas infraconstitucionais pátrias. Logo, o zelo com os aspectos conceituais e lógicos do direito deveria ser muito maior.

<sup>427</sup> José Carlos Barbosa Moreira, embora não trate exatamente do tema em questão, tem um entendimento semelhante ao defendido: “a assinatura do advogado: incorre em excesso de rigor o tribunal que nega conhecimento ao recurso pelo mero fato de não estarem assinadas as razões. Nem será forçosamente insuprível a falta de assinatura do advogado na própria petição de interposição. *A tal respeito, averbe-se que não encontra amparo na lei a distinção entre instâncias, que se costuma fazer, para sustentar que o suprimento é viável até o segundo grau de jurisdição, mas deixa de o ser no recurso especial ou extraordinário*”, Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual - 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 279. Grifos nossos.

<sup>428</sup> O mais interessante é que a Corte Especial do STJ já se pronunciou sobre a possibilidade do vício causado pela falta de procuração do advogado do recorrente ser sanado nas instâncias ordinárias: Corte Especial, ERESP 50.538/RS, Rel. Min. Paulo Costa Leite, DJ, 10.11.1994, p. 35223.

<sup>429</sup> Embora não fale especificamente do problema em questão, é válido transcrever a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que rejeita outra posição absurda dos tribunais pátrios: a de não permitir a juntada posterior das peças obrigatórias do agravo de instrumento: “Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema de nulidades adotado entre nós. De qualquer modo, entendo de bom alvitre sugerir à consideração dos doutos, para possível inclusão na próxima reforma do processo civil, a criação de regra semelhante à contida no simples e eficiente art. 742 do CPC português: ‘Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício’”

juntada posterior da procuração, não é esse tipo de atitude que causará a demora do julgamento do recurso. Esse posicionamento do STJ, *data venia*, além de ilógico (atribuir a pecha de inexistente ao que existiu), é, na verdade, mais um falso motivo para não se conhecer dos recursos<sup>430</sup>. Dá a idéia, cada vez mais clara, de que os tribunais pátrios estão mais preocupados com questões performáticas do que com a qualidade dos julgamentos.

### 9. “Ilegitimidade” postulacional?

No primeiro capítulo, vimos a diferença entre capacidade e legitimação. Relembrando, a capacidade é abstrata; a legitimação, concreta. Se, por exemplo, *a* tem capacidade civil, ele tem-na para todos os atos regulados pelo direito civil; já não se pode dizer o mesmo da legitimação, pois ele, ressalvando as exceções legais, não a tem para vender sozinho o seu bem imóvel sem a devida outorga uxória.

Pode-se falar na existência de “ilegitimidades” postulatorias? A resposta é positiva<sup>431</sup>, ou seja, o sujeito de direito é postulatoriamente capaz, todavia alguns atos ele não pode praticar.

Um bom exemplo são os chamados impedimentos regulados pelo art. 30, EAOAB. O servidor público que é advogado não pode exercer a função advocatícia contra a pessoa jurídica de direito público a quem ele é vinculado. Não porque não tenha capacidade postulatoria, isso ele tem: é advogado. Ele não pode atuar porque não tem legitimação: é impedido, ou seja, naquela demanda específica, ele é postulatoriamente ilegítimo.

Outro bom exemplo é o regulado pelo art. 134, IV, parágrafo único, CPC<sup>432</sup>. Nesse caso, se a causa do impedimento (advogado parente do juiz) se der com o processo

---

(Efetividade do processo de conhecimento. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 251).

<sup>430</sup> “A propósito, o rigor desse enunciado [115, STJ] é manifesto: não há preocupação com a qualidade das decisões, mas apenas com a rapidez com que são proferidas; não há razão para impedir-se a ratificação do ato em sede de tribunal”, DIDIER JR., Fredie. *Regras...*, op. cit., p. 136. O texto entre colchetes é nosso.

<sup>431</sup> Defende tal entendimento, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit., p. 142.

<sup>432</sup> Art. 134. “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (...) IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; (...) Parágrafo único. No caso do n<sup>o</sup> IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz”.



já em curso, é o advogado que se torna impedido (ilegítimo), não o juiz. Frise-se que a regra é necessária para se evitarem burlas ao princípio do juiz natural.

## 10. A (des)necessidade da capacidade postulatória.

Primeiramente, deve-se justificar o fato de ter-se deixado este item para o final. Fizemo-lo pela complexidade das conclusões a serem nele estabelecidas. Entendemos que, para a melhor compreensão delas, fora preciso analisar as outras questões gerais relativas à capacidade postulatória, para só, agora, falar do polêmico tema em questão.

Sabe-se que a capacidade postulacional é requisito de validade dos atos processuais postulatorios. É de conhecimento, igualmente, que sua falta vicia o ato. Será, contudo, a referida capacidade algo estritamente necessário, o juiz, na falta dela, deve aplicar a sanção ao ato viciado, como, por exemplo, a inadmissibilidade do procedimento, com a eventual extinção do processo sem resolução do mérito? É o que veremos.

### 10.1. Notas sobre o art. 133, CF.

Segundo o art. 133, CF, o advogado é essencial à administração da justiça. Há quem defenda que por conta desse artigo a lei infraconstitucional não poderá conferir capacidade postulatória a quem não a tem em regra<sup>433</sup>, restando, por isso, inconstitucionais todos os dispositivos normativos que regulem tal deferência.

Não nos parece correta tal noção.

A *ratio essendi* do art. 133, CF, é coroar a ampla defesa, solidificando o contraditório. A idéia do constituinte é garantir a todos o direito de poderem valer-se de um profissional técnico habilitado<sup>434</sup>, para terem a chance real de influir no resultado do

---

<sup>433</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, por exemplo, defende apenas que, em se tratando de *Habeas Corpus* (hipótese prevista no art. 1º, § 1º, EAOAB), a dispensa legal à necessidade de constituir advogado pode ser entendida como constitucional (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22-24). José Afonso da Silva, de seu modo, fala que a única possibilidade de a parte atuar sem constituir advogado é na ausência deles (*Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 584). Em sentido contrário, afirmando que as leis infraconstitucionais podem excepcionalmente outorgar capacidade postulatória a qualquer pessoa, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 519.

<sup>434</sup> Existem regras em ordenamentos alienígenas, mais precisamente na Áustria, que vedam a representação técnica em alguns órgãos (Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Trad.* Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 100-101). Isso, no nosso ordenamento, não é admissível, todos têm o direito sempre de, se quiserem, valerem-se de um profissional técnico habilitado.

procedimento (idéia atual do contraditório, vista no terceiro capítulo). Caso a parte não tenha recursos suficientes para valer-se de um patrono privado, o Estado tem o dever de protegê-la, dando-lhe um defensor público habilitado tecnicamente, sem que isso implique a necessidade da participação desse defensor, mas sim a possibilidade de a parte poder se utilizar dele. O citado dispositivo constitucional não pode, dessa forma, ser interpretado isoladamente. Ele compõe algo muito maior: a ampla defesa.

A ampla defesa serve para a realização do direito de defesa. Sabe-se que ela é um princípio. Como todo princípio, ela tem uma amplitude muito grande. Os princípios não são aplicados no modo *all or nothing*. A aplicação de um princípio deve ser ponderada diante do caso concreto<sup>435</sup>, desde que não se frustrate a sua essência<sup>436</sup>. Observe-se, uma coisa é a extensão da ampla defesa, que tem um raio de difusão largo (no qual se inclui a participação de um advogado); outra, o uso, de fato, de todos os meios abarcados por ela. Daí pode-se admitir o não uso de todos os meios nela contidos, dentre eles, o auxílio de um advogado<sup>437</sup>. Caso o não uso do meio abarcado pela ampla defesa possa afetar o direito de defesa (resguardado pela ampla defesa), esse restará violado, o que, aqui sim, estamos diante de uma regra<sup>438</sup>, que é aplicável por subsunção<sup>439</sup>. Se isso ocorrer, o ato praticado sem capacidade postulatória será, além de viciado, ilícito por ter ofendido o direito de defesa. Obviamente, a constatação da existência do ilícito só pode ser feita diante dele, e não abstratamente.

Por isso, pode-se defender que é um direito da parte de constituir um advogado, não um dever. Ela pode optar por usá-lo ou não. Caso não opte, o juiz poderá, em benefício dela, e tão-somente, nulificar os seus atos. Exemplos podem facilitar a compreensão: nos Juizados Especiais, o juiz deve alertar a parte não acompanhada de advogado sobre a conveniência da participação de um (art. 9º, § 2º, Lei n. 9.099/95). Ora,

---

<sup>435</sup> “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos”, ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 74-75.

<sup>436</sup> SILVA, Fernando Antonio Souza e. *O direito de litigar sem advogado: argumentação jurídica e colisão dos direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 98.

<sup>437</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>438</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>439</sup> Assim: ALEXY, Robert, op. cit., p. 75; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

uma coisa é alertar a parte sobre a conveniência da participação de um patrono, outra, impor a participação dele; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 8, n. 2, d, afirma que toda pessoa tem o direito de defender-se pessoalmente ou, frise-se, por intermédio, de um defensor de sua escolha<sup>440</sup>.

Ora, o réu tem o dever de contestar? Não, e quanto a isso parece não haver quaisquer dúvidas. Se ele pode não contestar, ele não poderá contestar sem se fazer representado por um advogado? Claro que pode. Até mesmo do ponto de vista lógico-argumentativo: quem pode o mais (não contestar), poderá o menos (contestar sem advogado)<sup>441</sup>.

No que diz respeito aos direitos indisponíveis, a fundamentação supra também é aplicável, e com mais argumentos até. É sabido que, em se tratando de direitos indisponíveis, o ordenamento defere uma série de benefícios ao titular deles, a fim de melhor tutelá-los, *e. g.*, ausência do efeito material da revelia, caso essa venha a ocorrer (art. 320, II, CPC).

Tomemos como exemplo o incapaz. O ordenamento já lhe confere uma série de benefícios, como a necessidade de participação do órgão do MP (art. 82, I, CPC), que atuará na defesa dos interesses dele; em alguns casos, a nomeação do curador especial (art. 9º, I, CPC). Agora, se o incapaz tem representante, e esse demanda sem constituir um advogado, o juiz não poderá ordená-lo a suprir sua incapacidade postulatória, de modo a constituir um patrono. Existe, nesse sentido, até previsão legal expressa (art. 2º, Lei n. 5.478/68). No entanto, se, por ventura, o juiz verificar que a atitude do representante (não constituir um advogado) é maléfica aos direitos do incapaz, ele, aqui

---

<sup>440</sup> Resguardando as diferenças dos ordenamentos jurídicos, é válido, como reforço argumentativo, invocar a célebre frase proferida pelo policial estadunidense ao prender um criminoso: você tem direito a permanecer calado, *tem direito a valer-se de um advogado*, ou seja, caso o preso queira, ele pode constituir um advogado para defendê-lo.

<sup>441</sup> “No processo civil brasileiro, o réu tem o direito de recusar-se a apresentar defesa, mantendo-se revel. A recusa de defesa é ato que não depende de assistência de advogado, estando dentro do universo sobre o qual impera a vontade. Partindo dessa premissa, não é lógico que o indivíduo, que pode dispor livremente de todos os bens jurídicos disputados no processo, sem que tal ato de disposição exija a assistência de um advogado, não possa dispor de mera parte dos mesmos bens jurídicos, sem que tenha que peticionar através de terceiro. Se a parte pode abandonar, de forma autônoma e soberana, a totalidade dos valores envolvidos em uma ação de cobrança, o que lhe impediria, sob o ponto de vista lógico, de dispor de metade dos referidos valores, da mesma maneira autônoma e soberana? Qual o diferenciador que seria a causa da necessária intervenção do advogado, na segunda hipótese?” (SILVA, Fernando Antonio de Souza e, *op. cit.*, p. 101)

sim, deverá, numa interpretação ampliativa do art. 9º, I, CPC, nomear um curador especial para defendê-lo, além de, obviamente, determinar a intervenção do órgão do MP.

O que ocorre com algumas leis infraconstitucionais, que atribuem capacidade postulatória a quem não a tem em regra, é uma previsão abstrata da desnecessidade da participação do advogado, o que, diante a fundamentação feita, é lícito ao legislador fazê-lo.

Dito isso, parece não ter consistência a argumentação de que as ditas leis são inconstitucionais. São constitucionais, pois pode o legislador dispensar (o que não significa proibir, frise-se) a participação de um advogado, dando, desse modo, capacidade postulatória às partes.

Mas, como já aludido, deve-se ir além. Mesmo no caso em que o legislador não conferiu capacidade postulatória às partes, a dispensa da participação do advogado é possível, desde que não traga prejuízo para o incapaz. A lógica de tal assertiva é simples: se eu tenho direito a usar de todos os meios abarcados pela ampla defesa (dentre eles, o uso dos serviços de um profissional técnico), como esse direito pode ser imposto a mim? Se se trata de um direito, o titular dele tem a faculdade de exercê-lo ou não. Caso contrário, estaríamos diante de um dever, ou seja, ele teria o dever de se defender, devendo, igualmente, usar de todos os meios que lhes foram proporcionados! Algo que, convenhamos, é absurdo.

## **10.2. A falta de capacidade postulatória gera um ato ilícito?**

A capacidade postulatória é uma capacidade técnica. Sua elaboração tem por premissa o fato de o incapaz não ter conhecimentos técnicos sobre o teor do ato a ser praticado. Lembremos, ademais, que grande parte das incapacidades foram criadas para beneficiar os incapazes. Parece-nos que, em se tratando da incapacidade postulacional, isso salta aos olhos. Fixada essa premissa, podemos dizer que a capacidade postulatória, mesmo sendo requisito de alguns atos processuais, pode ser dispensada.

Pois bem.

Tendo em vista que a capacidade postulatória é elemento complementar subjetivo do suporte fático dos atos postulatórios, sua ausência torna defeituoso o ato praticado. Quanto a isso, não há dúvida. Contudo, sabe-se que, em se tratando de direito processual,

o vício por si não é causa do ilícito invalidante. Esse é a soma do vício com o prejuízo. Assim, pode-se afirmar que a falta de capacidade postulacional por si não torna ilícito o ato praticado. A ilicitude do ato dependerá do prejuízo. E esse prejuízo é tão-somente do incapaz. Exemplifiquemos para elucidar.

a) Se o autor não tem capacidade postulatória, o réu não poderá tomar isso em seu proveito e pedir a inadmissibilidade do procedimento, como comumente é visto na praxe forense. Qual é o prejuízo que tem o réu pelo fato de o autor não ter suprido sua incapacidade para postular? Para defender-se de forma coerente que o réu, nesse caso, tem prejuízo, deve-se afirmar, com todas as letras, o seguinte absurdo: o réu tem o direito a que o autor supra sua incapacidade para postular! Ora, o prejuízo processual é componente de um ilícito, que ocorre quando um direito é violado. Logicamente, o réu não tem esse direito, portanto não poderá ter prejuízo.

b) A recíproca também é verdadeira: se o réu não supriu sua incapacidade postulatória, o autor não poderá pedir a decretação da revelia. O autor não pode pedir tal atitude ao juiz, porque não teve prejuízo, nenhum direito seu foi violado.

Fixada, portanto, a premissa de que a falta de capacidade postulatória não pode ser tomada contra o incapaz, pode-se prosseguir<sup>442</sup>.

### **10.3. Ausência originária da capacidade postulatória.**

Neste tópico, vão ser analisadas as questões concernentes à ausência da capacidade postulatória de forma originária, ou seja, os atos do procedimento (seja o principal, sejam os recursais) são inicialmente praticados sem a citada capacidade. Serão analisadas, também, as conseqüências que a carência de capacidade para postular pode trazer.

---

<sup>442</sup> É o que, de certa forma, entende José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que, se o ato praticado pelo postulatoriamente incapaz tiver atingido a sua finalidade, não há razão para invalidá-lo. Frise-se que o autor, acertadamente, amplia essa premissa para a capacidade de estar em juízo: “Mas nada impede que, não obstante ausente a capacidade processual ou postulatória do réu, o juiz conclua pela improcedência do pedido, pois tal solução é o melhor resultado que ele poderia esperar do processo. Não se justifica, portanto, que o vício processual constitua empecilho a que o sujeito passivo obtenha tutela jurisdicional favorável, impedindo a invasão indevida de sua esfera jurídica” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 201.).

### **10.3.1. Em relação ao autor.**

O primeiro ato do processo é a demanda. Ela é sabidamente um ato postulatório. Portanto, a capacidade postulacional é elemento complementar do suporte fático da demanda, de modo que a ausência daquela causará o vício dessa. Mas, se o autor demandar sem ter capacidade postulatória para a prática do ato, o que ocorrerá, além do vício já referido? Pensemos algumas hipóteses.

a) Se o autor for um civilmente incapaz e estiver representado, o juiz, além de, obviamente, determinar a intervenção do órgão do MP, usando de seu poder-dever de prevenção, deverá verificar se a atitude do representante é maléfica ao incapaz. Caso o seja, deve o juiz destituir o representante e determinar a nomeação de um curador especial ao incapaz. Caso não seja, o juiz deve: primeiramente, intimar o representante sobre a conveniência da participação de um advogado, mas só; depois, independentemente de o representante constituir um advogado, deve-se dar normalmente seguimento ao feito, e não prejudicar o autor em nome de sua incapacidade para postular.

b) Se o autor for civilmente capaz, o juiz deve intimá-lo sobre a conveniência da representação de um profissional técnico, depois, independentemente da atitude do autor, impulsionar o procedimento.

Em ambos os exemplos, o juiz poderá, em benefício do incapaz, e só, caso perceba que a incapacidade para postular o prejudicou, gerando, assim, o ilícito (vício + prejuízo), invalidar os seus atos. Percebe-se que, nesse caso, houve violação à norma primária<sup>443</sup>, não podendo, por isso, o juiz deixar de aplicar a norma sancionadora.

### **10.3.2. Em relação ao réu.**

Quanto ao réu, as premissas aludidas são aplicáveis. Deve-se, todavia, levar em conta que a posição do réu é menos favorável do que a do autor. A invalidação dos atos pela falta de capacidade postulatória aqui não pode ser utilizada, por um simples motivo: caso o juiz tome tal atitude, ele vai prejudicar o réu, o que é vedado. Dito isso, pode-se prosseguir.

---

<sup>443</sup> Deve-se lembrar a nossa opção pela classificação das normas jurídicas proposta por Lourival Vilanova.

O réu, por exemplo, contesta sem advogado, o juiz deve intimá-lo para alertá-lo sobre a conveniência da participação de um. Caso o réu permaneça inerte, deve o juiz impulsionar o feito. É vedado ao juiz usar a não conduta alternativa<sup>444</sup> do réu (não constituição de um advogado) contra ele. Jamais, frise-se, o réu pode ser tido como revel (é o que ocorreria, caso o juiz invalidasse a contestação), porque não constituiu um advogado. Ele pode ser “revel” por outros motivos, por exemplo, por não ter cumprido o ônus da impugnação especificada. Ademais, nesse caso, com ou sem advogado, o réu pode sofrer as conseqüências do descumprimento do ônus.

Pode o juiz julgar procedente o pedido mesmo sendo o réu postulatoriamente incapaz? Pode. Como poderia se ele fosse representado por um advogado. Não pode, porém, julgar com base numa revelia, que não houve.

Por fim, se o réu for civilmente incapaz e tendo representante, o juiz deve verificar se a conduta do representante é maléfica àquele. Se for, deverá destituí-lo, tal qual faria se, ao contrário do réu, se tratasse do autor.

### **10.3.3. Em relação aos terceiros.**

Aos terceiros, nossas premissas, obviamente, são aplicáveis. Devem-se pontuar, entretanto, as modalidades interventivas, para uma melhor compreensão.

Se a intervenção for do tipo coacta (provocada), o terceiro será chamado à relação processual para figurar como réu<sup>445</sup>. Assim, toda fundamentação aplicada ao réu é estendida a esse tipo de terceiro.

Em relação às intervenções voluntárias, deve-se tratá-las de modo isolado.

Em primeiro lugar, a assistência.

A assistência litisconsorcial gera um litisconsórcio ulterior unitário<sup>446</sup>. Se o assistido (independentemente de ser autor ou réu) tiver capacidade postulatória (originária ou integrada), tal capacidade estende-se ao assistente, já que o litisconsórcio formado entre o assistente e o assistido é unitário<sup>447</sup>. Logo, os atos daquele não podem ser

---

<sup>444</sup> Conduta alternativa é aquela que, se praticada, pode melhorar a situação de quem a praticou.

<sup>445</sup> Frise-se que, na denúncia da lide feita pelo autor, o terceiro será, ao mesmo tempo, réu na demanda incidental e litisconsorte do autor na demanda principal. Assim, o tratamento dado a ele deve assumir dois vieses: ora ele como réu, ora ele como autor.

<sup>446</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual...* op. cit., p. 309.

<sup>447</sup> Como já aludido, a conduta determinante de um litisconsorte unitário aproveita aos demais.

nulificados, pois se nem mesmo viciados eles são, quem dirá ilícitos. Os atos do assistente só poderão ser invalidados se ele assistir ao autor, ambas as partes (assistente e assistido) forem postulatoriamente incapazes e, ainda assim, só depois da constatação do prejuízo. Na hipótese da assistência dar-se no pólo passivo, mesmo não tendo o assistido capacidade postulatória, o juiz não poderá nulificar os atos do assistente em virtude de sua inaptidão para postular, eis que, caso contrário, estar-se-ia prejudicando o assistente ao impedi-lo de influenciar no provimento – *ratio essendi* da assistência.

Em se tratando da assistência simples, a fundamentação supra é, igualmente, aplicável. O assistente simples também é parte<sup>448</sup>, embora auxiliar da parte principal. Sendo assim, ele receberá o mesmo tratamento dado ao assistente litisconsorcial. Não há razão para tratá-lo de modo diverso.

Finalizando, a oposição.

Com a oposição o problema é mais simples. O opoente, ao demandar, cria uma nova relação processual<sup>449</sup>. Ele estará no pólo ativo dessa relação inaugurada. Logo, a fundamentação dantes efetuada referente ao autor é-lhe, também, aplicável, ou seja, a invalidação de seus atos por falta de capacidade postulatória só pode ser feita para beneficiá-lo.

#### **10.3.4. Em relação ao recorrente.**

Diante do princípio da *non reformatio in pejus*, o recurso só pode beneficiar o recorrente. Desse modo, deve-se pontificar que a falta de capacidade postulatória do recorrente não é motivo para que o tribunal deixe de conhecer do recurso. Pois, caso o tribunal não o conheça, estar-se-á prejudicando o recorrente, o que, em virtude de nossas

---

<sup>448</sup> O assistente simples é um legitimado extraordinário subordinado, ou seja, com poderes reduzidos (Nesse sentido, DIDIER JR, Fredie, op. ult. cit., p. 308). Há quem, entretanto, não lhe atribua essa qualidade. Afirmam ser o assistente simples um terceiro interveniente, e só (Nesse sentido, por todos, MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 101-102) Sem razão, a nosso ver. A qualidade de terceiro só é mensurável enquanto o sujeito de direito encontra-se fora da relação processual, pois ela é o parâmetro entre as qualidades de terceiro e de parte. Por razões lógicas, como defender que o assistente simples, depois de ingressar na relação processual, continua sendo terceiro? Obviamente, ele deixou de sê-lo, passando a ser parte, embora com poderes mitigados.

<sup>449</sup> A oposição, independentemente do tipo (interventiva ou autônoma), gera uma nova relação processual. O que ocorre com a oposição autônoma é que, por questão jurídico-positiva, ela gera, também, um novo processo, incidental ao original.



premissas, não pode ocorrer. Consigne-se, dessa forma, que a falta de capacidade postulatória do recorrente nunca será motivo para o não-conhecimento do recurso.

#### **10.4. Incapacidade postulatória superveniente.**

A incapacidade postulatória também pode ocorrer no desenrolar do procedimento.

A primeira hipótese é a denúncia da representação (lembrando que o CPC, embora fale de mandato, exige, na verdade, para a regular constituição do advogado, o negócio jurídico de representação) pelo advogado (art. 45, CPC). Frise-se que o advogado denuncia a representação, em vez de renunciá-la, como afirma o CPC<sup>450</sup>, além da linguagem usada no jargão forense. A representação é um negócio jurídico, modalidade de ato jurídico como visto no primeiro capítulo. Não se pode renunciar a um ato jurídico, só se pode renunciar a um direito (eficácia do ato)<sup>451</sup>.

Caso ocorra a denúncia, o juiz deverá intimar a parte sobre a possibilidade de constituição de um novo patrono. E só. Não poderá, se a parte permanecer inerte, prejudicá-la pela sua incapacidade postulatória.

A segunda hipótese é a revogação da representação (art. 44, CPC). Nesse caso, a parte é que destitui o advogado, tornando-se incapaz postulatoriamente. Deve-se desconsiderar a redação literal do dispositivo, que afirma ser dever da parte, ao destituir o antigo advogado, imediatamente, constituir um novo. A razão já é conhecida: é lícito a parte permanecer no processo sem capacidade postulatória, desde que tal carência não lhe traga prejuízo. O juiz, por cautela, deve intimá-la, a fim de alertá-la sobre a conveniência da participação de um novo advogado. Caso a parte não queira, o juiz deverá prosseguir com o feito normalmente.

---

<sup>450</sup> Art. 45. “O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo”.

<sup>451</sup> “No direito civil, se o procurador denuncia sem motivo justo, responde pelo dano resultante. No art. 45, tem mais, ainda mais, de representar processualmente a parte durante os dez dias seguintes à notificação da denúncia. No Código Civil de 1916, também se falou de renúncia. No Código Comercial, art. 157, disse-se que o mandato acaba quando o mandatário demite de si o mandato. (O termo é impróprio. Renuncia-se a direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, ou alguma vantagem. Trata-se de terminação de contrato – o que se chamou ‘renúncia’ é, em verdade, denúncia)”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1, p. 621. Do mesmo modo, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., t. 1, p. 259.

A terceira e última hipótese é morte do advogado ou a perda de sua capacidade postulatória, como o cancelamento de sua inscrição na OAB, a perda de sua capacidade civil etc. Nesses casos, o processo deve ser suspenso (art. 265, I, CPC). A razão da suspensão é possibilitar a integração da incapacidade postulatória recém-surgida. Ocorre que, mais uma vez, a parte pode prosseguir sem constituir um novo advogado, caso queira. Dessa forma, ela peticionará ao juízo requerendo o prosseguimento do feito, que deverá acolher o pedido.

### **10.5. Como fica o art. 13, CPC, em relação à capacidade postulatória?**

O art. 13, CPC, fala da incapacidade de estar em juízo das partes. Ele é aplicável à capacidade postulatória? Há quem defenda<sup>452</sup>. A nosso ver, não sempre, ou melhor, quase nunca. Eis a razão.

Diz o citado dispositivo legal que, caso juiz verifique a falta de capacidade postulatória (*permissia venia*, para a melhor compreensão da problemática, onde o artigo fala incapacidade processual, leia-se incapacidade postulatória), ele deverá intimar o incapaz, a fim de que ele supra tal carência. Caso a parte não cumpra o determinado, deverá o juiz aplicar a sanção pelo descumprimento: ao autor, extinção do processo; ao réu, decretação de sua revelia; ao terceiro, sua exclusão do feito. Não podemos, diante de nossas premissas, defender a aplicação automática do dispositivo. Assim, pode-se dizer que:

a) em relação ao réu, como já visto, ele não pode ser considerado revel por conta de sua incapacidade postulatória. Portanto, quanto a ele, o dispositivo não se aplica;

b) quanto ao autor, só ocorrerá a inadmissibilidade de seus atos com a eventual extinção do processo, se ele teve algum prejuízo por conta de sua incapacidade postulatória. Logo, nesse particular, o dispositivo é aplicável em situações mínimas;

c) por fim, em relação ao terceiro, o citado dispositivo só é aplicável em duas hipóteses: 1) na oposição, quando o oponente tiver se prejudicado, por conta de sua incapacidade para postular; 2) no caso do assistente do autor, quando ambas as partes

---

<sup>452</sup> Nesse sentido, ASSIS, Araken de. Suprimento das incapacidades processual e postulatória..., op. cit., p. 151.

(assistente e assistido) não tiverem capacidade postulatória e, em virtude disso, prejudicarem-se. Noutras hipóteses, pugna-se pela sua não-aplicação.

### 10.6. Questões correlatas.

Embora, como é de fácil percepção, a ênfase deste trabalho seja o direito processual civil, podem-se aplicar algumas conclusões aqui alcançadas para outros ramos do direito processual, como o direito processual penal e direito administrativo processual.

Primeiramente, vejamos o processo penal.

O processo penal é mais um exemplo de processo que tem, como matéria de fundo, um direito indisponível<sup>453</sup>: o direito à liberdade. O réu, no processo penal, deve ter direito a uma defesa plena, notadamente no Tribunal do Júri, haja vista, nesse caso, a possibilidade de o juiz destituir o advogado do réu por conta da defesa mal formulada (art. 497, V, CPP).

A defesa, no processo penal, é dividida em autodefesa e defesa técnica. A primeira é a possibilidade de o réu defender-se por si. É uma faculdade de ele exercê-la ou não. Contudo, nada obstante seja uma faculdade, o juiz não poderá dispensá-la<sup>454</sup>. A segunda é exclusiva dos detentores de capacidade postulatória. Desse modo, o réu só poderá exercer, no processo penal, a autodefesa técnica caso seja detentor de capacidade postulatória<sup>455</sup>. Segundo alguns autores<sup>456</sup>, a falta de capacidade postulatória no processo penal (ausência de defesa técnica) vicia o procedimento de forma tão grave que é causa

---

<sup>453</sup> Sobre o tema, SILVA, Fernando Antonio de Sousa e, op. cit., p. 103-104.

<sup>454</sup> “Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz”, GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 77

<sup>455</sup> É isso que se extrai da redação do art. 263, CPP, que exige a habilitação para que o réu possa fazer a autodefesa técnica. Segundo melhor doutrina, essa habilitação deve ser técnica, ou seja, de um possuidor de capacidade postulacional. Nesse sentido, comentando o citado dispositivo, Eduardo Espínola Filho, conquanto relatando casos em que réus não habilitados tecnicamente fizeram perfeitamente suas defesas, afirma que essa habilitação é dos advogados e, como permitido à época, dos solicitadores (*Código de Processo Penal anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 3, p. 264-265).

<sup>456</sup> Por todos: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, op. cit., p. 375; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 712-713; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 544.

de “nulidade absoluta”<sup>457</sup>, constituindo-se um vício insanável. O STF também segue essa orientação por intermédio do enunciado n. 523 de sua súmula.

Todavia, se o réu não representado por um advogado for absolvido, o procedimento continuará viciado pela ausência de capacidade postulatória? De maneira alguma. Ora, se o réu ganhou, a sua incapacidade não lhe trouxe prejuízo<sup>458</sup>. O vício foi sanado. Não houve violação à norma primária. Logo, não há de se falar em invalidar a decisão. Seria esdrúxulo defender o contrário. Vê-se quão errado vão os autores que defendem ser insanável este tipo de vício.

Agora, vejamos a questão do processo administrativo, notadamente o disciplinar.

O acusado no processo administrativo disciplinar deve ter capacidade postulatória<sup>459</sup>? Ao que parece, sim, restando viciado o ato praticado na ausência dela. Agora, se ele for incapaz e não constituir um advogado, o provimento administrativo conterà um ilícito invalidante? Depende. A premissa aqui é a mesma: o acusado pode, invocando a ampla defesa, valer-se de um profissional técnico, suprimindo a sua incapacidade para postular. Caso ele não a supra e tal conduta traga-lhe algum prejuízo, ocorrerá o ilícito invalidante. Ao contrário, se ele, mesmo postulatoriamente incapaz, for absolvido, não há de se falar em ilicitude do provimento, já que o vício (ausência de capacidade para postular) não lhe trouxe nenhum prejuízo. É assim que deve ser lido o recente enunciado n. 343 da súmula do STJ: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Sob pena de, não o fazendo, prejudicar a quem a norma só quis beneficiar.

---

<sup>457</sup> Conquanto de uso comum no direito processual civil e, mais ainda, no direito processual penal, o termo nulidade absoluta não é tecnicamente correto: “A nulidade, diz-se é absoluta; nulidade relativa é a anulabilidade. Devemos evitar os dois adjetivos ‘absoluta’ e ‘relativa’; porque, empregando-os em diferentes sentidos e baralhando a êsses, a cada momento, os juristas e juízes comentem erros sem conta. O sentido adequado de relatividade e de absolutidade é o referente aos *limites subjetivos da eficácia*: relativa é a eficácia só atinente a um, ou a alguns; absoluta, a eficácia *erga omnes*”, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*, op. cit., t. 4, p. 31.

<sup>458</sup> Nesse sentido, interpretando corretamente, o referido enunciado do STF: “Mas é preciso examinar, caso a caso, se o vício ou ausência do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não têm eles esse alcance. É está a exata interpretação a ser dada à Súmula 523 do STF”, GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 78.

<sup>459</sup> Obviamente que, no caso, estamos alargando a definição de capacidade para postular, eis que ela é uma capacidade processual. Mas, sendo igualmente o processo administrativo um processo, posto que não jurisdicional, não vemos motivo para não denominar a capacidade para a prática dos atos de requerimento no processo administrativo de postulatória.

## **11. Considerações finais.**

Chegamos ao final da dissertação. Levando em consideração sempre a idéia de enquadrar o fato jurídico – conceito maior do direito, na lição de Pontes de Miranda – nos planos da existência, validade e eficácia e entendendo o direito, antes de tudo, como algo lógico, pode-se dizer que o objeto da dissertação foi defender, em nome de uma teoria geral do direito, a existência de uma teoria das capacidades, formada, primeiramente, pela capacidade matriz (jurídica) e, por conseguinte, pelas capacidades específicas. Coube a este trabalho, igualmente, analisar as capacidades como situações jurídicas simples: qualidades atribuídas a sujeitos de direito. Feita essa passagem pela Teoria Geral do Direito, passamos a analisar as capacidades de exercício de direitos processuais, inserido-se, dessa forma, no núcleo da dissertação. Fechando, no cerne do trabalho (este capítulo), analisamos os aspectos conceituais da capacidade postulatória.

## CONCLUSÕES

A idéia do trabalho foi estudar os aspectos conceituais e formais da capacidade postulatória. Sabe-se que a referida capacidade serve para a prática válida de alguns atos processuais: os atos postulacionais. Portanto, trata-se de uma capacidade processual.

Ocorre que o nosso objetivo não foi o de dar ao tema um enfoque estritamente processual, típico de alguns trabalhos dogmáticos processuais. Por isso, fomos buscar, na Teoria Geral do Direito, a nossa premissa maior: o conceito de situação jurídica. Tal atitude deveu-se ao fato de que, se a teoria geral do direito tem por objeto os conceitos jurídicos universais, como não estudar o direito processual sob sua égide? Obviamente, deve-se fazê-lo.

Pois bem. Pode-se prosseguir.

Define-se situação jurídica em sentido *lato* como toda eficácia jurídica emanada de um fato jurídico, como qualquer efeito existente no mundo jurídico. Do ponto de vista normativo (em abstrato), as situações jurídicas estão consubstanciadas num dos elementos da norma jurídica: o preceito.

Como todo gênero, a situação jurídica *lato sensu* admite espécies. A que interessou a este trabalho foi a situação jurídica simples ou unissubjetiva. Ela tem esse nome, pois atinge tão-somente a esfera jurídica de um sujeito de direito.

O conceito de situação jurídica e a classificação dela foram desenvolvidos no primeiro capítulo.

A mais importante situação jurídica simples é a capacidade jurídica: aptidão para ser sujeito de direito e, daí, poder titularizar situações jurídicas. Todas as outras capacidades existentes em direito são decorrências da capacidade jurídica. Em regra, servem para o exercício de direitos.

Se todas as capacidades específicas decorrem da capacidade jurídica, pode-se erigir uma teoria das capacidades em direito. Foi o que fez o professor Marcos Bernardes

de Mello, cujas obras foram tantas vezes citadas ao longo do texto. Resolvemos segui-lo, porque a capacidade postulatória está contida nessa teoria. Logo, o estudo dela foi baseado na teoria das capacidades em direito: segunda premissa maior do trabalho, desenvolvida no segundo capítulo.

Tivemos, também, que defender a aplicação do estudo fenomenológico do fato jurídico (sua existência, validade e eficácia) ao direito processual civil. Algo que, por vezes, não é visto na doutrina processual. A esse intento, foi dedicado o terceiro capítulo.

Se há um plano da eficácia processual, é porque há situações processuais simples, entre elas: as capacidades processuais. O quarto capítulo foi dedicado a uma idéia geral dessas capacidades. Nele, inserimo-nos no núcleo da dissertação, abrindo, assim, as portas para a análise da capacidade postulatória: cerne da dissertação, abordada no quinto e último capítulo.

Resolvemos agrupar as principais conclusões do quinto capítulo deste trabalho (cerne da dissertação) em notas conclusivas, a fim de facilitar a percepção delas.

1) A capacidade processual das partes é bipartida. Para a prática de alguns atos, é necessário ter capacidade de estar em juízo. Para a prática de outros, os postulatórios, deve-se ter, além da capacidade de estar em juízo (salvo raríssimas exceções), capacidade postulatória.

2) Pode-se, numa das tantas classificações possíveis, dividir os atos processuais das partes em: dispositivos, instrutórios, reais e postulatórios. Esses últimos interessam à dissertação. Eles podem ser definidos como atos pelos quais se pede ao Estado-juiz alguma providência, independentemente do conteúdo do ato: se relativo à admissibilidade ou ao mérito do processo.

3) A capacidade postulatória é uma capacidade específica de direito, decorrente da capacidade matriz (jurídica), que serve para a prática válida dos atos postulatórios. Trata-se de um desdobramento da capacidade processual das partes. É, por fim, antes de tudo, uma situação jurídica processual simples: uma qualidade atribuída a alguns sujeitos processuais.

4) Grande parte das incapacidade específicas foram criadas, visando ao benefício dos incapazes. Excetua-se, por exemplo, alguns casos de incompetência jurisdicional, que foram criados visando tutelar o interesse público.

5) Há algumas capacidades cujo critério distintivo para saber quem as tem é técnico. No caso da capacidade postulatória, parte-se do princípio de que os titulares dela devem ter conhecimentos jurídico-dogmáticos.

6) A incapacidade para postular é uma incapacidade cujo critério distintivo é a defesa, tão-somente, do incapaz.

7) Toda capacidade específica é pressuposta pela capacidade jurídica. Trata-se de uma questão lógico-jurídica, pois a capacidade de direito é o antecedente lógico das capacidades específicas.

8) Algumas capacidades específicas vinculam outras. A capacidade postulatória é sempre vinculada pela capacidade civil. Quem é incapaz civilmente também o será postulatoriamente. Já a capacidade de estar em juízo vincula, na quase totalidade dos casos, a capacidade para postular. A vinculação de uma capacidade específica por outra é uma questão jurídico-positiva.

9) Como qualquer qualidade jurídica, a capacidade postulacional é protegida por direito subjetivo. Trata-se de um direito absoluto. Quando alguém viola este direito, surge, para o ofendido, a ação material contra o ofensor. Se alguém afirmar que um advogado não tem capacidade postulatória, esse terá ação material de natureza declaratória contra aquele.

10) A regra na sistemática processual brasileira é a de que os advogados regularmente constituídos têm capacidade postulatória, sejam eles advogados privados ou procuradores públicos.

11) Os estagiários têm capacidade postulatória relativa. Alguns atos, eles podem praticar livremente, como as petições de juntada de documentos; para outros, eles podem praticar desde que estejam assistidos pelo advogado, ao qual o estagiário é vinculado. Caso o estagiário pratique esses atos sem ser assistido, o advogado pode dar o assentimento posterior, sanando o vício causado pela falta relativa de capacidade postulacional.

12) Os membros do MP e os procuradores públicos impedidos de exercerem advocacia privada têm capacidade postulatória sempre, e não apenas quando estiverem investidos de seus poderes institucionais. O que eles não podem é exercê-la quando não estiverem como órgãos institucionais.



13) Só a lei pode conferir capacidade postulatória às partes, ou seja, a quem não a tenha em regra. Sejam as partes como legitimados totais, sejam elas como legitimados parciais, que é o caso do juiz nos incidentes relativos à sua parcialidade, onde, para se defender, ele não precisará constituir um advogado.

14) A capacidade postulatória é elemento complementar do suporte fático dos atos postulatorios. Sua ausência vicia o ato.

15) Em se tratando da demanda, e não havendo litisconsortes ativos postulatoriamente capazes, a capacidade postulacional é requisito de validade do procedimento (“pressuposto processual” de validade).

17) Deve-se desconsiderar a redação literal do art. 37, parágrafo único, CPC, por sua total ilogicidade.

18) A exibição da procuração outorgando poderes ao advogado, nos moldes apreçados pelo art. 37, caput, CPC, é fator de eficácia do processo para o representado. Em se tratando do autor, a exibição da referida procuração é requisito de validade objetivo do procedimento.

19) Existem legitimações postulatorias, que diferem da capacidade postulatória, pelo fato de serem constatadas diante de uma determinada situação, e não abstratamente.

20) O art. 133, CF, deve ser interpretado como sendo um instrumento da ampla defesa, e não isoladamente.

21) É lícito ao legislador infraconstitucional outorgar capacidade postulatória a quem não a tenha em regra.

22) A parte tem o direito de se fazer representar por um profissional técnico. Esse direito não lhe pode ser negado.

23) Como se trata de um direito, a parte pode atuar em juízo sem suprir sua incapacidade para postular. Embora o ato praticado sem capacidade postulatória seja defeituoso, por ausência de elemento complementar do suporte fático, ele não é ilícito. Esse só ocorrerá se o vício for adicionado com um prejuízo (ilícito invalidante processual = vício + prejuízo). O prejuízo, nesse caso, é sempre do incapaz.

24) Caso a parte postule sem suprir sua incapacidade postulatória, o juiz deve, em nome do princípio da cooperação, intimá-la para alertá-la sobre a conveniência da participação de um profissional tecnicamente habilitado.

25) Em se tratando do autor, o juiz poderá, tão-somente em benefício dele, anular os seus atos.

26) O réu jamais poderá ser tido por revel porque não supriu sua incapacidade para postular.

27) Em relação aos terceiros, todas as premissas são aplicáveis. Quando a intervenção for provocada, aplicam-se ao terceiro as conclusões aplicadas ao réu.

28) O oponente só poderá ser excluído do processo por conta de sua incapacidade para postular quando o vício tiver-lhe causado prejuízo.

29) Em se tratando da assistência (simples ou litisconsorcial), vejamos o que pode ocorrer quando o assistente não tiver capacidade postulatória: se o assistido tiver capacidade postulatória, tal capacidade aproveita ao assistente; se o assistido for réu postulatoriamente incapaz, o assistente não poderá ser excluído do processo, já que, caso o juiz tome tal atitude, só o está prejudicando, pois estará impedindo-lhe de influenciar no provimento – *ratio essendi* da assistência; se o assistido for autor, a incapacidade postulatória do assistente só será motivo para a sua exclusão do feito: se ambos (assistente e assistido) forem postulatoriamente incapazes e forem prejudicados por conta do vício (falta de capacidade para postular).

30) Nunca o órgão jurisdicional pode deixar de conhecer do recurso por conta da ausência de capacidade postulatória do recorrente. Eis que tal atitude só prejudicaria.

31) Se a parte torna-se postulatoriamente incapaz com o procedimento em curso, por qualquer das hipóteses possíveis (arts. 44, 45 e 265, I, CPC), ela poderá prosseguir no feito normalmente. O juiz deve, por cautela, intimá-la para alertá-la sobre a conveniência da participação de um novo advogado.

32) As premissas sobre a capacidade postulatória adotadas neste trabalho são aplicadas também aos processos penal e administrativo disciplinar. Se o réu (processo penal) e o indiciado (processo administrativo disciplinar), embora sendo postulatoriamente incapazes, não sofrerem prejuízo, não há de se falar em ilícito invalidante, logo não se pode aplicar a sanção nulificante a tais processos.

**BIBLIOGRAFIA**

- ABÍLIO NETO. *Código de Processo Civil anotado*. 17. ed. Lisboa: Ediforum, 2003.
- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Concepciones menores acerca del proceso. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. 1.
- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.
- ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.
- ALONSO, Pedro Aragoneses; GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2002, t. 1.

ALSINA, Hugo, *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956, v. 1.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, v. 1.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 4.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição e decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, n. 744.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974, v. 1.

ANDRADE NERY, Rosa Maria; NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.

ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 2001, v. 1, t. 1.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

AROUCA, Juan Montero. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1981.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Suprimento das incapacidades processual e postulatória. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile: parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história de processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho privado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1967, t. 1.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 39.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

\_\_\_\_\_. Convenções das partes em matéria processual. *Temas de direito processual - 3ª série*. São Paulo; Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual - 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil - 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARRETO, Ricardo Paes. *Curso de direito processual civil: conforme a jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código de Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Manole, 2003, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BECÚ, Ricardo Zorraquín. MOUCHET, Carlos. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas: 2005.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Trad. A. Martin Perez. 2. ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940, v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Mario Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, s/a.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho*. Trad. Jorge Guerrero. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 1.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Isenções tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

\_\_\_\_\_. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148.

BRAGA FILHO, Pedro. O condomínio especial como sujeito de direito. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANCO, Ana Maria Castello; SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

CALAMANDREI, Piero. El proceso como situación jurídica. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1945.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1986, v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.  
\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.  
\_\_\_\_\_. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, s/a, v. 1.  
\_\_\_\_\_. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTHEA, 1944, v. 3.  
\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 2006.
- CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro: conforme a actual legislação do Império*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, t. 1.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *O espírito do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Grafica Labor, 1941.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.  
\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Atualização de Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 3.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Atualização de José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, v. 2.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. 8.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de processo civil*. Coligidas e publicadas por Abílio Neto. Coimbra: Almedina, 1967, v. 2.

CASTRO, Torquato. A revisão do Código Civil. *Symposium*: Revista da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971, n. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, t. 1.

CAVALCANTI, José Paulo. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas*. Recife: Mousinho Artefatos de Papel, 1972.

CHAVES, Antônio. Capacidade civil. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 13.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Principios del derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Réus, 1977, t. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho: su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

COSTA, COQUEIJO. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA, José Rubens. *Manual de processo civil: teoria geral e ajuizamento da ação*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CRETELLA JR., José. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *A perpetuatio jurisdictionis no direito processual civil*. Texto inédito.

\_\_\_\_\_. Competência na teoria geral do direito. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. *O interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 3.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

- DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Notas Taquigráficas de Victor Bourhis Jurgen. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente: mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Regras processuais no Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Teoria das exceções: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 116.
- \_\_\_\_\_. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, n. 351.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Instituições de direito público e privado*. 11. ed. São Paulo: Nelpa, 2002.

DUARTE, Ronnie Preuss. Prejulgamento e garantia de imparcialidade objetiva do julgador. *Processo civil: aspectos relevantes*. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Método, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003.

EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. Blaz Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, t. 1.

ESPINOLA, Eduardo. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa Graphica, 1929, v. 1.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 3.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 8, t. 3.

\_\_\_\_\_. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 58.

\_\_\_\_\_. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 48, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, t. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. *Istituzione di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental*. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Conrado; COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FIGUEIRA JR., Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FRAGA, Affonso. *Instituições do processo civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, t. 1.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

- FREITAS, José Lebre de. *Acção executiva*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FUX, Luiz; BATISTA, Weber Martins. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.
- GALGANO, Francesco. *Negocio jurídico*. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos jurídicos*. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896.
- GARCIA, Carlos Arellano. *Teoría general del proceso*. México: Porrúa, 1980.
- GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1988.
- GODINHO, Robson Renault. *Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público*. Texto inédito.
- GOLDSCHIMDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.
- \_\_\_\_\_. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 1, t. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONZÁLES, Fenando Gómez de Liaño; MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz. *Derecho procesal civil*. Oviedo: Editorial Forum, 2000, v. 1.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação subjetiva em busca da verdade real. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. As capacidades processuais sob a égide da capacidade jurídica e como “pressupostos processuais”. Monografia apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito. Recife: UNICAP, 2006.

\_\_\_\_\_. Definitivamente, a capacidade postulatória não é pressuposto de existência do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 53.

\_\_\_\_\_. Síntese didática sobre algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, v. 1.

GUASP, Jaime; ALONSO, Pedro Aragoneses. *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2002, t. 1.



GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

GUERRA, Willis Santiago; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Fundamentos do procedimento ordinário*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; GUERRA, Willis Santiago. *Fundamentos do procedimento ordinário*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2004.

GUIMARÃES, Luiz Machado. A instância e a relação processual. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

GULLÓN, Antonio; PICAZO, Luis Díez. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, v. 1.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934, v 1.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

IEZZI, Gelson; MURAKAMI, Carlos. *Fundamentos de matemática elementar: conjuntos e funções*. 6. ed. São Paulo: Atual, 1985.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. de F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, t. 1.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista de Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KISCH, Wilhelm. *Elementos de derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 2. ed. São Paulo: Síntese, 1999.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.

LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, v. 1.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Direito adjetivo. Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LIMA, João Franzen. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.

LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: parte general*. 18. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Função atual da pessoa jurídica. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo: RT, 1988, n. 46.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza de. *Segundas linhas sobre o direito processual civil*. Adições de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, v. 1.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LUGO, Andrea. *Manuale de diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Dott. A. Guiffré Editore, 1958.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. *Capacidades e entes despersonalizados*. Curitiba: Juruá, 2001.

MANES, Humberto. *A legitimação negocial*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Prefácio. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Rodrigo dos Reis Mazzei (coord.). Vitória: ICE, s/d, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 12.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1.

MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz; GONZÁLES, Fenando Gómez de Liaño. *Derecho procesal civil*. Oviedo: Editorial Forum, 2000, v. 1.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, v. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito processual do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1974.

MAZEAUD, Henri, Leon et Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1976, v. 1.

MAZZEI, Rodrigo dos Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. *Reflexos do Novo Código Civil no direito processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo dos Reis Mazzei (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. Atualização de Isabel Camargo Monteiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELENDO, Santiago Sentís. *Teoría y práctica del proceso: ensayos de derecho procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1959, v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia - 1ª parte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Gil Ferreira. *Teoria geral do processo*. Uberlândia: Ipedi, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 1.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1979, v. 2.

MILHOMENS, Jônatas. *Manual de prática forense (civil e comercial)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: RT, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. 5.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2.

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

MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova; CEDAM, 2001, v. 1, t. 1.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: RT, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47.

MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargo de executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1977.

MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967.

MOUSSIN, Heráclito Antonio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998.

MURAKAMI, Carlos; IEZZI, Celso. *Fundamentos de matemática elementar: conjuntos e funções*. 6. ed. São Paulo: Atual, 1985.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial. *Processo civil: aspectos relevantes*. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Método, 2005.

NIPPERDEY, Hans Carl; ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil: parte general*. Trad. Blaz Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, t.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil: teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, t. 1.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações: generalidades – espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1

\_\_\_\_\_. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. Atualização de Adalberto José de Camargo Aranha. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLANO, Fernando Garcia; AFTALION, Enrique R.; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo de conhecimento. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. A personalidade jurídica da família. *Jurídica* (Revista do IAA). Rio de Janeiro: s/ed., n. 90.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, JR., Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 1968, v. 1.

ORDEÑANA, Juan Goti. *Tratado de derecho procesal canónico*. Madrid: Editorial COLEX, 2001.

PACHECO, José da Silva. *Curso de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. *Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado das execuções: processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1.

PAIXÃO JR., Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PALACIOS, Juan José Monroy. Admisibilidad, procedencia e fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: RT, 1998, v. 1.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: LED, 1999.

PAUPERIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Atualização de Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

PICAZO, Luis Díez; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, v. 1.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.

PIMENTEL, Alexandre Freire. A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. *Principiologia juscibernética, processo telemático e uma nova teoria geral do direito processual*. Tese de doutorado apresentada ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2003.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, v. 3.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 4.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 3.

- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. 1.
- \_\_\_\_\_. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 4.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campina/SP: Bookseller, 1998, t. 1.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 4.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 6.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 22.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 24.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito Privado: direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, t. 43.
- PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, t. 1.
- PUSSI, Willian Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAMALHO, Joaquim Ignacio de. *Practica civil e commercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- \_\_\_\_\_. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1978, v. 2, t. 2.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Diritto processuale civile: nozione e regole generali*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1.
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra: Editora, 1948, v. 1.

REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCCO, Ugo. *Teoria general del proceso civil*. Trad. Felipe de J. Tena. México: Porrúa, 1959.

ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1.

ROCHA, José Elias de Moura. Processualística sistêmica. *Revista da Pós-graduação em Direito da Unicap*. Recife: UNICAP, 2002, n. 1.

\_\_\_\_\_. . Sistema processual: do sistemático ao sistêmico. *Direito, cidadania e processo*. Recife: Fasa, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Advocacia: serviço público e função social. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998, v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael. *La demanda judicial canónica*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2002.

ROSA, Eliezer. *Dicionário de processo civil*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

ROSENBERG, Leo. *Tratado del derecho procesal*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado del derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Paulo Capitanio. Campinas/SP: Bookseller, 1999, v. 1.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Castello. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SARMENTO, Natanael. *Notas de direito civil: parte geral*. São Paulo: Harbra, 2005.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SAVIGNY, F. Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Editorial Góngora, s/a.

SCHONKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1.

SEVERO NETO, Manoel. *(I)legitimação e competência*. Recife: FASA, 2006.  
\_\_\_\_\_. *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SICHES, Luis Recásens. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1970.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV Editora, 2006.

SILVA, De Plácido e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2.

SILVA, Fernando Antonio de Souza e. *O direito de litigar sem advogado: argumentação jurídica e colisão dos direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, v. 1.  
\_\_\_\_\_. Direito material e processo. *Polêmica sobre a ação*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.  
\_\_\_\_\_. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Polêmica sobre a ação*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.  
\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da relevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.  
\_\_\_\_\_. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2008.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SODRÉ, Eduardo. *Juizados Especiais Cíveis: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Leud, 1990.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I.
- TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.
- TARUFFO, Michele; FERRI, Conrado; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezione sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983, v. 1.
- TELLES JR., Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1977.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JR., Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1980, n. 17.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

TORRE, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Perrot, s/a.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

TRABUCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martinez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história de processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.

TUHR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, t. 1.

VALLADÃO, Haroldo. Da personalidade e capacidade no direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1985, n. 592.

VARELA, Antunes. LIMA, Pires. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas/SP: Papirus, 2002.

VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. António José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1959, v. 2.

VELLANI, Mario; REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile: nozione e regole generali*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1.

VESCOVI, Enrique. *Teoria general del proceso*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 6.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: RT, 1977.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. Sobre o conceito de direito. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET, v. 1.

VILANOVA, José; AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia. *Introducción al derecho*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão: parte geral*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

WINDSCHEID, Bernhard. La *actio* del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7. ed Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile: introduzione e parte generale*. Milano: Giuffrè, 1947, v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.