

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

DANILO HEBER DE OLIVEIRA GOMES

**(IN)EXISTÊNCIAS PROCESSUAIS**

RECIFE  
2011

DANILO HEBER DE OLIVEIRA GOMES

**(IN)EXISTÊNCIAS PROCESSUAIS**

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. LEONARDO JOSÉ RIBEIRO COUTINHO  
BERARDO CARNEIRO DA CUNHA

G633i Gomes, Danilo Herber de Oliveira  
(In)existências processuais / Danilo Herber de  
Oliveira Gomes ; orientador Leonardo José Ribeiro  
Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, 2011.  
171 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica  
de Pernambuco. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação.  
Mestrado em Direito, 2011.

1. Atos jurídicos. 2. Direito processual. 3. Processo  
civil . 4. Negócio jurídico. Título.

CDU 347.13/.14

DANILO HEBER DE OLIVEIRA GOMES

**(IN)EXISTÊNCIAS PROCESSUAIS**

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 20 de DEZEMBRO de 2011.

PROF. DR. LEONARDO JOSE RIBEIRO COUTINHO BERARDO  
CARNEIRO DA CUNHA (ORIENTADOR)

(PRESIDENTE)

SÉRGIO TEIXEIRA TORRES

2º EXAMINADOR

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

3º EXAMINADOR

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JUNIOR

4º EXAMINADOR

DANILO HEBER DE OLIVEIRA GOMES

**(IN)EXISTÊNCIAS PROCESSUAIS**

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 \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

PROF. DR. LEONARDO JOSÉ RIBEIRO COUTINHO BERARDO CARNEIRO  
DA CUNHA (ORIENTADOR)  
(PRESIDENTE)

SÉRGIO TEIXEIRA TORRES  
2º EXAMINADOR

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA  
3º EXAMINADOR

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR  
4º EXAMINADOR

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

“Não se pode dizer que o conceito do inexistente seja inútil: é do interesse do nadador saber onde acaba a piscina.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 20)

À minha família, que me guiou na jornada da vida, incentivando meu apego à pesquisa e ao aprimoramento do conhecimento. Em memória do meu tio Amaury.

## AGRADECIMENTOS

A dissertação de mestrado não poderia chegar ao fim e ser concluída sem a ajuda de um grande número de pessoas. Apesar de meus esforços, há várias pessoas que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho, e que eu gostaria de agradecer.

Primeiramente à Deus, eterno companheiro, incentivador e possibilitador de causas impossíveis, sem o qual não estaríamos aqui.

À Nathália Viégas, companheira inseparável e minha inspiração nos momentos mais difíceis.

Aos meus familiares, em particular meus pais, Aldemir e Alciane, minha irmã Laís e minha avó Edite, que, embora não ostentando conhecimento sobre o assunto, respeitaram-me e encorajaram-me a seguir adiante, apesar das dificuldades da vida e do cotidiano.

Devo agradecer, em especial, ao professor e amigo Leonardo Carneiro da Cunha, que arriscou seu nome em aceitar o encargo de me orientar. Pessoa com quem pude aprender não só lições jurídica, como também valiosas lições da vida. E deve ser ressaltado, que o presente trabalho apresentará falhas, que são de minha exclusiva responsabilidade.

Aos amigos Élder Bringel, Roberto Lemos, Arthur Toledo, Romina Duque, Soraya Nunes, Vinicius Calado, Nicolas Coelho, João Lessa, Ravi Peixoto, Rafael Pontes de Miranda, Eduardo, pela força de sempre.

Aos professores Ubiratan do Couto Maurício e Alexandre Freire Pimentel. Pelas brilhantes aulas ministradas quando fui aluno de ambos, além de serem exemplo para a magistratura do país.

A todos os professores do Mestrado: Sérgio Torres, Virgínia Colares, João Paulo, Lúcio Grassi e Marília Montenegro.

Ao professor e amigo Alexandre Saldanha, que me abriu as portas do ensino jurídico, e por isso sou eternamente grato. E também pela ajuda com obras de difícil acesso.

Aos amigos Miro e Rinaldo Mouzalas, companheiros de mestrado, pela disponibilização do texto de Donaldo Armelin.

Ao amigo Roberto Campos e seu grupo de estudos sobre Pontes de Miranda, inclusive Gabriela Expósito, que fizeram valiosas observações sobre o trabalho.

A Beclaute Silva pelo artigo que, gentilmente, me enviou.

A Pedro Nogueira pelo valioso precedente do STJ.

Ao professor Roberto Paulino, que aceitou participar da defesa pública e fez valiosas contribuições.

Aos amigos da ANNEP, associação a qual tive a honra de ser um dos membros fundadores.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AgR – Agravo Regimental

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Data de Julgamento

IPC – Índice de Proteção ao Consumidor

Min. – Ministro

MP – Medida Provisória

PLC – Projeto de Lei

PUC – Pontifícia Universidade Católica

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

USP – Universidade de São Paulo

## RESUMO

Fato jurídico é tudo aquilo que importa para o direito. Se a norma jurídica não incide sobre o suporte fático, e o juridiciza, não haverá fato jurídico, e também não se poderá falar de efeitos jurídicos, uma vez que apenas de fatos jurídicos emanam efeitos jurídicos.

O estudo da (in)existência processual pode ser feito, tanto com base em um ato singular, como de todo o procedimento. A constatação de que um ato é inexistente, não implica dizer que todo o procedimento também será inexistente.

A questão da inexistência está ligada à suficiência do suporte fático. Sendo este insuficiente, diz-se que não houve entrada no mundo jurídico, caso seja deficiente, o ato entrou no mundo jurídico, apesar de defeituoso.

O cerne da dissertação está em saber se o fato processual entrou ou não no mundo jurídico. E, no caso do processo, basta a existência de um ato inicial do procedimento, o ato de demandar, e o órgão investido de jurisdição. Havendo a demanda perante um órgão investido de jurisdição, o processo integra no mundo jurídico.

A competência constitucional, a capacidade de ser parte (tanto do autor quanto do réu), a citação e as condições da ação não são pressupostos de existência do processo. Além da procuração não ser pressuposto da prática de ato jurídico, estando ligada aos seus efeitos, apenas.

Por fim, o meio de reconhecimento da inexistência é a ação declaratória, pois não se pode desconstituir, com o uso da ação anulatória, o inexistente uma vez que nada foi constituído.

Palavras – chave: Suporte Fático; (In)existência; Fato Jurídico

## ABSTRACT

Legal fact is all that matters to the legal world. If the law does not apply over the factual support, and “juridicize”, there is no legal fact, and also there is no legal effect, since only legal facts radiate legal effect.

The study of (non)existence on legal process acts can be done based on a singular act or considering the whole procedure. The conclusion that an act does not exist does not mean that the whole procedure will also be non-existent.

The question of non-existence is connected to the lack of sufficient factual support. Being insufficient the factual support, indicates that there was no entry in the legal world. If deficient, the act went into the legal world, even though defective.

The main debate of the dissertation is about to conclude if the procedural fact went into the legal world. To the existence of the process is necessary the existence of an initial act of the procedure, the act of suing, and the organ vested with jurisdiction. If there is a complaint to a court vested with jurisdiction, the process will enter into the legal world.

The constitutional competence, the capability to be part, the citation and the conditions of action are not requirements to the existence of the process. The aptitude to the attorney is not a requirement to existence, but is linked to its effects only.

Finally, the procedural way to recognize the inexistence of the act is declaratory action, because it is not possible to deconstruct, with the use of an annulment action, because by the non-existent nothing was made to deconstruct.

Keywords: Coordinate Factualist Support, (non)existence; Legal Fact.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
<b>1 PREMISSAS BÁSICAS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO .....</b>	<b>18</b>
1.1 Imprescindibilidade da norma jurídica .....	18
1.2 O mundo fático e o mundo jurídico.....	19
1.3 Norma jurídica: elementos e estrutura.....	22
1.3.1 O suporte fático: conceito .....	22
1.3.2 Fato jurídico, fato (real) e suporte fático: distinções .....	23
1.3.3 Elementos: nucleares e complementares.....	25
1.3.4 Ausência dos elementos do suporte fático .....	27
1.4 Juricidização: um fenômeno jurídico .....	30
1.4.1 Incidência e aplicação da norma jurídica.....	30
1.4.2 Concreção do suporte fático.....	32
<b>2 DO FATO JURÍDICO AO ATO PROCESSUAL .....</b>	<b>34</b>
2.1 Apreensão conceitual do fato jurídico.....	34
2.2 Classificação do fato jurídico .....	35
2.3 Fatos jurídicos lícitos .....	36
2.3.1 Fato jurídico <i>stricto sensu</i> .....	36
2.3.2 Ato-fato jurídico.....	37
2.3.3 Atos jurídicos <i>lato sensu</i> .....	38
2.3.3.1 Ato jurídico <i>stricto sensu</i> .....	39
2.3.3.2 Negócio jurídico .....	39
2.4 Fatos jurídicos ilícitos .....	41
2.5 Fato jurídico processual.....	44
2.5.1 Ligação do fato jurídico processual ao processo.....	46
2.5.2 Fato jurídico processual: lícitos .....	47
2.5.3 Atos jurídicos processuais: ilícitos .....	55
<b>3 UMA ANÁLISE SOBRE OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO.....</b>	<b>56</b>
3.1 Considerações gerais .....	56
3.2 Plano da existência.....	56

3.3 Plano da validade .....	59
3.3.1 Decretação de invalidade .....	62
3.4 Plano da eficácia .....	63
3.4.1 O pseudo efeito jurídico do ato material .....	65
<b>4 INEXISTÊNCIA PROCESSUAL.....</b>	<b>67</b>
4.1 Origem da teoria da inexistência .....	67
4.2 Inexistências jurídica e material do ato comissivo .....	68
4.2.1 Inexistências jurídica e material do ato omissivo.....	71
4.3 Inexistência: um conceito lógico-jurídico .....	72
4.4 Pressupostos processuais.....	74
4.4.1 Considerações iniciais acerca dos “pressupostos processuais” .....	74
4.5 Pressupostos processuais e requisitos de validade.....	76
4.6 Extinção do processo por falta de pressupostos processuais: uma contradição lógica.....	79
4.7 A classificação dos pressupostos e requisitos processuais .....	81
4.8 Os pressupostos processuais em espécie .....	85
4.8.1 Órgão investido de jurisdição .....	86
4.8.2 Ato de demandar .....	88
4.8.2.1 Forma do ato de demandar .....	91
4.9 O ato juridicamente inexistente .....	92
4.9.1 A impossibilidade de sanção do ato juridicamente inexistente.....	96
4.10 Decisão judicial: sentença .....	98
4.10.1 Apreensão conceitual .....	98
4.10.2 Plano de existência.....	100
4.11 A decisão omissa.....	105
4.11.1 Há preclusão para o pedido que não foi julgado? Uma análise crítica do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.....	108
4. Meios de reconhecimento da inexistência processual .....	119
<b>5. A (IN)EXISTÊNCIA PROCESSUAL.....</b>	<b>124</b>
5.1 Decisões inconstitucionais.....	124
5.2 Competência constitucional.....	126
5.3 Nulidades processuais.....	130

5.3.1 Sanção de invalidade .....	134
5.4 A decisão <i>extra petita</i> : estudos acerca da sua (in)existência.....	134
5.5 Inadmissibilidade .....	139
5.6 Condições da ação.....	139
5.7 A citação e a (in)existência processual .....	141
5.8 Análise do processo cujo réu é morto ou inexistente .....	145
5.9 Análise do processo cujo autor é morto ou inexistente .....	148
5.10 Análise dos atos processuais praticados com ausência de procuração: uma crítica à redação do parágrafo art. 37 do CPC .....	153

## INTRODUÇÃO

Antes do primeiro contato com a teoria do fato jurídico, pode-se pensar que o tema é da área do direito civil, pois o seu maior expoente, Pontes de Miranda, a desenvolveu em seu gigante (tanto quantitativa quanto qualitativamente) tratado de direito privado. Mas, essa primeira impressão, que possa eventualmente surgir, desaparece com o aprofundamento da matéria.

Teoria do fato jurídico pode ser considerada como teoria do direito. Fato jurídico é tudo aquilo que importa para o direito, como fato que não for jurídico, o direito não se importará.

Assim, o estudo da teoria do fato jurídico, sistematizado por Pontes de Miranda, e desenvolvida pelo Professor Marcos Bernardes de Mello, não deve ser perscrutado apenas pelos civilistas, devendo a investigação ser feita pelo operador do direito, independentemente do ramo de que ele seja especialista, pois há problemas não apenas de ordem teórica, mas também de ordem pragmática, em que a resposta não pode ser cientificamente construída sem o conhecimento da teoria do fato jurídico.

E é por ignorar não só a teoria do fato jurídico, mas não se ater a critérios científicos, que algumas respostas para os problemas jurídicos adotadas não têm a mínima base jurídica.

O estudo, portanto, das (in)existências processuais será feito com base na teoria do fato jurídico, pois, como dito, não é teoria exclusiva do direito civil, e sim teoria geral do direito.

As noções iniciais da teoria do fato jurídico serão lançadas logo no início do trabalho.

Em seguida, mais especificamente no segundo capítulo, será visto que é possível a aplicação de uma teoria do fato jurídico processual, com as devidas adaptações para a seara processual.

A imprescindível noção dos planos do mundo jurídico é feita no terceiro capítulo. Apesar do foco do presente trabalho ser o plano da existência, a referência aos outros dois planos, o da validade e o da eficácia, se faz absolutamente necessária, haja vista a habitual confusão que é feita, ainda hoje, entre os mencionados planos do mundo jurídico.

No final do trabalho são analisadas algumas hipóteses de (in)existência. Nos últimos dois capítulos, são examinados os planos de existência do processo e da sentença, além de serem rechaçadas algumas hipóteses em que certo segmento da doutrina considera como causa de inexistência processual, como é o caso da citação e da competência constitucional.

# 1 PREMISSAS BÁSICAS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

## 1.1 Imprescindibilidade da norma jurídica

É imprescindível para o desenvolvimento de uma sociedade, a convivência tranquila e harmônica dos indivíduos que dela façam parte.

Com efeito, o livre arbítrio do homem, assim como a sua inata propensão a conflitos são fatores que dificultam a harmonia e a tranquilidade do convívio social.

É inegável, outrossim, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e, praticamente impossível, o avanço para formas superiores de civilização.<sup>1</sup>

Para a garantia da ordem do convívio entre os homens, houve a criação pelo próprio homem, das regras jurídicas, que diminui bastante o arbitrário da vida social, e a desordem dos interesses.<sup>2</sup>

Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, costumeiras, regras de boa educação, regras sociais, que regem o agir social humano.<sup>3</sup>

Apesar da aparência de liberdade, o ser humano, na realidade, está envolto em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem o homem nesta ou naquela direção.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 4.

<sup>2</sup> A norma jurídica será estudada em momento próprio.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª Ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 26.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

Não obstante o elevado número de regras, o presente estudo vai se voltar para a norma jurídica, cuja incidência colore o suporte fático abrindo-lhe a porta do mundo jurídico.

## 1.2 O mundo fático e o mundo jurídico

Quando se fala em fatos, quer-se referir a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros haverão de se dar.<sup>5</sup>

Alguns desses fatos interessam ao direito, já outros não. Os que são valorados pelo direito, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas que assim os colorem.<sup>6</sup>

No intuito de ordenar a conduta humana, o direito pondera os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.<sup>7</sup>

As regras operam uma seleção semântica do que é e do que não é importante juridicamente, como fazem ao escolher o que deve ser incentivado e o que deve ser punido.<sup>8</sup> É feito um juízo de relevância, ou juízo-valorção, que o sistema jurídico realiza diante dos fatos, tornando-os ou não jurídicos.<sup>9</sup>

Desta feita, para que os fatos sejam jurídicos, é imprescindível que normas jurídicas abstratas incidam sobre eles, encontrando-os e colorindo-os, e os tornando jurídicos.<sup>10</sup>

Vale destacar que se o fato do mundo não é relevante, então a norma jurídica não incide sobre ele, logo não será jurídico. Não há fato jurídico sem norma que incida no suporte fático.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 3.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>7</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

<sup>8</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 102.

<sup>9</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144.

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 6.

<sup>11</sup> VILANOVA, *op. cit.*, p. 21.

Através das ideias lançadas até o momento, verifica-se que apenas a norma jurídica é quem pode determinar se o fato é ou não jurídico. É ela quem possui a chave da porta do mundo jurídico, cuja entrada dar-se-ia pela sua incidência.

A norma jurídica vai incidir e colorir o chamado suporte fático.<sup>12</sup> Esse fenômeno é conhecido como juridificação. Se a norma jurídica considera suficiente o suporte fático, ela permite-lhe o acesso ao mundo jurídico, o suporte fático juridifica-se.<sup>13</sup> Já se ela (norma jurídica) determina que tal fato não é jurídico, seu suporte fático não é suficiente, não há a incidência normativa e, conseqüentemente, o fato não se torna fato jurídico.

Vale ressaltar que a norma jurídica não apenas tem a função de juridificar fatos, tornando-os jurídicos. Depois de entrar no mundo jurídico o fato pode perder a sua juridicidade e sair dele. Assim como pode abrir a porta do mundo jurídico para alguns fatos, pode a norma jurídica fechar para outros, impedindo que se tornem jurídicos.<sup>14</sup>

O direito, na escolha dos fatos, que não de ser normados, sobre os quais a norma vai incidir, deixa de lado, fora do mundo jurídico, fatos que aparentemente carecem de alguma regulação.<sup>15</sup> O mundo jurídico, pois, é apenas formado por fatos jurídicos.

Apesar de inexistir regulação jurídica quanto aos fatos não reputados pelo direito como relevantes, o controle destes se passa no plano da política, ética ou moral, e não no jurídico. Significa dizer que esses fatos não entram no mundo jurídico, na medida em que apenas o direito fá-los jurídicos ou não através da incidência da norma jurídica.

---

<sup>12</sup> Na linguagem de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello é observada a grafia *suporte fático*. Um item específico do trabalho será dedicado ao suporte fático, cuja suficiência é pressuposto para a entrada do fato no mundo jurídico.

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 28.

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 114.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 21.

Embora doutrinariamente consolidada, a divisão *mundo jurídico e mundo dos fatos* encontra vozes contrárias no mundo acadêmico, que apontam a inexistência de um mundo jurídico paralelo ao mundo dos fatos.<sup>16</sup>

Para os autores que pensam em contrário, não há dúvidas que ao direito interessam todos os fatos da vida real. Deve o direito preocupar-se por exemplo, que a água ferve à temperatura de 100 graus<sup>17</sup>, com o simples caminhar de uma mulher no parque<sup>18</sup>, não se podendo afirmar que só interessam ao direito os fatos jurídicos – os quais a norma jurídica incidiu.<sup>19</sup>

Em que pesem os respeitáveis argumentos contra a existência de um mundo jurídico paralelo ao mundo fático, a ideia defendida neste trabalho converge com os ensinamentos de Pontes de Miranda, no que atine à existência de um mundo jurídico paralelo ao mundo dos fatos.

A situação de eventualmente o magistrado precisar saber o ponto de ebulição da água para resolver um caso, não significa que o direito deve se preocupar com tal fato<sup>20</sup>. Estaria o juiz se apoiando na ciência química, e não no direito.

Ao julgar, por exemplo, os embargos à execução cujo único fundamento seja a compensação (exequente e executado são credores e devedores simultâneos)<sup>21</sup>, o magistrado, para acolher o fundamento do embargante e extinguir a execução, necessitará efetuar operações matemáticas para verificar

---

<sup>16</sup> TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 8.

<sup>17</sup> No caso do exemplo da temperatura da água, que tem o ponto de ebulição de 100 graus, argumentam os autores TESHEINER e BAGGIO, que saber o ponto de ebulição da água se trata de uma máxima da experiência e independe de prova (CPC art. 335), e poderia o juiz se valer dessa máxima para solucionar um litígio.

<sup>18</sup> Já o caminhar no parque, significa o exercício de um direito de ir e vir. E não seria preciso o acontecimento de algo relevante, como por exemplo, a obstrução desse direito, para se tornar um fato relevante para o Direito.

<sup>19</sup> TESHEINER; BAGGIO, *op. cit.* p. 25-28.

<sup>20</sup> A questão da ebulição da água foi apenas um exemplo fornecido, e que, não está sendo considerado como fato jurídico. Com efeito, caso seja da vontade do legislador, a ebulição da água poderá ser fato jurídico.

<sup>21</sup> Código civil “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

que os créditos têm o mesmo valor. Ou então, caso haja o prosseguimento da execução (se a compensação não atingir a integralidade do crédito exequendo), no bojo da sentença dos embargos à execução deverá ser explicitado qual o valor a ser executado doravante.

Saber que 100 subtraído de 100 é igual a 0 (zero) ou  $100 - 45 = 55$  de fato é uma máxima da experiência e ajudou o juiz do exemplo acima a sentenciar os embargos à execução. Apesar do uso da matemática simples para a resolução do caso, não significa dizer que ao direito interessa que  $1 + 1$  é igual a 2. A operação matemática interessa à física, à química e até à própria matemática, mas não ao direito.

Para solucionar um litígio, é possível que o magistrado se utilize de outras ciências, que não a dogmática jurídica. Apenas interessam ao direito os fatos jurídicos, cuja incidência da norma jurídica se operou e coloriu o suporte fático.

Decerto não poderia a ciência do direito regular e se preocupar com todo o qualquer fato. Para os fatos alheios ao direito, há as normas sociais, éticas, morais, religiosas etc. Apenas quando for papel da dogmática jurídica e o fato for valorado pelo direito, é que este cuidará de regular através das normas jurídicas.

Ignorar o paralelismo do mundo jurídico pode levar o jurista a desconsiderar a distinção entre importantes categorias, quais sejam: a inexistência jurídica e inexistência material.

### 1.3 Norma jurídica: elementos e estrutura.

#### 1.3.1 O suporte fático: conceito

O suporte fático<sup>22</sup> é o fato ou conjunto de fatos, sobre o qual a norma jurídica incide.<sup>23</sup> É possível, inclusive, afirmar que o suporte fático é a previsão da hipótese fática normativa, cuja incidência é pressuposto do fato jurídico.

---

<sup>22</sup> Pontes de Miranda traduziu da língua alemã a expressão *tatbestand*. Como dito inicialmente, Marcos Bernardes de Mello e o próprio Pontes de Miranda utilizam a grafia *suporte fático*.

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 19.; É o que os tributaristas chamam de *hipótese de incidência*.

Em palavras metafóricas, poder-se-ia dizer que o suporte fático é o embrião do fato jurídico. Primeiro porque é pressuposto deste e, além do mais, é transitório. O suporte fático se concretiza, dá ensejo ao fato jurídico e se extingue.<sup>24</sup>

Quando se refere ao suporte fático, está-se fazendo alusão a algo ocorrido no mundo e que por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto de normatividade jurídica. Desta feita, suporte fático é um conceito do mundo dos fatos, e não do mundo jurídico. Na medida em que se concretizem no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico.<sup>25</sup>

Dá-se o nome de suporte fático hipotético ou abstrato à hipótese normativa sem a incidência e coloração do suporte fático (ou seja, enquanto ainda ocorrer o enunciado lógico da norma). E quando a hipótese normativa prevista se materializa no mundo dos fatos, denomina-se suporte fático concreto<sup>26</sup> ou material.

Indispensável, sobretudo, é a coexistência do suporte fático e da regra jurídica que sobre ele recaia. Ainda nos casos de retroatividade, porque a retroatividade ou é da eficácia, ou da incidência por arbitrariedade.<sup>27</sup>

### 1.3.2 Fato jurídico, fato (real) e suporte fático: distinções.

Apesar da aparente semelhança entre o fato jurídico, fato (real) e suporte fático, não se pode utilizá-los como sinônimos, sendo fundamental distingui-los.

Como dito no início, apenas integram o mundo jurídico os fatos jurídicos. Portanto, estão excluídos os fatos puros (reais) e o suporte fático que são conceitos pré-jurídicos.

---

<sup>24</sup> Verificar diferença entre fato jurídico e suporte fático no ponto seguinte.

<sup>25</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

<sup>26</sup> *Idem*. p. 44.

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 30.

Entre o fato (real), o fato em si mesmo e o suporte fático há o elemento valorativo, que os qualifica diferentemente.<sup>28</sup> Como já dito anteriormente, nem todo fato é relevante para o direito.<sup>29</sup> Há fatos que são valorados (suporte fáticos), cuja incidência normativa dá origem ao fato jurídico.

É acentuada e de fácil percepção a diferença entre o fato real e o suporte fático abstrato (ou hipotético). Este ainda não se materializou e só existe no campo hipotético, mormente por se tratar da hipótese fática normativa. Já aquele (fato real) ocorreu ou está ocorrendo no mundo dos fatos, está materializado, apesar do direito não lhe dar importância.

Menos fácil é a distinção entre o suporte fático concreto e o fato real. Ambos são conceitos pré-jurídicos e estão fora do mundo jurídico, além de estarem materializados. Todavia, não se pode utilizá-los como expressões sinônimas.

Um exemplo bastante elucidativo para distinguir o fato real do suporte fático concreto é o seguinte: a morte só interessa para o direito quando conhecida. Se alguém desaparece de seu domicílio, e dele não se tem notícia, é considerado ausente, abrindo-se a sucessão provisória de seus bens, decorrido certo tempo.<sup>30</sup> Pode ocorrer que essa pessoa esteja morta de fato, mas enquanto não for conhecida a sua morte ou considerada presuntivamente morta, ela será considerada, para o direito, ausente e não falecida.<sup>31</sup> Nesse caso a morte é fato, e o conhecimento da morte é o suporte fático.<sup>32</sup>

Assim, o suporte fático é *plus* em relação ao fato real, na medida em que é este qualificado e acrescido de circunstâncias outras definidas pela norma

---

<sup>28</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68

<sup>29</sup> Com a já comentada ressalva de entendimento dos Autores TESHEINER e BAGGIO.

<sup>30</sup> Código Civil “Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.”

<sup>31</sup> Código Civil “Art. 35. Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.”

<sup>32</sup> MELLO, 2010. *Op. cit.*, p. 68-69.

para completá-lo. O fato integra o suporte fático, não podendo serem sinônimos.<sup>33</sup>

Já o fato jurídico<sup>34</sup> é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico.<sup>35</sup> O primeiro é conceito jurídico, e o último é pré-jurídico. Todo fato jurídico tem sua eficácia, ou teve ou vai ter.<sup>36</sup> Já o suporte fático, por não integrar o mundo jurídico, é desprovido de eficácia jurídica.

Consoante foi demonstrado, na parte do trabalho que aborda a conceituação do suporte fático, que este é embrião do fato jurídico, porque é transitório. A norma jurídica incide sobre ele (suporte fático suficiente) e logo após é extinto, nascendo assim o fato jurídico. Ou seja, deixa de ser nascituro (embrião enquanto suporte fático) e passa a ser o próprio ser (fato jurídico).

O fato jurídico, não importando se singular ou complexo, sempre terá unidade. Já o suporte fático, via de regra, é composto por mais de um elemento.

De tal modo não se pode incorrer em erro e confundir ou tratar indistintamente o fato, o suporte fático, - que são conceitos pré-jurídicos do mundo dos fatos – e o fato jurídico – que já é conceito do mundo do direito, portanto jurídico.<sup>37</sup>

### 1.3.3 Elementos: nucleares e complementares<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

<sup>34</sup> O fato jurídico será tratado em item próprio, assim como a sua classificação e conceito.

<sup>35</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 20.

<sup>36</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo V. p. 3

<sup>37</sup> MELLO, 2010. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>38</sup> No que tange aos elementos do suporte fático, não se pode olvidar que a doutrina menciona o chamado elemento integrativo. Enquanto os elementos nucleares dizem respeito à existência e os complementares se referem à validade e eficácia, há espécies de negócios jurídicos que são necessários atos jurídicos praticados por terceiros, que o integram, mas, apenas, no plano da eficácia. Esses atos integrativos, assim denominados, não compõem o suporte fático do negócio jurídico, mas atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico. (Idem, p. 58.)

Como já mencionado, o direito valora fatos relevantes à vida humana, a incidência da norma jurídica os torna jurídicos. É importante ressaltar que esses fatos sempre devem estar ligados a alguma pessoa, ou porque lhe dizem respeito, ou porque atingem sua esfera jurídica<sup>39</sup>, ou se refere a seu modo de atuar.<sup>40</sup>

Podem ser, portanto, elementos do suporte fático: fatos de natureza animal; os atos (tudo quanto importa mudança ocorrida entre momentos inicial e final delimitadores é o que configura o fato. Já quando o fato tem o homem como seu agente causador se trata de um ato<sup>41</sup>); os dados psíquicos<sup>42</sup>; as estimativas valorativas<sup>43</sup>; as probabilidades<sup>44</sup>; fatos do mundo jurídico; a causalidade física<sup>45</sup>; e o tempo<sup>46</sup>. Enfim, todo fato valorado pelo direito pode ser elemento do suporte fático.

---

<sup>39</sup> Conceitua-se esfera jurídica como os bens da vida que tocam a determinado sujeito de direito, consubstanciados no conjunto das situações jurídicas em que esteja inserido, a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas ao *status* das pessoas. Estão incluídos no círculo da esfera jurídica do sujeito, desde a propriedade até a liberdade de religião. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87)

<sup>40</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I.. p. 24; Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

<sup>41</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.; Nesse sentido PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 12.

<sup>42</sup> Há situações em que a norma jurídica releva dados íntimos, como saber se o agente praticou o ato com a intenção ou não (exemplo: o dolo e a culpa).

<sup>43</sup> A norma jurídica pode, inclusive, levar em consideração estimativas valorativas, tais como os bons costumes, a idoneidade, a negligência.

<sup>44</sup> Não apenas os fatos concretos podem ser elementos do suporte fático. Ao se referir a lucros cessantes, o ordenamento jurídico leva em consideração o potencial prejuízo do sujeito de direito.

<sup>45</sup> Na ilicitude, por exemplo, o dano deve guardar relação com o ato de alguém, para incidência das normas de responsabilidade civil.

<sup>46</sup> O tempo em si não pode ser considerado fato jurídico porque é de outra dimensão. Todavia, seu transcurso pode integrar suportes fáticos. Usucapião, por exemplo.; O tempo, segundo

Com efeito, para aplicar a teoria da (in)existência ou verificar a invalidade do fato jurídico (e por óbvio do ato processual), faz-se essencial o estudo dos elementos nucleares e complementares do suporte fático.

Nem sempre o suporte fático é formado apenas por um fato, ou seja, na maioria das vezes a incidência normativa se dá em um suporte fático complexo, formado por vários fatos.

Dentre os elementos formadores do suporte fático, há aqueles que a norma jurídica reputa essenciais, são os elementos nucleares do suporte fático, ou simplesmente seu núcleo.<sup>47</sup> A ausência de qualquer elemento que integre o núcleo do suporte fático, implica a inexistência do fato jurídico.

Outrossim, na configuração do suporte fático dos atos jurídicos, há de se considerar, além dos elementos nucleares, os elementos complementares do suporte fático, que não fazem parte do núcleo do suporte fático, mas sim o complementam. E sua carência implica a invalidade do ato jurídico.<sup>48</sup>

Como se observa, os elementos nucleares do suporte fático estão ligados à existência do fato jurídico. A falta deles impede a incidência da norma jurídica, e o fato de entrar no mundo jurídico, uma vez que são pressupostos de existência do fato jurídico.

Já os elementos complementares do suporte fático dos atos jurídicos constituem requisitos de validade. Têm suas consequências limitadas aos planos da validade ou eficácia.<sup>49</sup>

#### 1.3.4 Ausência dos elementos do suporte fático

---

Vilanova, pode se tornar fato jurídico. O autor cita o exemplo de negócio jurídico com cláusula-termo. Para o autor, o fato-tempo se está qualificado pela hipótese fática, e produz efeitos, é, então, um fato jurídico (em sentido estrito). E o efeito desse fato jurídico temporal é determinar a eficácia do ato jurídico, fazendo-o começar, ou fazendo-a cessar, se já começaram antes. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 36.

<sup>47</sup> A doutrina ainda subdivide em o núcleo do suporte fático em cerne e elementos completantes (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.)

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 58.

Para que ocorra o fenômeno da juridicização, incida a norma jurídica e haja fato jurídico, é preciso que o suporte fático e necessário exista.<sup>50</sup> Os elementos completantes e o cerne (que somados formam o núcleo do suporte fático) constituem o próprio suporte fático cuja concreção é pressuposto necessário à incidência da norma jurídica. São os elementos de suficiência do suporte fático.<sup>51</sup>

E, por sua vez, os elementos complementares, diferentemente dos elementos nucleares (cerne e elementos completantes), interferem nos planos da validade ou eficácia do ato jurídico. Não são elementos de suficiência, mas de eficiência do suporte fático.<sup>52</sup>

Não se deve confundir elemento completante com elemento complementar ao suporte fático. O primeiro é essencial à formação do suporte fático, ele o completa. E sua ausência impede o fato de se tornar jurídico. Já o segundo é elemento que complementa o suporte fático, e sua ausência se limita aos planos da validade ou eficácia do ato jurídico. É elemento de eficiência do suporte fático.

Ao se reputar o fato jurídico como inexistente, está se afirmando primeiramente que o suporte fático não é suficiente, e a norma jurídica não incidiu, uma vez que esse suporte fático não se completou. Não houve sequer entrada no mundo jurídico.

E, ao se decretar a invalidade do ato jurídico, observa-se que, apesar de suficiente, o suporte fático não é eficiente (é deficiente), pois lhe faltou algum elemento complementar. Faltou ao ato jurídico preencher os requisitos de validade. E, embora imperfeito e inválido (e algumas vezes até ineficaz), a norma jurídica incidiu e juridicizou o ato. Houve a entrada no mundo jurídico.

Para exemplificar as consequências da ausência dos elementos do suporte fático, adotar-se-á a o ato processual *sentença*. O código de processo civil dispõe no seu art. 458<sup>53</sup> que o relatório, os fundamentos e o dispositivo são

---

<sup>50</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 25-26.

<sup>51</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

componentes estruturais necessariamente presentes em uma sentença válida.<sup>54</sup>

No relatório, o magistrado narrará sinteticamente todos os acontecimentos processuais desde a petição inicial até o momento da prolação da sentença. Já na fundamentação, o juiz analisará os fatos e fundamentos jurídicos deduzidos pela parte. E, por fim, no decisório, conforme o próprio art. 458 do CPC dispõe, o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

A ausência do relatório<sup>55</sup> ou da fundamentação podem invalidar a sentença.

Já a parte dispositiva é a que o julgador apresenta o núcleo decisório. É parte essencial para caracterizar o que se entende por sentença. Inexistindo parte dispositiva, inexistente atividade estatal, uma vez que esse elemento é essencial para caracterizar a decisão. Sem a parte dispositiva, ocorrerá a inexistência do próprio ato processual (sentença), em virtude da ausência de atividade jurisdicional.<sup>56</sup>

O núcleo sentencial, o dispositivo, é decisão propriamente dita. Logo, se não há decisão, não há que se falar em sentença. A pretensa sentença (sem dispositivo), não entra no mundo jurídico, uma vez que lhe faltou elemento essencial à configuração do suporte fático. A sentença, portanto, sem dispositivo é uma não sentença, ou sentença inexistente.

Vale aqui mencionar a metáfora de Barbosa Moreira. Para ele o dispositivo é o coração da sentença. Sem ela, a sentença não existe.<sup>57</sup>

---

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 14.

<sup>55</sup> O relatório é dispensável nas sentenças proferidas em sede de juizados especiais conforme lei 9.099/95 “art. 38 A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.”

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 213.

<sup>57</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. In *Temas de direito processual civil: oitava série*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 123.

Pois bem, a partir do que foi dito, e com escólio na teoria do fato jurídico, é possível taxar o relatório e os fundamentos como elementos complementares do suporte fático da sentença. E o dispositivo como integrante do núcleo desta.<sup>58</sup>

#### 1.4 Juricidização: um fenômeno jurídico

##### 1.4.1 Incidência e aplicação da norma jurídica

Incidir e aplicar a norma jurídica não podem ser empregados indistintamente pelo operador do direito. O fenômeno da incidência da norma jurídica difere de sua aplicação.

A incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.<sup>59</sup>

Todos os suportes fáticos suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela sem exceção. A vontade humana é irrelevante contra a incidência da norma jurídica, uma vez que ela se passa pelo plano do pensamento. A incidência da norma jurídica é infalível.<sup>60</sup>

Sempre que ocorrer a hipótese normativa prevista, a norma jurídica incidirá sobre o suporte fático, colori-lo-á, e o transformará em fato jurídico. Esse fenômeno, denominado de juricidização, independe da vontade do homem, é automático. Não há discernimento para incidência da norma jurídica. Em virtude disso, a norma jurídica é infalível e incondicional.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> O plano de existência da sentença será abordado em item próprio.

<sup>59</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.; COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 36.

<sup>61</sup> Neste ponto, apesar do presente estudo adotar a corrente ensinada por Pontes de Miranda, não se pode olvidar a teoria da incidência normativa de Paulo de Barros Carvalho. Para o autor a norma jurídica não incide por força própria. Segundo ele “É importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. Assim normas não incidem por força própria.”

A infalibilidade da norma jurídica é fundamento para aplicação do princípio da inalegalibilidade da *ignorantia iuris*. Expresso no art. 3º<sup>62</sup> da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga lei de introdução ao código civil (Decreto-Lei 4.657/42), tal princípio corrobora a incidência automática das normas jurídicas, e dispõe que ninguém se escusará de cumprir a lei, sob alegação de que não a conhece. A norma jurídica incide independente da aceitação das pessoas. Por isso que ninguém pode alegar desconhecimento da lei para descumpri-la.

Deve-se considerar ainda que o conhecimento do fato por alguém, ou, a potencialidade de prova do fato ocorrido, não dizem respeito propriamente ao problema da incidência (a não ser que o conhecimento mesmo, como fato psicológico, seja elemento do suporte fático da norma), mas sim da aplicação.<sup>63</sup>

Pode-se indagar ainda se a transgressão da norma jurídica implicaria na sua não incidência, desconstruindo tudo o que foi dito acerca da infalibilidade da incidência.

Responde-se que o desrespeito não significa afastar a incidência nem afeta a incondicionalidade da norma jurídica. O cumprimento ou descumprimento da norma jurídica é ato de aplicação, de execução, portanto, posterior em relação à incidência e, naturalmente, dela depende.<sup>64</sup>

Se uma pessoa ultrapassa o sinal vermelho conduzindo um veículo e não é vista pelo agente de trânsito nem tampouco fotografada pelo radar eletrônico, a norma incide infalivelmente, qualificando juridicamente o fato. Mesmo que não venha possivelmente, ou nunca, a ser aplicada nessa situação

---

(CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11); De forma objetiva, Torquato de Castro Jr. expõe os modelos de Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho. (CASTRO JR., 2009. p. 103-107); Também adotando o sentido ponteano da infalibilidade da incidência NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 38.

<sup>62</sup> Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

<sup>63</sup> COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

<sup>64</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

concreta. A incidência nada tem a ver com o conhecimento ou prova da ocorrência do fato jurídico.<sup>65</sup>

O fato do conhecimento entra, por vezes, nos suportes fáticos.<sup>66</sup> Se a lei atribui ao conhecimento de certo fato alguma eficácia, é que esse conhecimento entrou como elemento no suporte fático de algum fato jurídico.<sup>67</sup>

O conhecimento do fato apenas pode impedir a incidência da norma quando compõe o suporte fático desta. É o caso do exemplo já citado da morte. Quando ainda não conhecida, a pessoa não é considerada morta, mas sim ausente.

Merece ser anotada como peculiaridade da incidência da norma jurídica a inesgotabilidade. Sempre que o suporte fático se compuser, incidirá a norma jurídica. A possibilidade da norma jurídica deixar de incidir, apenas ocorrerá quando deixar de ser vigente, caso contrário, sempre que seu suporte fático se tornar concreto e suficiente, ela incidirá.<sup>68</sup> O atributo da inesgotabilidade da norma jurídica obsta a limitação quantitativa da incidência.

É pela incidência, no mundo do pensamento, que se dá a objetivação conceitual, simbólica, do processo de juridificação; é pela aplicação da norma jurídica que incidiu que se dá sua objetivação social na concretude da vida.<sup>69</sup>

Incidência e aplicação da norma jurídica, portanto, não são sinônimos. A incidência sempre ocorre, é infalível, e está no plano do pensamento. Já a aplicação, pode ou não ocorrer.

#### 1.4.2 Concreção do suporte fático

---

<sup>65</sup> COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

<sup>66</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 134

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 154

<sup>68</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

<sup>69</sup> COSTA. *Op. cit.*, p. 53-54.

Ao se tornarem realidade os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos, a norma jurídica infalivelmente incide sobre eles, os colore, e cria os fatos jurídicos.

É pressuposto do fato jurídico, desta forma, a incidência normativa. E para incidir, imprescindível é a reunião materializada de todos os elementos que compõem o suporte fático. É o que já se denominou de suporte fático suficiente.

A suficiência do suporte fático está diretamente ligada à entrada do fato no mundo jurídico. Se não houve a concretização dos fatos previstos pela norma jurídica, não existe fato jurídico, uma vez que o suporte fático é insuficiente.

O suporte fático, no qual a norma jurídica incide, pode ser formado por apenas um fato ou por vários. À composição simples, obviamente, rotula-se de suporte fático simples, e caso seja formado por vários fatos, tem-se o suporte fático complexo.

Pode ocorrer, por sua vez, que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente por lhe faltar algum elemento complementar ou porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito.<sup>70</sup> Neste caso, o suporte fático é deficiente.

A deficiência, como já relatado alhures, diz respeito à validade ou eficácia do fato jurídico.<sup>71</sup> Já a insuficiência está no plano da existência do próprio fato jurídico.

---

<sup>70</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

<sup>71</sup> Alguns fatos jurídicos não passam pelo plano da validade, como é o caso dos atos-fatos e dos fatos jurídicos *strictu sensu*. Uma breve classificação dos fatos jurídicos será apresentada adiante.

## 2 DO FATO JURÍDICO AO ATO PROCESSUAL

### 2.1 Apreensão conceitual do fato jurídico

Há fatos que acontecem no mundo real que não são relevantes para o direito. Todavia, aqueles com os quais o direito se importa são regulados pela ciência jurídica. É mais uma vez corroborada a ideia da existência de dois mundos, um jurídico e outro dos fatos.

Sendo imprescindível para o desenvolvimento de uma sociedade moderna a regulação de condutas, criou o homem a norma jurídica, cuja existência é pressuposto de criação dos fatos do mundo jurídico, os chamados fatos jurídicos.

O que não estiver inserido no mundo jurídico não é fato jurídico e, por conseguinte, não é regulado pelo direito.

Existindo a norma jurídica, esta incidirá sobre o suporte fático, colorindo-o, e transformando-o em fato jurídico. É o fenômeno da juricidade já abordado.

Na literatura sobre o assunto, o maior expoente sobre a teoria do fato jurídico é Pontes de Miranda. O jurista alagoano ensina que fato jurídico é o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica. Assim, o fato que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceitualmente, tenha unidade.<sup>72</sup>

A unidade é característica indispensável ao fato jurídico. Lembre que o suporte fático que formou o fato jurídico pode ser composto por vários fatos, inclusive fatos jurídicos.

---

<sup>72</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 77.; No mesmo sentido MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113.

São fatos jurídicos  $x$ ,  $y$  e  $w$ . A norma  $n$  incidiu sobre eles, os coloriu, e deu origem a um novo fato jurídico  $F$ . Observe que  $x$ ,  $y$  e  $w$  são diferentes de  $F$ , que por sua vez é apenas um fato jurídico e não três.<sup>73</sup>

Não menos importante do que a unicidade do fato jurídico, é saber que o fato jurídico é uma outra coisa, distinta do fato realmente que o antecede logicamente e o consubstancia no mundo dos fatos. É um retrato em que a norma representa, supostamente, uma parte do mundo dos fatos.<sup>74</sup>

Fato jurídico é conceito do mundo jurídico, e deriva da incidência normativa. Já o fato real é conceito não jurídico, pois não está inserido no mundo jurídico, é apenas um símbolo do fato jurídico.

## 2.2 Classificação do fato jurídico

As classificações formuladas pela ciência do direito não podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Na verdade, são úteis ou inúteis, como bem lembra o Prof. José Souto Maior Borges, na medida em que apenas servem para facilitar a compreensão do direito positivo.<sup>75</sup>

Por uma questão de coerência, adota-se a taxonomia elaborada por Pontes de Miranda. O jurista alagoano concluiu que a classificação dos fatos jurídicos deve ser feita de forma a se individualizar as suas espécies levando-se em conta elementos essenciais e distintivos de cada uma delas - que sejam exclusivos e invariáveis. São eles: *a*) a conformidade ou não do fato jurídico com o direito (licitude ou ilicitude); *b*) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Nessa hipótese  $F$  pode ser chamado de fato jurídico complexo, ou seja aquele que consiste na reunião de fatos distintos. (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva. 1985. p. 33)

<sup>74</sup> CASTRO JR., *Op. cit.*, p. 103.

<sup>75</sup> BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 311.

<sup>76</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 184. Adotam esse critério também: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118.; BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual**:

Adotado o modelo taxonômico ponteano, os fatos jurídicos lícitos são classificados em fatos jurídicos *stricto sensu*, ato-fato jurídico e atos jurídicos *lato sensu*, cuja subdivisão engloba os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.

Por sua vez, os fatos jurídicos ilícitos são classificados segundo o seu suporte fático e segundo a sua eficácia. No primeiro grupo, é possível subdividir os fatos ilícitos em absolutos e relativos. E no segundo grupo, dividido segundo a sua eficácia, o fato ilícito é classificado em: a) *ato ilícito indenizativo*; b) *ato ilícito caducificante*; e c) *ato ilícito invalidante*.<sup>77</sup>

## 2.3 Fatos jurídicos lícitos

### 2.3.1 Fatos jurídicos *stricto sensu*

A primeira categoria dos fatos jurídicos lícitos mencionada são os fatos jurídicos *stricto sensu*, qualificados pela composição de seu suporte fático em que apenas figuram fatos da natureza. É o caso da morte<sup>78</sup>, do nascimento, do aluvião.<sup>79</sup>

Poderia se alegar que no nascimento ou na morte, por exemplo, há conduta humana, a concepção e o assassinio respectivamente, e ,portanto, não seria fato jurídico em sentido estrito.

---

**Plano de existência.** *in* Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 448.

<sup>77</sup> Apesar de não ser referida por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, é importante mencionar a categoria de *ato ilícito autorizante*, trazida por Felipe Peixoto Braga Netto, cujo efeito é autorizar o ofendido a praticar ou não determinado ato, o que fica a seu livre-arbítrio - como ocorre com o esbulho possessório que autoriza o desforço imediato, ou com o inadimplemento que dá ensejo à resolução do negócio. (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 106)

<sup>78</sup> A morte das pessoas é fato jurídico em sentido estrito. Todavia a morte que diz respeito a alguém, que cessa de viver, se distingue do homicídio ou assassinato, que se refere ao que mata, e é ato ilícito em sentido estrito. Considere a hipótese de João matar Pedro. A morte deste último é fato jurídico *strictu sensu* em referencia a si próprio. Já em relação a João cometeu um ato ilícito *strictu sensu*. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 191)

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 187.

Pode acontecer que em algumas ocasiões o evento suporte fático do fato jurídico em sentido estrito esteja ligado, indireta ou acidentalmente, a uma conduta do homem. Mas isso não retira, nem da morte nem do nascimento, a característica de ser um fato natural porque houve um ato que lhe deu origem.

O fato jurídico *stricto sensu*, portanto, é o fato lícito, cuja composição do suporte fático apenas figuram fatos da natureza.

### 2.3.2 Ato-fato jurídico

Os atos-fatos são atos praticados pelo homem, independente de sua vontade, ou dos quais não se leva em conta o conteúdo da vontade, aptos ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas.<sup>80</sup> É o exemplo da caça, da pesca, do achado do tesouro.

Embora haja potencialmente vontade para a prática do ato, esta não é levada em consideração para incidir a norma jurídica e juridicizar a conduta humana, transformando-a em ato-fato jurídico.

Os atos-fatos jurídicos dividem-se em reais, indenizativos e caducificantes.<sup>81</sup>

São rotulados de atos reais<sup>82</sup> por serem mais fatos das coisas do que dos homens. Essa subespécie de ato-fato são atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 83.

<sup>81</sup> Pontes de Miranda os classifica como atos reais, a responsabilidade sem culpa e as caducidades sem culpa.

<sup>82</sup> São exemplos de atos-fatos jurídicos o descobrimento do tesouro, a especificação, a ocupação. Mesmo que uma criança, cuja vontade não pode ser expressada, encontre um tesouro em seu quintal a norma jurídica incidirá e haverá o ato-fato real. Apesar da impossibilidade de exarar a vontade do agente, ocorreu a juricidização, na medida em que a vontade não é tomada em consideração nos atos-fatos, mormente nos atos fatos reais.

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 374.

Os atos-fatos indenizativos (ou indenização sem culpa – no jargão ponteano) são aqueles atos não contrários ao direito, que geram o dever e obrigação de indenizar.<sup>84</sup>

E, como última categoria dos atos-fatos, os atos caducificantes são fatos extintivos de direito e pretensões. Realizam-se nas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na extinção de determinados direitos<sup>85</sup>. As caducidades são fatos extintivos, preclusões.<sup>86</sup>

Há, todavia, atos-fatos que não se enquadram nas três categorias acima mencionadas. Apesar da prescindibilidade da vontade do agente para a incidência da norma jurídica (o que os torna atos-fatos), esses atos-fatos não são atos-fatos reais, nem caducificantes tampouco indenizativos sem culpa. É o caso do pagamento e da usucapião.<sup>87</sup>

### 2.3.3 Atos jurídicos *lato sensu*<sup>88</sup>.

Ato jurídico em sentido amplo é o fato jurídico cujo suporte fático preveja como cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.<sup>89</sup>

Observe que no ato jurídico há sempre um movimento de vontade, ao passo que no fato jurídico em sentido estrito esse elemento não existe, pois há

---

<sup>84</sup> É o caso da caça e da pesca permitidos que resultem algum dano são exemplos de atos-fatos indenizativos. O pescador que se utiliza de explosivos para pegar peixes e acaba danificando propriedade ribeirinha.

<sup>85</sup> É o caso, por exemplo, da prescrição. O titular do direito que não o exerce em um determinado tempo pode perder a correspondente pretensão.

<sup>86</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 392.

<sup>87</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

<sup>88</sup> O ato humano ao entrar no mundo jurídico como ato, se torna um ato jurídico em sentido estrito, ou um negócio jurídico ou um ato ilícito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 395)

<sup>89</sup> MELLO. op. cit., 145.

apenas fatos naturais na composição do seu suporte fático.<sup>90</sup> A vontade, portanto, é elemento indispensável para caracterização do ato jurídico.

O ato jurídico *lato sensu* abarca duas espécies, quais sejam, ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico.

#### 2.3.3.1 Ato jurídico *stricto sensu*

Atos jurídicos *stricto sensu* são atos jurídicos que têm como elemento nuclear do suporte fático a manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas e são invariáveis. Em que pese a manifestação de vontade, não cabe às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas.<sup>91</sup>

Vale lembrar que não se está afirmando que a vontade é irrelevante, pois aí seria ato-fato jurídico. A vontade é imprescindível para a caracterização do ato jurídico em sentido estrito, todavia, os efeitos do ato em sentido estrito, são fixados pela norma jurídica.

#### 2.3.3.2 Negócio jurídico

Antes de conceituar propriamente, é salutar anotar que o negócio jurídico não é a manifestação da vontade. Esta, por sua vez, consiste no suporte fático daquele.

Costumava-se confundir o negócio jurídico com a própria manifestação da vontade, que nem no mundo jurídico chega a entrar, pois se trata de suporte fático, conceito pré-jurídico.

Tal distinção é da maior importância, mormente no que tange à pragmática das nulidades. Não se pode anular a manifestação de vontade, haja vista ser suporte fático. Os suportes fáticos, como já mencionado, são

---

<sup>90</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 418. Na versão to texto original o autor não menciona ato jurídico *stricto sensu* ou fato jurídico *stricto sensu*.

<sup>91</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

conceitos pré-jurídicos de cuja nulidade não se pode decretar. O que se anula é o fato jurídico (nesse caso o negócio jurídico) e não o seu suporte fático (a vontade).

Imagine que um indivíduo X manifeste vontade de participar de um jogo ou aposta. Se essa manifestação de vontade foi viciada, se deu através de coação, por exemplo, o que poderá se anular não é a vontade em si, mas sim o contrato de jogo ou aposta. A prestação jurisdicional a se pedir em ação anulatória é a nulidade do contrato de jogo ou aposta, e não a nulidade da declaração da vontade.

Conclui-se essa observação inicial, afirmando-se que o negócio jurídico é o ato humano consistente em manifestação ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica<sup>92</sup>, e não a manifestação em si.

Registrada essa anotação, cabe agora conceituar o negócio jurídico.

O fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente 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 é denominado de negócio jurídico.<sup>93</sup>

Nessa subespécie de ato jurídico é facultada à vontade escolher a categoria negocial do negócio jurídico e, em algumas ocasiões, a estrutura do próprio negócio.

Essa opção vai depender do sistema jurídico em que se estabelecer o conteúdo das relações jurídicas. Caso haja regulação, de forma exauriente, em

---

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 92.

<sup>93</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.; Francisco Amaral assinala que por negócio jurídico deve se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Segundo o autor, tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 351)

caráter cogente, não haverá margem de escolha à vontade, restando apenas a opção da categoria negocial. O exemplo é o casamento.

Por sua vez quando a regulação do conteúdo das relações jurídicas não se operar de forma exaustiva, além da categoria eficaz, à vontade será facultada a seleção da estrutura do próprio negócio jurídico, como é o caso da compra e venda.

Em suma, o campo de atuação da vontade vai depender do ordenamento jurídico. Quando a regulamentação for exauriente, à vontade apenas se limitará a escolha da categoria eficaz. E será facultada, além da categoria eficaz, a preferência da estrutura do próprio negócio jurídico na oportunidade em que inexistir regulamentação exauriente.

Por fim, não se deve confundir o ato jurídico em sentido estrito com o negócio jurídico. Apesar de ambos emanarem de manifestações de vontade, diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos.

Quanto à estrutura, no ato jurídico em sentido estrito há uma manifestação de vontade simples, já no negócio jurídico essa manifestação de vontade é qualificada. Quanto à função, no negócio jurídico, o particular pode se utilizar dele para dispor de seus direitos, já no ato jurídico, não. E, por fim, quanto aos efeitos, no ato jurídico *stricto sensu*, é a própria lei que determina, enquanto no negócio jurídico, os efeitos são determinados pela vontade das partes.<sup>94</sup>

## 2.4 Fatos jurídicos ilícitos

Antes de tecer qualquer consideração acerca da teoria dos fatos ilícitos, é oportuno refletir sobre a própria existência do fato jurídico ilícito. Não estaria fora do mundo jurídico a categoria ilícita?

Não há dúvidas de que o fato ilícito é jurídico, uma vez que tanto o lícito como o ilícito produzem efeitos, devendo ser ambos tratados como fatos jurídicos.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 352.

<sup>95</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 88.

A celeuma se deve à incorreta norma do art. 81 do código civil de 1916<sup>96</sup> que apenas considerava como jurídicos os fatos lícitos. Muito tempo depois, o atual código civil corrigiu o erro, removendo o dito dispositivo do ordenamento jurídico pátrio.

Apontar como ajurídico um fato ilícito é confundir a licitude com a juridicidade. Jurídico tem um sentido que abrange tudo aquilo, e somente aquilo, que, por força da incidência da norma jurídica, entra no mundo jurídico.<sup>97</sup> Ao se classificar, portanto, um fato como jurídico, não está se afirmando que este fato é lícito.<sup>98</sup>

O direito não apenas cuida dos fatos lícitos, acolhendo-os e regulando-os, mas também se importa com os fatos contrários a ele, juridicizando-os, ao invés de, previamente, os repelir e os deixar de fora do seu mundo, que é o mundo jurídico.<sup>99</sup>

O ilícito é categoria jurídica.<sup>100</sup> Não há distinção estrutural entre lícito e ilícito. Ambos são fatos jurídicos, provindos da incidência de uma norma sobre seu suporte fático.<sup>101</sup>

Vale ressaltar, novamente, que o fato ilícito é uma espécie de fato jurídico. O fato contrário ao direito é tão jurígeno quanto o fato jurídico lícito, porque, se não cria um direito para quem o pratica, faz nascer para quem sofre as conseqüências.<sup>102</sup>

A juridicidade, como afirmado anteriormente, não é sinônimo da licitude, razão pela qual deve se considerar jurídico o fato ilícito.

---

<sup>96</sup> Código civil de 1916: “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.”

<sup>97</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121.

<sup>98</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 76.

<sup>99</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 202.

<sup>100</sup> Para Felipe Braga Netto, não há ramo do direito que possa prescindir das espécies ilícitas, nem um ordenamento jurídico que juridicize apenas atos lícitos. (BRAGA NETTO, 2003. p. 42.)

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 62

<sup>102</sup> MELLO. *Op. cit.*, p. 122.

Solucionada a celeuma acerca da juridicidade do fato ilícito, cabe agora conceituar como ilícito todo fato, conduta ou evento, contrário ao direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (de praticar ato ilícito).<sup>103</sup>

É imperioso deixar claro que o dano não é pressuposto do ilícito. Ou seja, é possível existir o fato contrário ao direito sem que necessariamente haja dano a outrem.

A ocorrência do dano é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito, pois esse último pode, ou não, gerá-lo. O fato de uma transgressão não ter produzido dano não permite que o direito possa deixá-la de lado, como se não mais importasse ou tivesse significação.<sup>104</sup>

O jurídico difere do lícito assim como o dano difere do ilícito. O dano não é suporte fático do fato ilícito, diferente da conduta contrária ao direito e da imputabilidade a alguém com capacidade delitual.<sup>105</sup>

Para caracterizar o fato como ilícito, é imprescindível não apenas a contrariedade ao direito, mas, sobretudo, a imputabilidade do fato a alguém com capacidade delitual.

A simples contrariedade ao direito, como acima mencionado, por si só, não configura fato ilícito, na medida em que a imputabilidade do fato a alguém também faz parte do suporte fático da ilicitude.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> *Idem.* p. 238.

<sup>104</sup> “Associar ato contrário ao direito, dano e dinheiro não significa somente negar a tutela inibitória, mas, sobretudo, não perceber que o dever de reparar não pode se confundir com as formas de reparação, e que há atos contrários ao direito que, ainda que não produzindo danos, não podem deixar de ser sancionados pelo processo civil.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 53-54.)

<sup>105</sup> Em virtude do fato ilícito prescindir da ocorrência do dano, discorda-se do pensamento de Orlando Gomes. Para o autor ato ilícito se constitui na ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem. (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 518)

<sup>106</sup> É possível que ocorra um fato que a regra jurídica A preveja como ilícito, e ao mesmo tempo a regra jurídica B, especial, menciona que não há ilicitude porque não há contrariedade ao direito, mesmo que cause dano a outrem. Pontes de Miranda os rotula de pré-exclusão da contrariedade ao direito, cujas principais espécies são: a) legítima defesa, b) exercício regular do direito, c) estado de necessidade, d) justiça de mão própria e e) consentimento. (PONTES

E já na ilicitude a pessoa a quem o fato ilícito esteja vinculado (ou que tenha praticado o ato) deve ser imputável (ter capacidade delitual) sob pena de não se ter por suficiente o suporte fático do fato ilícito, ou seja, da não entrada no mundo jurídico.

O ato, então, praticado por incapaz, embora contrário ao direito, na medida em que atinge a esfera jurídica alheia sem autorização do seu titular ou permissivo das normas jurídicas, não é ilícito.<sup>107</sup>

Por fim, resta mencionar a classificação dos fatos ilícitos cuja análise pode ser feita segundo o suporte fático (aqui se enquadram os ilícitos absoluto e relativo), e quanto a sua eficácia (a classificação engloba o ato ilícito indenizativo, o ilícito caducificante e o invalidante.)<sup>108</sup>

É absoluto o ilícito quando entre o agente e o ofendido não há relação jurídica, ou quando existe relação jurídica de direito universal. Exemplo: um sujeito agride fisicamente o outro.

Há ilícito relativo quando o agente e o ofendido tem uma relação jurídica de direito relativo, na qual o sujeito passivo é determinado. O inadimplemento contratual, por exemplo.

Referidos os ilícitos quanto ao suporte fático, impende no momento apontar, ao menos que suscintamente, dos ilícitos quanto a sua eficácia.

O ato ilícito indenizativo ocorre quando seu efeito consiste na criação do dever de indenizar os danos causados. O ato ilícito caducificante é aquele cuja eficácia resulta na perda de um direito. E o ato ilícito invalidante, ao se realizar, como o próprio nome já induz, acarreta invalidade.

## 2.5 Fato jurídico processual

Uma eventual inquietação passível de existir é se há possibilidade de aplicação da teoria do fato jurídico proposta por Pontes de Miranda e

---

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II. p. 271 e ss.)

<sup>107</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229.

<sup>108</sup> Vale destacar o ilícito autorizante, classificação de Felipe Braga Netto (BRAGA NETTO, 2003. 106)

desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello ao direito processual, ou seja, do desenvolvimento da teoria do fato jurídico processual.

Concorda-se que é viável, sim, defender e desenvolver uma teoria do fato jurídico processual. Com efeito, deve-se atentar para as peculiaridades do formato do ato jurídico processual, continente de características próprias que poderiam apartar ou particularizar seu tratamento na teoria geral.<sup>109</sup>

A teoria do fato jurídico, para ser aplicada, deve ser adaptada ao direito processual, sob pena de serem transportados, indevidamente, para o ramo processual sistemáticas do direito privado (como é o caso da teoria das invalidades – no direito civil o ato nulo não produz efeitos, já o ato processual nulo produz efeitos até a decretação de sua nulidade).

Não é a finalidade deste estudo mergulhar profundamente na teoria do fato jurídico processual. Todavia, entendê-la é imprescindível para a compreensão das invalidades processuais, e também primordial para adentrar no campo das inexistências processuais.

Verificado então que é admissível a elaboração de uma teoria do fato jurídico processual, resta, no momento, tratar da classificação dos fatos jurídicos processuais.

Há entendimento de que os atos processuais seriam apenas aqueles praticados pelos sujeitos do processo, não abrangendo sequer os atos de terceiros, tais como perito, testemunha, oficial de justiça.<sup>110</sup> E também os que defendem que o ato processual contém em si mesmo a sua única definição possível, que é *ato do processo*, atribuindo à sede especial relevo.<sup>111</sup>

Não é viável classificar o ato processual em vista aos sujeitos processuais, uma vez que se excluiriam aí um sem números de atos

---

<sup>109</sup> Antonio do Passo Cabral faz ressalva de que não se deve tratar o ato processual do ato jurídico não processual indistintamente. O autor, que adentra no campo das nulidades processuais, menciona importantes diferenças entre o ramo privado (do direito civil) e o processual. O ato nulo, tomado como exemplo, no direito civil, não produz efeitos, já o ato processual nulo, produz efeitos até a decretação de sua invalidade. (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.24-25)

<sup>110</sup> É o caso de CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. Vol I. p. 222.

<sup>111</sup> É o caso de SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 228.

processuais praticados por quem não é parte no processo, como é o caso do depoimento da testemunha, da entrega do laudo pericial, da realização da penhora pelo oficial de justiça. Igualmente, não é prudente conferir à *sede* tal importância, pois será visto que há atos processuais praticados fora dela.

Já foi aludido alhures que a classificação do fato jurídico pode ser elaborada de diversas formas. O desenvolvimento seguirá a proposta de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, com as devidas adaptações ao fato jurídico processual.<sup>112</sup>

Desta feita, os fatos jurídicos processuais são classificados em conforme o direito: os fatos jurídicos processuais lícitos; e os contrários ao direito: os fatos jurídicos processuais ilícitos.

Abrangendo as espécies lícitas estão: a) os fatos jurídicos processuais em *stricto sensu*; b) os atos-fatos processuais; c) os atos jurídicos processuais *stricto sensu*; e d) os negócios jurídicos processuais.

E por fim, as espécies ilícitas, quais sejam: a) caducificante; b) indenizativo; c) invalidante; e d) autorizante.

### 2.5.1 Ligação do fato jurídico processual ao processo

Antes de adentrar na classificação do fato jurídico processual, é importante esclarecer que só haverá o fato processual se houver processo.

Note que não se está afirmando que o fato processual é aquele praticado dentro do processo. Alegação já combatida no item anterior.

O que ora se explica é o marco temporal para se falar sobre fato jurídico processual. Ou: a partir de que momento se pode assegurar que as normas jurídicas processuais irão incidir sobre determinado fato e o juridicizar.

Só será possível afirmar que tal fato sofreu incidência de uma norma processual se houver processo que lhe anteceda ou lhe seja concomitante.

---

<sup>112</sup> Classificação de Fredie Didier Jr (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 238.)

Não se pode falar de citação, desistência do ato postulatório, preclusão<sup>113</sup>, nem qualquer ato processual sem a existência de um processo.

Qual a razão de ser de tal conclusão?

Da mesma forma que os fatos jurídicos estão sempre ligados a alguém, os fatos jurídicos processuais deverão sempre estar ligados a um processo.<sup>114</sup>

E não haveria motivos para se pensar de forma diferente. Não é do interesse do direito processual saber que Tício faleceu deixando dois filhos. Já se a morte se deu após a existência do processo, a norma processual incidirá e fará da morte um fato jurídico processual em sentido estrito capaz de suspender ou extinguir o processo.

É importante, outrossim, concluir que só haverá ato ou fato processual a partir da existência do processo. O fato até poderá ser jurídico, mas não processual se não estiver ligado a um processo pelo menos.

## 2.5.2 Fatos jurídicos processuais: lícitos

Antes propriamente de esmiuçar cada ramo da classificação do fato jurídico processual, é importante ressaltar uma controvérsia doutrinária acerca da existência ou não do fato jurídico processual em sentido estrito, ou seja, se realmente há um fato natural capaz de produzir efeitos processual.

Para Calmon de Passos não há fatos processuais, mas apenas atos, na medida em que não há atos processuais praticados fora do processo. O processualista baiano defende que só a atividade desenvolvida no processo pode consubstanciar-se em atos processuais que se colocam sob disciplina comum aos atos processuais. O jurista tem como impossível a processualidade de um ato extraprocessual.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> A preclusão pode ser tanto fato como efeito jurídico. Vide DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 169

<sup>114</sup> Afirma Pontes de Miranda que os fatos juridicizáveis, estão, sempre, ligados a alguma pessoa. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 24.

<sup>115</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 50-53.;

De acordo com o entendimento supra, os atos processuais seriam atos do processo, devendo necessariamente ser praticados pelo homem.

Em que pese o referido posicionamento, o presente trabalho admite a existência, sim, de fatos jurídicos processuais em sentido estrito, não reputando apenas processuais os atos praticados dentro do processo.

O que ora se defende é que nem todo fato processual é praticado pelo homem, além do que a norma processual regula condutas extraprocessuais, ou seja, de fatos ocorridos fora do processo, mas que são considerados processuais.

Diferente é a opinião de Carnelutti, para quem a processualidade do ato não se deve ao seu cumprimento no processo, mas a seu valor para o processo. Aceita o jurista italiano o fato extraprocessual, e por sua vez, a existência de fatos processuais *stricto sensu*.<sup>116</sup>

Em obra específica sobre o tema dos fatos jurídicos processuais, Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira admitem a processualidade dos fatos naturais.<sup>117</sup>

Egas Dirceu Moniz de Aragão, também em linha diversa ao pensamento de Calmon de Passos, admite a existência de fatos processuais. Para ele, se se tomar em consideração a locução direitos processuais em sentido lato, abrangendo poderes, ônus e faculdades, ter-se-á de aprovar que sobre eles influem não apenas os atos das partes, mas também os fatos processuais. A morte, por exemplo, pode implicar modificação ou extinção de situações processuais.<sup>118</sup>

Nelson Nery e Rosa Nery corroboram com a existência de fatos processuais em sentido estrito, uma vez que os fatos processuais que interessam ao direito podem não proceder de acordo com a vontade dos

---

<sup>116</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. 5ª Ed. Campinas: Servanda, 1999, vol. I. p. 477-478.

<sup>117</sup> Obra de leitura obrigatória acerca dos fatos jurídicos processuais DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 39.

<sup>118</sup> ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 25.

sujeitos da relação processual.<sup>119</sup> Segue também a mesma linha de pensamento Eduardo J. Couture, admitindo o autor a existência de fatos processuais em sentido estrito.<sup>120</sup>

Por tudo o que se estudou até o momento, seria um contra-senso negar a existência do fato jurídico processual em sentido estrito, aceitando apenas os atos processuais, ou atos praticados no processo.

A regulação da norma processual não se limita aos fatos intraprocessuais, nem é exclusiva dos atos humanos. Há, certamente, incidência da norma processual em fatos naturais, como a morte, cuja ocorrência pode ocasionar até mesmo a suspensão do processo.

Cuida, outrossim, o direito processual, da chuva forte que provoca enchente e impossibilita a prática do ato processual pela parte, a qual posteriormente prova a justa causa e tem o prazo devolvido. (art. 183 do CPC) Regula, inclusive, o direito processual, a os efeitos no processo decorrentes da calamidade pública (art. 182 do CPC).

Então, a norma processual não apenas juridiciza os atos humanos praticados no processo, mas incide, sobretudo, nos fatos naturais ocorridos fora do processo.

Verificado que são admissíveis os fatos extraprocessuais, não apenas os atos humanos, conceitua-se o fato jurídico processual *stricto sensu* como o acontecimento natural ou animal, que sofrendo a incidência da norma processual, está apto a produzir efeitos no processo.<sup>121</sup>

Advirta-se que, nem sempre, o fato jurídico processual (tanto em sentido lato como em sentido estrito) produz inexoravelmente efeitos no processo, uma vez que o plano da existência e o plano da eficácia não são necessariamente

---

<sup>119</sup> A morte de uma das partes é fato que independe da vontade dos sujeitos da relação processual, mas produz nela efeitos importantes, obrigando o juiz e as partes à prática de providências necessárias (art. 265, §§ 1º e 2º) (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: RT. 2006. p. 369.)

<sup>120</sup> COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 110.

<sup>121</sup> Nesse mesmo sentido BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: Plano de existência**. in Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 462.

coexistentes. Adiante será abordada, em tópico específico, a noção dos planos do mundo jurídico.

Em virtude da diferença dos planos da existência e da eficácia do mundo jurídico, discorda-se da corrente doutrinária que define o fato processual como todo acontecimento natural com influência sobre o processo, e ato processual toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo.<sup>122</sup>

Afirmar que todo ato processual produz efeito é ignorar a causalidade jurídica do que é *ser* do que é do *dever ser*, e atribuir às normas jurídicas a característica da causalidade das leis naturais, além de baralhar os planos de existência e eficácia.

O fato jurídico (processual) não é aquele que produz obrigatoriamente efeitos, mas aquele que está apto a produzir. Segundo Lourival Vilanova, a relação de causalidade jurídica implica em um *dever-ser*. Assim ocorrendo a juridicização de certo fato jurídico, poderá (e não gerará) então gerar os efeitos previstos pela norma jurídica.<sup>123</sup>

Nem sempre o fato jurídico processual produz efeitos jurídicos<sup>124</sup>. Exemplifica-se.

Imagine um recurso de apelação interposto de forma flagrantemente intempestiva. O atual entendimento do STJ é que não há efeito obstativo do recurso interposto contra decisão flagrantemente intempestiva.<sup>125</sup> Nesse caso, o ato existiu (a interposição do recurso), mas foi ineficaz.

---

<sup>122</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual Civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 246.; Para Calmon de Passos somente são atos processuais aqueles que produzem, no processo, efeitos processuais. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53.); Não se pode olvidar a lição do professor Marcos Bernardes de Mello, com a qual se concorda, que o ato ineficaz é aquele que não produz efeitos próprios. O tema será tratado no item sobre o plano de eficácia.

<sup>123</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 31.

<sup>124</sup> Como ensina Kelsen: “Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. (Trad. João Baptista Machado). 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 87.)

<sup>125</sup> “2. O cerne da questão reside em se determinar o termo a quo da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória quando interposto recurso notoriamente

Dessa forma, observa-se que a produção de efeitos não é automática. Pode ser que o fato exista, mas não produza nenhum efeito, como é o caso do recurso interposto muito além do prazo. Entendimento esse já sedimentado pelo STJ.<sup>126</sup>

Ultrapassada a análise do fato jurídico em sentido estrito, chega o momento de discorrer acerca dos atos processuais. Na medida em que os fatos jurídicos processuais sejam conseqüência de uma intervenção humana, adquirem o caráter de atos processuais.<sup>127</sup>

Com efeito, o ato processual em sentido estrito é todo aquele comportamento humano volitivo que, considerado pelo direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação processual.

Da mesma forma que os atos jurídicos *stricto sensu*, a vontade nos atos jurídicos processuais recai em categorias predefinidas cujos efeitos são previamente estabelecidos pela lei. Não há possibilidade de escolha da categoria eficaz em que se quer enquadrar o ato.

A citação, intimação, juntada de documentos, são exemplos de atos jurídicos processuais em sentido estrito.<sup>128</sup>

Já o ato-fato processual é o ato humano que independe da vontade, ou seja, a volitividade ou não do ato é irrelevante para classificá-lo.

---

intempestivo em face da decisão rescindenda.

3. Situações existem em que o eventual não-conhecimento do recurso não é facilmente deduzível, o que poderia decorrer em prejuízo muitas vezes insanável para a parte, ante a dificuldade de atuação do patrono da causa. Com efeito, supondo-se que o exame do recurso se prolongue por mais de dois anos, criar-se-ia a possibilidade de que, ao ser declarado o seu não-conhecimento, já se tenha exaurido o biênio ensejador do juízo rescisório. Portanto, para que seja evitada essa conseqüência indesejada, tem-se que o trânsito em julgado a ser observado deve mesmo ser o da derradeira decisão, que examinará eventual recurso que esteja pendente.

4. Excepciona-se dessa regra, tão-somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre.” (STJ, Resp 770-335.RS, Min. José Delgado, DJ 26.09.2005)

<sup>126</sup> Nesse sentido JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: RT. 2007. p. 54 e ss.

<sup>127</sup> COUTURE, 1946. p. 110.

<sup>128</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 267.

Há os atos-fatos processuais consistentes nos atos produzidos pelo homem não se levando em consideração a vontade, e que podem produzir efeitos no processo.

Trata-se de quase um fato produzido pelo homem que está apto a produzir efeitos processuais. E são divididos em reais (ou materiais) - são os fatos irremovíveis, tais como: o comparecimento em audiência; o pagamento do preparo da apelação; os indenizativos – derivam da responsabilidade de indenizar independente de culpa, é o caso da revogação da antecipação de tutela que causou prejuízo à parte; e, por fim, os caducificantes – essa subespécie de ato-fato processual caracterizada pela contumácia da parte e a conseqüente extinção de um direito, por exemplo, a perda de um prazo recursal.<sup>129</sup>

E, por último, o negócio jurídico processual,<sup>130</sup> cujo tema é bastante controverso na doutrina. Vozes de grande quilate no direito processual não admitem a existência do chamado negócio jurídico processual, como Daniel Mitidiero,<sup>131</sup> Cândido Rangel Dinamarco,<sup>132</sup> José Roberto dos Santos Bedaque,<sup>133</sup> Alexandre Marder.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Idem. Também nesse sentido, Paula Sarno Braga, p. 465.

<sup>130</sup> Verificar LIMA, Bernardo Silva. **Sobre o negócio jurídico processual.** in Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119 e ss; e também BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico.** in Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 466.

<sup>131</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Memória jurídica, 2005. Tomo II. p. 15.

<sup>132</sup> Não aceita, outrossim, a categoria de negócio jurídico processual, Dinamarco. Para o jurista, pois, a vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos e atos processuais não tem essa qualificação (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, Vol. II. p. 474.)

<sup>133</sup> Para o autor os atos processuais estão na categoria dos atos jurídicos em sentido estrito. Embora imprescindível a manifestação de vontade para praticá-los, o resultado é previamente imposto pelo legislador, e não determinado pela parte. Assim desconsidera a categoria negócio jurídico processual. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 424

<sup>134</sup> Não admite o autor a existência da categoria negócio jurídico processual, na medida em que na seara processual as manifestações de vontade têm conseqüências já exaustivamente

Pelas premissas defendidas até aqui, não se poderia tomar outro caminho, sob pena de incoerência, senão aceitar a categoria de negócio jurídico processual, e acolher a ideia dos juristas que também a admitem. Dentre eles Nelson Nery Jr,<sup>135</sup> Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira,<sup>136</sup> Paula Sarno Braga,<sup>137</sup> José Carlos Barbosa Moreira,<sup>138</sup> dentre outros.<sup>139</sup>

No momento, é oportuno lembrar que o negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico. O elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente 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 o qual é denominado de negócio jurídico.<sup>140</sup>

Adaptando o conceito para a teoria do fato jurídico processual, constata-se que o negócio jurídico processual é o ato processual que faculta ao sujeito,

---

previstas em lei. MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

<sup>135</sup> Nery & Nery consideram a existência da categoria de negócio jurídico procesual citando exemplos como a desistência da ação, a transação em juízo. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: RT. 2006. p. 370.

<sup>136</sup> DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 58.

<sup>137</sup> BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico**. in Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>138</sup> Barbosa Moreira chama a atenção que a expressão 'contrato processual' não seria bem empregada, sendo melhor a utilização do termo 'convenção processual'. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 89.

<sup>139</sup> Defende o autor, implicitamente a existência de negócios jurídicos processuais. VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 2ª ed. Curitiba: Juará, 2010.

<sup>140</sup> MELLO, 2010. p. 115.; Francisco Amaral assinala que por negócio jurídico deve se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Segundo o autor, tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 351)

através da vontade manifestada, a escolha da categoria jurídica e, eventualmente, a estruturação do conteúdo eficaz desse ato processual.

Os efeitos no negócio jurídico processual se relacionam imediatamente com a vontade da parte.<sup>141</sup>

Se a categoria do ato processual já for predeterminada pela lei, então está se falando de ato processual *stricto sensu*. Todavia, se a categoria eficaz for escolhida pela vontade das partes, aí se trata de negócio jurídico processual.

A linha divisória, a qual separa o ato processual *stricto sensu* do negócio jurídico processual, é tênue e, muitas vezes, na prática difícil de se enxergar. Para verificar, outrossim, à qual categoria pertence o ato processual deve-se observar a presença da vontade nos planos da existência ou eficácia. Se presente unicamente no plano da existência, será um ato jurídico *stricto sensu*. Se, entretanto, a vontade se fizer presente na eficácia do ato, certamente se tratará de um negócio jurídico processual.<sup>142</sup>

Consumado o ato processual, se o sujeito que o praticou puder escolher a categoria eficaz será um negócio jurídico processual. É o caso, por exemplo, da petição inicial, cuja natureza é de negócio jurídico processual.

Na execução de alimentos, por exemplo, pode o credor, ao elaborar a petição inicial, optar entre o meio executório da expropriação patrimonial ou a coerção indireta (coação pessoal – prisão civil) conforme dispõem os arts. 733 e 732 do CPC respectivamente.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 78.

<sup>142</sup> LIMA, Bernardo Silva. **Sobre o negócio jurídico processual**. in Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010 p. 119.

<sup>143</sup> Impende consignar ao se estudar a execução de alimentos a gradação de prioridade no uso dos meios executivos estatuídos pelos artigos 16 a 18 da Lei nº 5.478/1968, além da opção (ao credor) de escolha do procedimento através dos já citados dispositivos, quais sejam os arts. 733 e 732 do CPC. Primeiro deverá ser observado o desconto em folha, em seguida a expropriação (de alugueis ou de outros rendimento), e por último, indiferentemente, a expropriação de quaisquer bens ou a coação indireta. (Ver mais amplamente ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo: 2010, Revista dos Tribunais. p. 1032-1033. Cf. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil**. 2ª ed. Salvador: 2010, Juspodivm. p. 694.)

A vontade também é determinante na delimitação da causa de pedir, pois impede que o juiz conheça matéria estranha daquilo que foi delimitado pelo autor.

Dessa forma, não há como negar à categoria de negócio jurídico de certos atos processuais, tal como a petição inicial.

### 2.5.3 Atos jurídicos processuais: ilícitos

Assim como o processo regula as condutas que estão em conformidade com o direito, inegável é que também regule condutas contrárias ao direito. Neste arcabouço se encontram os fatos ilícitos.<sup>144</sup>

Novamente deve ser modelada para o direito processual a classificação trazida no que tange aos atos ilícitos. Deve ser lembrada a linha ponteano, desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello, bem como a ampliação da classificação adequada por Felipe Braga Netto.<sup>145</sup>

De acordo com o entendimento, acima citado, os ilícitos processuais consistem em: indenizativos,<sup>146</sup> caducificantes,<sup>147</sup> invalidantes<sup>148</sup> e os autorizantes.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Para Carnelutti onde quer que exista, então uma obrigação processual, pode existir um ilícito processual. Cita o jurista italiano o exemplo do falso testemunho, e a sentença dolosa do juiz. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. 5ª Ed. Campinas: Servanda, 1999, vol. I. p. 485.

<sup>145</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.. p. 106 e ss.

<sup>146</sup> Como a litigância de má-fé (arts. 14 a 16 do CPC), ato atentatório à dignidade da jurisdição (art. 600 do CPC)

<sup>147</sup> - como no caso do atentado, que pode resultar na proibição do sujeito de falar nos autos enquanto não purgar os efeitos do ilícito. (CPC art. 881).

<sup>148</sup> como a não-intervenção do Ministério Público, mesmo havendo interesse público envolvido na causa (desrespeito ao formalismo processual), ou a prática de atos processuais por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (incapacidade postulatória), decisão proferida por juiz absolutamente incompetente ou impedido.

<sup>149</sup> como é a conduta do devedor executado de impedir a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas

### 3 UMA ANÁLISE SOBRE OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

#### 3.1 Considerações gerais

Como já fora dito alhures, sabe-se que a vida é uma sucessão permanente de fatos,<sup>150</sup> desde o nascimento até a morte. É evidente, porém, que nem todos os fatos têm para a vida humana em sociedade o mesmo valor, a mesma intensidade.

Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posições do homem diante de outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Em verdade, somente o fato que esteja regulado por norma jurídica, pode ser considerado um fato jurídico.<sup>151</sup>

O estudo do fato jurídico pode ser feito em três planos, quais sejam: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Essa divisão do mundo jurídico é atribuída a Pontes de Miranda.

A análise do fato jurídico em três planos distintos não apenas tem importância teórica, mas é vital para questões de ordem pragmática. Saber qual meio de impugnação a determinado ato (se inexistente ou nulo por exemplo), passa pelo prévio conhecimento do plano da existência e da validade.

O fato jurídico pode se enquadrar como: *a)* inexistente, aí seria um *não-fato*, *b)* existente, válido e eficaz, *c)* existente, inválido e eficaz, *d)* existente, válido e ineficaz, *e)* existente, inválido e ineficaz *f)* existente e ineficaz e *g)* existente e eficaz.

#### 3.2 Plano da existência

---

<sup>150</sup> Lourival Vilanova menciona os fatos-conduta, fatos-evento e fatos sociais e naturais. VILANOVA, p. 15, 21.

<sup>151</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

A existência é o plano que deve, necessariamente anteceder, ao estudo dos planos da validade e da eficácia. Para saber se o ato é válido ou eficaz, deve-se ter a certeza, antes de mais nada, que ele existe.

Já foi afirmado neste estudo que é pressuposto do fato jurídico a suficiência do seu suporte fático, a qual está diretamente ligada à entrada do fato no mundo jurídico. Se não houve a concretização dos fatos previstos pela norma jurídica, não existe fato jurídico, uma vez que o suporte fático seria insuficiente.

Vale lembrar que a ausência de qualquer elemento que integre o núcleo do suporte fático, implica a inexistência do fato jurídico.<sup>152</sup> A falta deles impede a incidência da norma jurídica, e o fato de entrar no mundo jurídico, uma vez que são pressupostos do fato jurídico.

O plano da existência, portanto, está diretamente ligado à suficiência ou não do suporte fático. E é neste plano (da existência) que os pressupostos processuais estão ligados.<sup>153</sup>

A confusão entre os planos de existência e validade não é de hoje. Sabe-se que no Direito romano a inobservância das regras processuais mais importantes e, em casos excepcionais, o próprio *error in iudicando* não precisavam ser denunciados nem através recurso, muito menos por ação autônoma. Determinava-se pura e simplesmente a inexistência jurídica da decisão. A expressão *nulla sententia* continha o significado de nenhuma sentença.<sup>154</sup>

A confusão entre os conceitos de inexistência, validade e até mesmo eficácia tem perdurado até os dias atuais com juristas do mais alto quilate tratando como sinônimas as expressões.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

<sup>153</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 68.

<sup>154</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 101.

<sup>155</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 404.

Inclusive o próprio legislador chegou a baralhar os planos do mundo jurídico ao regular a ausência de procuração mencionada no parágrafo único do art. 37 do CPC, o qual disciplina que os atos não ratificados serão havidos por inexistente. A hipótese merece análise em item próprio, e será tratada adiante.

Um importante registro que deve ser feito é que o plano de existência não pode ser relativizado.

A afirmação merece um esclarecimento.

Quando se afirma 'o plano de existência não pode ser relativizado' está se afirmando que se um fato é jurídico (existe juridicamente – o suporte fático foi suficiente) para Tício, ele não pode ser juridicamente inexistente para Caio.<sup>156</sup> O fato é ou não é jurídico. Está ou não está no mundo jurídico. Não pode ser e não ser ao mesmo tempo, pois seria um paradoxo.

Esse argumento da não relativização do mundo jurídico vai de encontro à tese formulada por muitos juristas no que tange à falta de citação no processo implicar a inexistência da sentença e até mesmo do processo.<sup>157</sup>

É afirmado por alguns,<sup>158</sup> que se não há citação válida o processo pode existir para o autor, mas não existe para o réu.

Não pode o processo ser existente para o autor, e inexistente para o réu.<sup>159</sup> Não seria lógico. O fato jurídico é e pronto. Não pode *ser e não ser* ao mesmo tempo.

---

<sup>156</sup> A hipótese considera que Tício e Caio sofrem incidência do mesmo ordenamento jurídico. Uma vez que podem conviver em sociedades diversas, cujo ordenamento jurídico seja diferente. Assim poderia o ordenamento ao qual Caio é vinculado considerar ser fato jurídico o adultério, e já o ordenamento jurídico ao qual Tício é vinculado não reputar o adultério como fato jurídico, ser apenas um fato social relevante. Para uma análise mais profunda das ordens jurídicas diversas verificar a obra do jurista Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Marins Fontes. 2009. *passim*.)

<sup>157</sup> Como é o caso de TALAMINI, Eduardo. **Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil** in Revista dialética de direito processual. n. 29. São Paulo: Dialética, 2005. p. 56.

<sup>158</sup> É o caso de Teresa Wambier. A autora também defende o processo inexistente por falta de citação válida WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6ª ed. São Paulo: 2007. *passim*.

Assim como a (in)existência do ato sem procuração, a repercussão que o ato citatório pode causar no processo será tratada em item próprio, além de outra hipóteses interessantes e que a doutrina desliza nos conceitos.

É imprescindível ao jurista que se preze o estudo do fato jurídico no plano da existência. A categoria do inexistente é ineliminável, porque o mundo jurídico não abrange todo o mundo fático, nem se identifica com ele.

E não se pode dizer que o conceito do inexistente seja inútil: é do interesse do nadador saber onde acaba a piscina.<sup>160</sup>

### 3.3 Plano da validade

Para verificar o fato jurídico no plano da validade, é imprescindível que seja antecedida uma análise ao plano da existência. Não se pode verificar se o fato jurídico é válido ou inválido se ele não existe. Para ser válido ou inválido é preciso antes de mais nada que ele *exista*.<sup>161</sup>

Ensina Pontes de Miranda que para algo valer é preciso que exista antes. Não tem sentido falar-se de validade ou invalidade a respeito do que não existe. Reitera-se o ponto da questão da existência ser uma questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade.<sup>162</sup>

Não se pode olvidar que nem sobre tudo que existe é suscetível de a seu respeito, discutir se vale ou se não vale. Não se há de afirmar a invalidade

---

<sup>159</sup> Para Donaldo Armelin é caso de inexistência jurídica. Discorda-se de tal posição. ARMELIN, Donaldo. **Flexibilização da coisa julgada** in Relativização da coisa julgada (Coord. DIDIER JR., Fredie). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 131.

<sup>160</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 20.

<sup>161</sup> Interessante as considerações a respeito do plano da validade, feitas por Beclaute Silva, que cedeu gentilmente seu texto. Para ele, falar de plano da validade é uma tautologia, pois este se confundiria com o plano da existência dos atos jurídicos lícitos. Põe em xeque o autor o plano da validade. SILVA, Beclaute Oliveira. **A (in)consistência do plano da validade na concepção Pontiana – Ato jurídico inválido: argumento ou artifício**. In: Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 35. p. 16.

<sup>162</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 6.

ou validade do nascimento, da morte ou do pagamento. Os conceitos de validade e invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram no mundo jurídico e se tornaram assim atos jurídicos.<sup>163</sup>

O campo da validade é restrito aos atos cujo elemento nuclear do suporte fático é constituído pela vontade.<sup>164</sup> Não é correta a análise, por exemplo, acerca da validade ou invalidade de um fato jurídico *stricto sensu*, como a morte, pois não há o elemento vontade na constituição de seu suporte fático. É por isso que, infelizmente, não se pode invalidá-la.

Utilizando o mesmo raciocínio, não há de se invalidar a caça, a pesca, o achado do tesouro nem a usucapião, pois são atos-fatos jurídicos. E como fora dito, embora praticados pelo homem, entram no mundo jurídico como avolitivos.

Se o ato inexistente é aquele cujo suporte fático é insuficiente, o ato inválido, por sua vez, é aquele cujo suporte fático é deficiente. Neste último os elementos complementares do suporte fático não foram preenchidos.

A formação do suporte fático pode ser deficiente, ou seja, viciada. Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, ou seja, não há qualquer deficiência.<sup>165</sup> Não se pode olvidar, que só se verifica a questão da validade do ato jurídico quando este já estiver galgado o plano da existência.

Ao tratar do plano da validade uma importante consideração deve ser feita. A invalidade do ato é sempre originária. Não há invalidade superveniente.<sup>166</sup> O que pode sobrevir é a ineficácia, que é falta de efeito.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 6.

<sup>164</sup> MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 28.; CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 72.

<sup>165</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4

<sup>166</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói. 1970. Tomo IV. p. 222.; Nesse sentido ver também DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 17

<sup>167</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. Tomo IV. p. 35.

A (in)validade do ato está necessariamente ligada ao seu ao momento inicial do ato, momento que determina o nascimento da relação a que ele se refere. Toda questão sobre a (in)validade de um ato diz respeito ao momento inicial em que é emanado. A validade é qualidade imanente à gênese do ato.<sup>168</sup>

Vale aqui o registro do professor alagoano Marcos Bernardes de Melo, que considera válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos não tem qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Para o doutrinador validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição.<sup>169</sup>

Em relação ao ato jurídico a doutrina costuma mencionar defeitos mais graves e outros não tão relevantes. É bom deixar claro que não é o foco do presente estudo a tentativa de escalonar os graus de invalidade (se é que há) dos atos jurídicos, tampouco dos atos jurídicos processuais.

Pois bem. Apesar de incomum, não são raros os textos em que há confusão, ao mencionar os graus de invalidade, entre os planos de existência e validade. Afirmações como ‘o vício é tão grave que chega a ser inexistente o ato’<sup>170</sup> contribuem para não se enxergar a diferença entre os planos da validade e o da existência.

Sendo o ato defeituoso é porque existiu, logo não pode ser considerado inexistente. A lição de Pontes de Miranda merece ser destacada “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 ser desfeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém um enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; Defeito vem de *deficio* e sugere estar mal feito.”<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 34.

<sup>169</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

<sup>170</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 34.

<sup>171</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói. 1970. Tomo IV. p. 13-14.; Nesse sentido PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. Tomo IV. p. 43.

O ato inválido não é ato inexistente. No ato inválido o defeito supõe o feito. Se algo não é, não pode ter vício.<sup>172</sup> Não importa o grau do defeito. Se há defeito, como ensinado por Pontes de Miranda, é porque algo foi feito. Assim mesmo eivado com o mais gritante dos vícios, o ato existirá.

Desta feita, não se deve aplicar o mesmo significado aos termos nulidade e inexistência. A sentença inexistente não pode ser considerada o mesmo instituto jurídico da sentença nula.

O problema da inexistência é um problema bem diverso do problema do vício ou defeito do ato e sua consequência invalidante. O ato inexistente não é ato processual. O ato nulo é ato processual, ainda quando defeituoso, anormal, aleijado. A inexistência não pode ser um defeito do ato processual.<sup>173</sup>

Por fim, vale ressaltar que os pressupostos não estão ligados ao plano da validade, porque os pressuposto vem antes e não depois da existência do ser que ela integra.<sup>174</sup> Estão ligados ao plano da existência.

### 3.3.1 Decretação de invalidade

Passível de impor dúvida ao jurista é a questão da decretação ou declaração da invalidade.

Aproveitando a lição de Pontes de Miranda há pouco exposta – o ato malfeito deve ser desfeito, ratifica-se o que foi dito acima, as invalidades são decretadas e não declaradas.

O ato inválido, pouco importa o grau de invalidade, precisa ser desfeito.<sup>175</sup> Considerando essa premissa, não se pode desfazer o ato via ação declarativa.

---

<sup>172</sup> DALL `AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. 42.

<sup>173</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96.

<sup>174</sup> A discussão a respeito dos pressupostos processuais será devidamente discutida. CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 75.

<sup>175</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p .14.

É que na ação declaratória apenas se pede que se torne claro, que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata.<sup>176</sup>

Assim, não declaram nulidades, decretam-se invalidades.

### 3.4 Plano da eficácia

Ao iniciar os comentários acerca do plano da eficácia, vale aqui mencionar a distinção entre os termos eficácia e efeitos, feita por alguns doutrinadores.<sup>177</sup>

Para essa parcela da doutrina a eficácia é a potencialidade de produção de efeitos, já os efeitos caracterizam um estado subsequente ao da eficácia.<sup>178</sup>

Complementando a lição, ensina Alexandre Marder que por eficácia jurídica deve-se entender a aptidão que pode o fato jurídico ter para produzir efeitos jurídicos, sendo esses, por sua vez, as conseqüências valoradas pelas normas jurídicas que produzem alterações concretas no mundo sensível.<sup>179</sup>

A tese é sedutora e deve ser pulverizada.

Superada a questão conceitual, cabe ressaltar que assim como o plano da validade, o plano da eficácia também deve ser antecedido pelo plano da existência. Para ser eficaz, precisa-se, antes, da existência do fato jurídico.

E diferentemente do plano da validade, todos os fatos jurídicos devem passar pelo plano da eficácia. Não importa se volitivos ou avolitivos. Todo fato jurídico é apto a produzir efeitos.

A razão de ser do fato jurídico é a produção de efeitos jurídicos. Fato jurídico que não passe pelo plano de eficácia seria mera entidade lógica, sem

---

<sup>176</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 118.

<sup>177</sup> Não entende assim Marcos Bernardes de Mello. O jurista não distingue eficácia dos efeitos. Afirma que a eficácia jurídica designa o conjunto de conseqüências imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14 e 45.

<sup>178</sup> MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 40-41.

qualquer relação com a realidade social a que se refere, portanto, algo absolutamente inútil.<sup>180</sup>

Certamente não há fato jurídico sem aptidão de produzir efeitos. Se não os produz (efeitos), não interfere no convívio social, e seria irrelevante.

Deve ser anotado como premissa que não há efeito jurídico se não há fato jurídico.<sup>181</sup> Os efeitos dos fatos jurídicos são as conseqüências que deles decorrem no mundo jurídico. A eficácia já pressupõe a entrada do fato no mundo jurídico.<sup>182</sup>

O ato ineficaz não deve ser confundido com o ato nulo. Embora no direito privado a nulidade, via de regra, implique na ineficácia, no direito processual tem-se o inverso. Os atos processuais nulos, geralmente são eficazes.

Nulo não é o ato jurídico que não produz efeitos,<sup>183</sup> haja vista que a nulidade não é verificada no plano da eficácia, mas sim, no plano da validade.<sup>184</sup>

O ato ineficaz não é ato inexistente. O que não existe não pode ser qualificado. Logo se é ineficaz, não pode o ato ser inexistente.

Há quem admita que o ato que não produz efeitos chega a ser inexistente.<sup>185</sup> Trata-se de equívoco e confusão entre os planos da existência e da eficácia.

A insuficiência do suporte fático implica na inexistência do fato jurídico e não em sua ineficácia. São análises feitas em planos distintos. A ineficácia do

---

<sup>180</sup> A lição é de MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

<sup>181</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 22.

<sup>182</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 5.

<sup>183</sup> A ineficácia também não pode ser confundida com a nulidade. São dois planos distintos. A nulidade pode ou não produzir a ineficácia. KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 195.

<sup>184</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 75.

<sup>185</sup> Mostra-se equivocado o autor ao afirmar que o ato ineficaz é aquele que é válido entre as partes interessadas e inexistente perante terceiros. VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 2ª ed. Curitiba: Juará, 2010. p. 152.

fato, é causada pela invalidade deste ou, pela inocorrência de algum fator que seja indispensável à realização de todos ou algum de seus efeitos.<sup>186</sup> Por isso que não é correto dizer que o ato inexistente é ineficaz. Ora, o ato inexistente simplesmente não é. Já a ineficácia é decorrente de outro motivo.

Não se pode conceituar, portanto, o ato inexistente como aquele que não produz efeitos.

Acerca da ineficácia total, ensina Marcos Bernardes de Mello que é aquela que priva o ato de toda a sua eficácia própria. O ato jurídico existe, mas sem produzir efeitos. É o caso do testamento antes da morte do testador. Existe, vale, mas não produz nenhum efeito final. Por isso, não se pode dizer que a ineficácia total conduz à inexistência do ato jurídico. Tanto é que para desjuridicizar o testamento, precisa o testador revogá-lo, por exemplo.<sup>187</sup> Se para inexistir precisa ser desfeito, é porque algo foi feito, logo não é inexistente, mesmo que ineficaz.

Por fim, merece destaque o entedimento do autor alagoano supracitado de que ineficácia jurídica não significa a privação absoluta dos efeitos do ato. A ineficácia total não é sinônimo de ineficácia absoluta do fato jurídico.<sup>188</sup> Todo fato jurídico produz efeito(s), ainda que impróprio(s), sendo a ineficácia a inaptidão, temporária ou permanente, do fato jurídico para irradiar os efeitos próprios e finais que a norma jurídica lhe imputa.<sup>189</sup>

Havendo a juridicização, o fato jurídico produzirá algum efeito, ainda que impróprio. Significando dizer que não há fato jurídico com 0 (zero) efeito.

#### 3.4.1. O pseudo efeito jurídico do ato material

É sabido que os efeitos jurídicos apenas podem emanar de fatos jurídicos. Não gera efeito jurídico, se não houver juridicização.

Imagine a seguinte situação: Um determinado juiz se aposenta compulsoriamente, mas não observa diário oficial e continuar a praticar atos

---

<sup>186</sup> KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 158.

<sup>187</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> *Idem*, p. 73.

(que não serão jurídicos, é bom ressaltar). O agora ex-magistrado profere uma sentença no processo 2112/11. E com base nessa tal “sentença” o oficial de justiça realiza uma penhora.

Sabe-se que a sentença não é ato jurídico processual, pois não há investidura de jurisdição(vide o item sobre o plano de existência da sentença). Diante disso poder-se-ia considerar a penhora como um efeito da “sentença”? E acreditar que em situações excepcionais o que não é jurídico poderia gerar efeitos jurídicos?

A resposta é negativa.

Nesse caso, deve ser considerado que o oficial de justiça foi induzido a erro, e realizou a penhora sem a autorização. Seria a mesma coisa do meirinho realizar a penhora de ofício.

O argumento, com base na teoria da aparência, de que a sentença teria produzido efeito não é cabível. Apenas poderia servir para livrar eventual responsabilidade do oficial de justiça pela prática do ato, mas não para justificar a existência ou os efeitos do não-ato.<sup>190</sup>

E não se está afirmando que a penhora é inexistente. Ela existe, mas será inválida, pois foi praticada sem a devida ordem judicial, uma vez que a sentença proferida não entrou no muno jurídico.

A pseudo sentença não produziu efeitos jurídicos, apenas induziu à erro o meirinho, que praticou um ato processual sem a autorização cabível.

---

<sup>190</sup> Idéia debatida com Roberto Campos Gouveia Filho e os membros de seu grupo de estudos sobre Pontes de Miranda.

## 4 INEXISTÊNCIA PROCESSUAL

### 4.1 Origem da teoria da inexistência

Ao que parece, a forma está ligada aos primórdios da inexistência. Apesar de ainda não se pensar na teoria da inexistência, nos primeiros degraus da evolução jurídica, a técnica do formalismo colocava-se no plano da existência: ou o ato jurídico tinha a sua forma adequada, e *era*; ou não na tinha ele, e *não era*.<sup>191</sup>

O desenvolvimento histórico do formalismo passa do caráter simbólico e religioso, e vai até a derrocada do formalismo excessivo com o aumento dos poderes do juiz.<sup>192</sup> Embora fosse, tempos atrás, pensado como causador da inexistência jurídica, o formalismo não será aprofundado no trabalho.

Apesar de ligado à inexistência, a forma não é um marco para a teoria da inexistência. Pois pode estar ligada aos três planos do mundo jurídico. Saber se a forma irregular implica na inexistência, invalidade ou ineficácia do ato, vai depender do suporte fático deste. Deverá ser feita uma análise ao caso concreto.

Foi na França, no final do século XIX, que foi desenvolvida, pelo civilista alemão Zacharie, a teoria da inexistência dos atos jurídicos.<sup>193</sup> É possível mencionar que esse foi o marco para fixar a distinção entre atos nulos e inexistentes.

O desenvolvimento da teoria da inexistência foi impulsionado pela preocupação dos franceses em não atribuir nenhum efeito a certos casamentos

---

<sup>191</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 174.

<sup>192</sup> Sobre o formalismo, leitura obrigatória a obra de OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33 e ss.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Abgar Soriano. **A inexistência no direito romano**. Recife: [S.N.], 1939. p. 6.; também nesse sentido CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 113.; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 13.; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 154.

que feriam à moral média da época – casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo.<sup>194</sup> Após isso, a teoria do ato inexistente estendeu-se aos demais atos jurídicos

Naquela época determinados atos – como o casamento entre pessoas do mesmo sexo - não eram regulados pelo código napoleônico, sequer havia previsão para invalidação destes, o ordenamento jurídico simplesmente era omissis.

E por força do princípio à época que só se poderia decretar a nulidade se estivesse previsto no texto legal, alguns atos jurídicos ficavam à margem de qualquer regulamentação. Assim eram considerados juridicamente inexistentes.<sup>195</sup>

#### 4.2 Inexistências jurídica e material do ato comissivo

Os fatos jurídicos podem derivar de atos positivos e negativos. Há determinadas ocasiões cuja juridicização do ato requer uma conduta positiva do agente, são eles os atos comissivos. Por outro lado, existem regras jurídicas cujo suporte fático é o não acontecer, o não ter acontecido, a abstenção, a omissão, o silêncio,<sup>196</sup> são os atos omissivos, os quais necessitam apenas da inércia do sujeito, uma conduta negativa, para existirem juridicamente.

As próximas linhas serão dedicadas à análise do ato comissivo, mormente no que tange às inexistências jurídica e material.

Não é hodierna discutia a questão da inexistência jurídica e a de fato.<sup>197</sup> Mas, para identificar e diferenciar os referidos tipos de inexistência, é oportuno relembrar o conceito de *fato*.

---

<sup>194</sup> KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 155.

<sup>195</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. **Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow)** in *Repro*. n. 37. São Paulo: RT, 1985. p. 257.

<sup>196</sup> Aqui Ponte menciona que a negatividade é ínsita à previsibilidade, pois quando se prevê A e A não ocorre, a regra cujo suporte fático é “não A” incide. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I. p. 23.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Abgar Soriano. **A inexistência no direito romano**. Recife: [S.N.], 1939. p. 14.

Já fora dito que tudo quanto importa mudança ocorrida entre momentos inicial e final delimitadores é o que configura o fato.<sup>198</sup>

Trançando uma linha temporal (A ----- B), observa-se que a modificação ocorrida de A para B é definida como fato.

De tal esquema (de A para B), verificam-se possíveis as seguintes hipóteses: a) haver modificação e juridicização; b) haver a modificação e não ocorrer a juridicização; c) não haver modificação alguma e ino correr juridicização; e d) não haver modificação e mesmo assim haver a juridicização.

Sobre as conjecturas a, b e c serão dedicadas as linhas abaixo. E o tópico seguinte cuidará da hipótese d, que trata sobre a omissão.

Na primeira hipótese (a) ocorre o fenômeno natural da juridicização, onde o fato previsto pela norma ocorre, e esta incide, dando origem ao fato jurídico. Basta a suficiência do suporte fático. Nada mais.

Já na suposição b, a inexistência é jurídica. Pois o fato ocorreu, mas não se deu conforme previa a norma jurídica, ou lhe faltou elemento complementante do suporte fático.

Vale lembrar que para o ato existir juridicamente, é necessário que o suporte fático esteja previsto pela regra jurídica, que o considera suficiente, concedendo-lhe entrada no mundo jurídico.<sup>199</sup>

Nesse caso (na hipótese b), há apenas de um simples fato da vida, que, diferentemente do fato jurídico, da sua realização nada resulta. Trata-se de um fato atípico juridicamente.<sup>200</sup> Há, no máximo, aparência de fato jurídico.

É o que acontece com o processo que tramita perante sujeito desprovido de jurisdição. É também o caso da sentença juntada aos autos, mas não assinada pelo juiz. A decisão pode existir no campo material, mas não haverá a

---

<sup>198</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20. Nesse sentido PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 12.

<sup>199</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 469.

<sup>200</sup> O autor não faz a distinção entre inexistência jurídica e material. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 50.

incidência da norma processual. Apesar da existência no mundo dos fatos, os exemplos referidos não ingressaram no mundo jurídico. São casos de inexistência jurídica.

A terceira hipótese, *c*, em que não há modificação entre os pontos, *A*---*B*, abarca a inexistência material, onde o fato faticamente inexistente não passou para o mundo da realidade. Significa não-fato. Ao tratar do fato comissivo, não se pode pensar em existência jurídica se nada aconteceu no mundo real, pois fato jurídico é o acontecimento da vida sobre o que incide a norma abstrata.<sup>201</sup>

Ao se referir a uma conduta positiva do agente, o fato comissivo, a inexistência material necessariamente resultará na inexistência jurídica. A recíproca, no entanto, é falsa conforme visto acima.

A inexistência, por conseguinte pode ocorrer no campo da realidade social (não houve ato nenhum) ou somente no campo da realidade jurídica (houve um ato, mas este não ingressou no mundo jurídico).<sup>202</sup> Ali a inexistência é absoluta. O fato não existiu nem na realidade social nem na idealidade jurídica. Aqui a inexistência é relativa (jurídica).<sup>203</sup>

Em suma a inexistência material corresponde à ausência de determinado fato na realidade social, no mundo dos fatos em geral. E a inexistência jurídica, identifica-se na não-suficiência do suporte fático do fato jurídico. Em razão desse não-atendimento, dessa insuficiência, este não se

---

<sup>201</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 465.

<sup>202</sup> Na lição de Flávio Medeiros a inexistência pode ser material e jurídica. Na primeira, o ato é jurídica e materialmente inexistente. Na segunda, o ato existe materialmente (existe o fato) mas inexistente juridicamente. MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades do processo penal**. Porto Alegre: Síntese, 1982. p. 26.

<sup>203</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112.; Dall'Agnol Afirma que algumas vezes o fato pode simplesmente inexistir do mundo jurídico, e não ter sequer aparência de fato (inexistência jurídica); e outras lhe falta um requisito vital o desqualificando como jurídico. (inexistência material). DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988. p. 32.

perfaz, não ingressa no mundo jurídico e, conseqüentemente, não enseja a produção dos efeitos.<sup>204</sup>

#### 4.2.1 Inexistências jurídica e material do ato omissivo

Nem tudo o que foi dito a respeito da inexistência do ato comissivo é aplicável quando se fala em omissão ou, no jargão ponteano, do fato negativo.

Vale lembrar as hipóteses levantadas no item anterior, que versam sobre a ocorrência (ou não) do fato e da juridicização deste. Aqui será tratada a hipótese em que não há modificação entre dois momentos (A ---- B) e mesmo assim há entrada no mundo jurídico. É o fato omissivo, ou fato negativo assim mencionado por Pontes de Miranda.

Antes de abordar diretamente as inexistências jurídica e material, é oportuno refletir sobre o “fato omissivo”, e indagar: há fato omissivo?

Explica-se.

Sendo o termo *fato* a modificação entre dois momentos distintos, um anterior e outro posterior, na linha do tempo, como é possível admitir que seja qualificado como fato uma simples inoocorrência, ou melhor, a não modificação entre esses pontos.

Se o conceito de *fato* é algo positivo, há uma contradição em admitir o fato negativo.<sup>205</sup>

Indo mais além, na seara jurídica, também é contraditório o fato jurídico cujo suporte fático é a omissão, o silêncio, a inércia do sujeito que o pratica.

Como dito inicialmente, não se pretende com o presente trabalho um mergulho vertical na teoria dos fatos jurídicos, mas é importante registrar a reflexão.

---

<sup>204</sup> DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 48.

<sup>205</sup> Em sentido semelhante Calmon de Passos afirma que o ato inexistente, é logicamente, uma forma contraditória. A contradição cessa quando se inscreve o advérbio: ato *juridicamente* inexistente. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

Agora as palavras serão voltadas às inexistência material e jurídica do fato negativo.

Nem tudo o que foi dito a respeito dos fatos positivos pode ser aplicado no campo da omissão. Lá, se há inexistência material, necessariamente há inexistência jurídica, essa inexistência seria absoluta, portanto. Aqui é o inverso, a inexistência material dá-se com um fato. Havendo a modificação no mundo dos fatos, inexistirá fato jurídico negativo.

As premissas são as mesmas, bastando o cuidado com a inversão, pois para o fato negativo, o inexistente é o acontecer.

#### 4.3 Inexistência: um conceito lógico-jurídico

Os conceitos em direito podem ter a validade sujeita a vigência do direito em que se apóia. Ou ainda, podem ter uma noção de validade universal, servindo de base para certos institutos da teoria geral do direito.<sup>206</sup>

Com efeito, esses conceitos em direito podem ser instituídos pelo ordenamento jurídico vigente. São ditados pelas normas jurídicas. E, por outro lado, podem independer de qualquer mudança legislativa, sendo permanentes, não incumbindo ao legislador os instituir.

A primeira categoria, os conceitos do ramo jurídico fornecidos pelo legislador, são chamados de conceitos lógico-jurídicos. Na segunda categoria, conceitos em que mesmo com a interminável alteração legislativa são permanentes, denomina-se conceitos lógico-jurídicos.<sup>207</sup>

Não se pode olvidar, contudo, os conceitos fundamentais, cuja importância é tamanha, e, segundo o jurisfilósofo Lourival Vilanova, possibilitam o próprio ordenamento jurídico.

---

<sup>206</sup> TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 20ª ed. México: Porrúa, 2009. p. 81.

<sup>207</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Situações jurídicas processuais** in Teoria do processo (Coord. DIDIER JR., Fredie). Salvador: Juspodivm, 2010. p.753.; Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 25.

Para o Vilanova “o conceito fundamental não é um conceito só específico do direito privado, ou só específico do direito público; atravessa universalmente todos os subdomínios do direito positivo.”<sup>208</sup>

Ainda sobre o conceito fundamental, afirma o jurisfilósofo que sem ele não é possível ordenamento jurídico. O mero conceito geral se encontra nos subdomínios do direito, mas dele se pode prescindir. O conceito fundamental, por sua vez, este é condição da possibilidade do direito positivo e da ciência do direito positivo.<sup>209</sup>

Feita a devida observação da lição de Lourival Vilanova, os conceitos jurídicos, portanto, podem ser lógico-jurídicos ou jurídico-positivos.<sup>210</sup>

Com efeito, todos os conceitos jurídico-positivos somente se aplicam a uma esfera de validade determinada no tempo e no espaço. A validade do conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do ordenamento jurídico em que se apóia. Já o conceito lógico-jurídico serve de base para a conceituação jurídica positiva, está ligado à teoria geral do direito.<sup>211</sup>

São exemplos de conceitos jurídico-positivos a citação e a intimação. Ambos com previsão, respectivamente, nos artigos 213<sup>212</sup> e 234<sup>213</sup> do código de processo civil.

---

<sup>208</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 160.

<sup>209</sup> Segundo o autor são conceitos fundamentais os conceitos de norma, sujeito de direito, fato jurídico, relação jurídica, causalidade jurídica. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 161.

<sup>210</sup> Menciona o autor que os conceitos jurídico-positivos são conceitos a posteriori, e os lógico-jurídicos seriam conceitos a priori. Nos conceitos a priori, são aqueles onde primeiro se formulam a lógica para depois ao conceito, diferente dos conceitos a posteriori. TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 20ª ed. México: Porrúa, 2009. p. 85.

<sup>211</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008. p. 37.; TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 20ª ed. México: Porrúa, 2009. p. 81.; Nesse mesmo sentido, ensina Souto Maior que os conceitos lógico-jurídicos se contrapõem aos conceitos jurídico-positivos, sendo estes últimos obtidos, *a priori*, com validade constante e permanente, sem nenhuma vinculação com o direito positivo. BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94.

<sup>212</sup> Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

<sup>213</sup> Art. 234. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Já a competência<sup>214</sup>, a norma jurídica, relação jurídica, e a própria inexistência, são conceitos lógico-jurídicos, que independem de modificação legislativa.

É afirmado que a inexistência é conceito lógico-jurídico porque não cabe ao legislador definir inexistência. Todavia, pode o legislador definir quais fatos (ou atos) são (in)existentes.

Assim como a competência a inexistência pode ser verificada em cada caso concreto. Prever que o juízo da primeira vara cível não é competente para processar e julgar matéria criminal não é definir competência, mas é atribuir a competência a determinado órgão jurisdicional. Ao determinar que um determinado ato é inexistente, não está o legislador a definir a inexistência, mas apenas delineando o plano de existência de tal ato.

A inexistência jurídica pode ser definida, no jargão ponteano, como a insuficiência do suporte fático. Ou como preferem outros doutrinadores a inexistência é a falta de um elemento essencial à formação do fato (ou ato), não chegando a constituir-se.<sup>215</sup>

A inexistência, portanto, é um conceito negativo.<sup>216</sup>

#### 4.4 Pressupostos processuais

##### 4.4.1 Considerações iniciais acerca dos “pressupostos processuais”

---

<sup>214</sup> “A definição de competência pode exteriorizar-se num conceito lógico-jurídico, na medida em que corresponde a uma concepção constante e permanente, sem vinculação com as variações do direito positivo.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008. p. 34.

<sup>215</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 501.; nesse sentido <sup>215</sup> DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 48.

<sup>216</sup> Nesse sentido menciona o autor que independentemente do sentido material ou jurídico que lhe é atribuído, a inexistência é um conceito negativo. CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 115.

O marco inicial e grande expoente da teoria dos pressupostos processuais foi Oskar Von Bulow, autor da obra “Die Lehre Von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen” (traduzida para o português como “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”).

E desde a edição da obra de Bulow, em 1868, tem-se discutido muito sobre os pressupostos processuais, sem, contudo, se chegar a uma unanimidade na doutrina a seu respeito. Muito pelo contrário, a forma de classificação e tratamento são as mais diversas possíveis.<sup>217</sup>

Não se pode afirmar, outrossim, que foi Bulow quem criou os pressupostos processuais. Já existiam os pressupostos processuais, o que fez Bulow foi apenas sistematizá-los, e não criá-los.<sup>218</sup> Assim como Zacharie não criou a teoria da inexistência, apenas a desenvolveu.

Na doutrina nacional bem como na jurisprudência, a expressão ‘pressuposto processual’ já se encontra consagrada. Em que pese seu uso habitual pelos mais diversos juristas, o termo nem sempre é utilizado com a devida propriedade. É o caso, por exemplo, de ser utilizado o pressuposto e o requisito como sinônimos.

O alerta sobre o equívoco não é de hoje, com a palavra a doutrina mais autorizada de Barbosa Moreira: “quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito.”<sup>219</sup>

Ainda na seara da carência de uma técnica apropriada para a expressão pressuposto, é corriqueira e também consagrada a menção aos pressuposto de validade e pressuposto de existência do processo.

---

<sup>217</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 85.

<sup>218</sup> Incorre em erro o jurista que afirma que Oskar Von Bulow criou o instituto. Os pressupostos processuais existiam, apenas não estavam marcados como uma categoria especial. CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 51.

<sup>219</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 85.

Antes de tecer alguns comentários sobre a acepção adotada pela doutrina, é imprescindível, para se entender o motivo da crítica, o estudo do significado do “pressuposto”, que é, assim como a inexistência, conceito lógico-jurídico.

Na sentido do dicionário da língua portuguesa pressuposto é a “circunstancia ou fato considerado como antecedente necessário de outro.”<sup>220</sup> Pode ser dito ainda que pressuposto é aquilo que supõe algo.

Na seara jurídica, em teoria geral do direito, pressuposto significa aquilo que tem que se supor antecipadamente. É aquilo que se supõe existir, para dar existência a alguma coisa.<sup>221</sup> É o que precede ao ato, devendo existir antes de um determinado ato: a presença do pressuposto atesta a sua existência jurídica.<sup>222</sup>

Já o *requisito*, por sua vez, é o que integra a estrutura executiva do ato, servindo para atestar sua validade, enquanto a condição se identifica com aquilo que segue ao ato, sendo exigida para a produção de seus efeitos específicos.<sup>223</sup>

Pressuposto, requisito e condição são institutos de significação diferente, cuja utilização indistinta pode levar o jurista aos erros de ordem lógica.

#### 4.5 Pressupostos processuais e requisitos de validade

---

<sup>220</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico**. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. p. 527.

<sup>221</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 64 e 67.

<sup>222</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008. p. 99.; no mesmo sentido: DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 105-106.

<sup>223</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008. p. 99.; no mesmo sentido: DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 105-106; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35.

Em virtude do uso inapropriado do termo pressuposto, boa parte da doutrina nacional dividiu os pressupostos processuais em duas categorias, a saber: pressupostos de existência e de validade.<sup>224</sup>

A boa técnica jurídica não permite a definição de pressuposto processual como o elemento necessário para a existência e validade o processo.<sup>225</sup> Tampouco a divisão em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Deve ser feita a ressalva do pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque. Afirma o jurista que não há imprecisão em considerar como pressuposto a categoria dos fatos sem os quais o processo pode existir, mas não é válido. Não vê problemas o autor em admitir a existência de pressupostos de existência e de validade.<sup>226</sup> Ainda, para Bedaque, há requisitos não só de existência, mas também de validade.<sup>227</sup>

Em que pese os argumentos levantados pelo jurista supracitado, não se concorda com tal posicionamento, mormente pelas premissas fixadas quanto aos planos do mundo jurídico.

Feita a ressalva ao pensamento de Bedaque, reitera-se aqui que os pressupostos processuais são, tão somente, ligados ao plano da existência do

---

<sup>224</sup> O autor define os pressupostos processuais como os antecedentes necessários para que o processo tenha existência jurídica e validade formal. COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 59.; Menciona os pressupostos de existência e pressupostos de validade DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988. p. 21.; Também não faz a diferença entre requisitos e pressupostos, denominando apenas em pressupostos de existência e de validade. MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Fontes e pressupostos processuais**. Rio de Janeiro: Lerfixa, 1973. p. 29.; Iguamente, de forma equivocada, define o autor que os pressupostos processuais são requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo. SANTOS, João Eudes Mendanha dos. **Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 44.

<sup>225</sup> Para a autora os pressupostos são necessários para que a relação jurídica processual se forme e desenvolva regularmente. COSTA, Susana Henriques. **Condições a ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 33.

<sup>226</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 215.

<sup>227</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 117.

processo,<sup>228</sup> e não há sentido então em falar em pressuposto de validade.<sup>229</sup> Sendo o pressuposto algo que vem antes, precede à própria existência do fato, não poderia ser, pela lógica, ser algo que vem depois da existência. Os pressupostos processuais, portanto, estes somente poderão estar vinculados ao plano da existência do próprio processo e não à sua validade.<sup>230</sup>

De forma incisiva, ensina José Orlando Rocha Carvalho que “os pressupostos processuais somente dizem respeito às circunstâncias ou exigências que se requeiram para a constituição ou existência do processo; não existem, por conseguinte, pressupostos de validade.”<sup>231</sup>

Lembre que o plano da validade deve ser necessariamente precedido pelo plano da existência. Então, se a análise é no plano da validade, é porque o ato existe juridicamente não se podendo falar em pressuposto, e sim requisito.

Algo que é pressuposto não pode, ao mesmo tempo, ser requisito de validade. Da mesma forma que o requisito processual não pode ser pressuposto do processo.

Não pode a jurisdição, que é pressuposto processual, estar no plano da validade do processo, pois sem ela não haveria processo, daí não se pode afirmar que o processo é válido ou inválido se ele não existe primeiro.

Os pressupostos processuais, então, são elementos necessário apenas à existência do processo, não sendo relacionados ao plano da validade. E quando se fala em pressupostos de existência, está-se cometendo uma

---

<sup>228</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 68.

<sup>229</sup> Daniel Mitidiero divide os elementos do ato processual em pressupostos, supostos e condições. Os primeiros determinam a existência do ato, os segundos a validade, e os terceiros a eficácia. Para o autor os pressupostos são precedentes e possibilitam a existência; os supostos, por sua vez, são concomitantes e proporcionam a validade e as condições são posteriores e determinam a eficácia. MITIDIERO, Daniel. **O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro** in Revista de direito processual civil. n. 35. Curitiba: Genesis, 2005. p. 47.

<sup>230</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 71.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 109

redundância, haja vista que todo pressuposto processual diz respeito à existência.

Assim, embora haja, na literatura jurídica, a divisão dos pressupostos em pressupostos de existência e pressupostos de validade, deve-se retificar tal entendimento, na medida em que não há pressupostos de validade, uma vez que todo pressuposto é de existência.

Diante do que foi dito e, para manter coerente as premissas do presente estudo, sempre que se referir a pressuposto processual, deve-se entender pressuposto de existência (plano de existência). E quando for mencionado requisito, está-se referindo a requisito de validade(plano de validade).

#### 4.6 Extinção do processo por falta de pressupostos processuais: uma contradição lógica

A ausência de pressupostos processuais não pode conduzir o magistrado a extinguir o processo. Trata-se de equívoco manifesto, compartilhado, inclusive, pelo vigente código de processo civil. O diploma processual no inciso IV, do art. 267 menciona que o processo deverá ser extinto “quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

A parte final do dispositivo faz alusão aos “pressupostos de validade”. Vale lembrar que não há pertinência na subcategoria dos denominados pressupostos de validade, pois como já mencionado estes não são pressupostos, no sentido próprio e exclusivo do termo, sim e tão-somente, requisitos.<sup>232</sup>

De qualquer forma, não poderá o magistrado extinguir o processo por falta de pressupostos processuais, cuja ausência implica na inexistência do próprio processo.

Inexistindo os pressupostos processuais, não há dúvidas que inexistirá o processo. E se não há pressupostos, o processo não pode ser extinto, pois não chegou a existir. Não se pode extinguir aquilo que não existe.

---

<sup>232</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 105.

Para ser extinto, é preciso, antes de mais nada, que o processo exista. Lembre que “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 ser desfeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito.”<sup>233</sup>

A constatação da ausência dos pressupostos processuais não pode ser expressa através de uma sentença que extingue o processo sem resolução do mérito. Não é adequado considerar pressuposto do processo aquilo que já constitui objeto da atividade cognitiva nele cumprida.<sup>234</sup>

Os pressupostos não podem ser objeto de cognição processual. Coerente com as premissas adotadas neste trabalho, ensina Marinoni que um pressuposto do processo não pode ser aferido nele próprio. Seria uma contradição lógica. O pressuposto é um antecedente imprescindível de outro. O sentido do pressuposto é o de permitir um raciocínio lógico que, a partir de sua constatação, permita a afirmação do outro. Não há qualquer racionalidade em aferir um pressuposto após a admissão da existência do objeto por ele condicionado.<sup>235</sup>

Sendo constatada a inexistência dos pressupostos processuais, mesmo ao final do processo, conclui-se que não houve processo,<sup>236</sup> devendo o aparente processo ser declarado inexistente, jamais extinto.

Com efeito, os pressupostos processuais nada tem a ver com as condições da ação, nem com a pretensão do demandante. Preenchidos os pressupostos processuais, não fica o magistrado obrigado a julgar favoravelmente ao demandante, pois os pressupostos da tutela jurídica somente podem ser os pressupostos para que o estado tenha de julgar, não os

---

<sup>233</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 13-14.

<sup>234</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 84.

<sup>235</sup> MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1, p. 480.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

pressupostos para que tenha de julgar favoravelmente ao autor ou ao demandado, ou ao terceiro que foi contra o demandante e o demandado.<sup>237</sup>

A presença dos pressupostos processuais permite apenas considerar que há processo, nada mais. O mérito ou a validade do procedimento são questões à parte, cuja análise somente será realizada se os pressupostos processuais estiverem presentes.

Demais a mais, há pressupostos que estão ligados ao processo, bem como há pressupostos específicos de cada ato processual. E a inexistência destes últimos não implica na inexistência de todo o processo, mas apenas do ato ao qual lhe faltaram os pressupostos.

#### 4.7 A classificação dos pressupostos e requisitos processuais

É bom lembrar que ao classificar determinado objeto de estudo é possível fazê-lo de diferentes maneiras, abordando diversos aspectos, e não é diferente no que tange aos pressupostos e requisitos processuais.

A classificação ora adotada muito se assemelha com a proposta dos professores José Orlando Rocha de Carvalho e Fredie Didier Jr, com algumas alterações.

Eis as classificações dos juristas acima aludidos:

##### I – Pressupostos processuais de existência<sup>238</sup>

###### I.1 Subjetivos

- a) A existência de alguém capaz de pedir o provimento jurisdicional;
- b) A existência de um órgão investido de jurisdição.

###### I.2 Objetivos

---

<sup>237</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 238.

<sup>238</sup> Classificação de CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 128-129.

- A existência de uma demanda.

## II – Requisitos de validade do processo

### II.1 Subjetivos

- a) Competência do órgão jurisdicional
- b) Imparcialidade do órgão jurisdicional
- c) Capacidade das partes
- d) Capacidade postulatório

### II.2 Objetivos

#### II.2.1 Positivos

- a) Petição inicial válida;
- b) Citação válida;
- c) Adequação do procedimento.

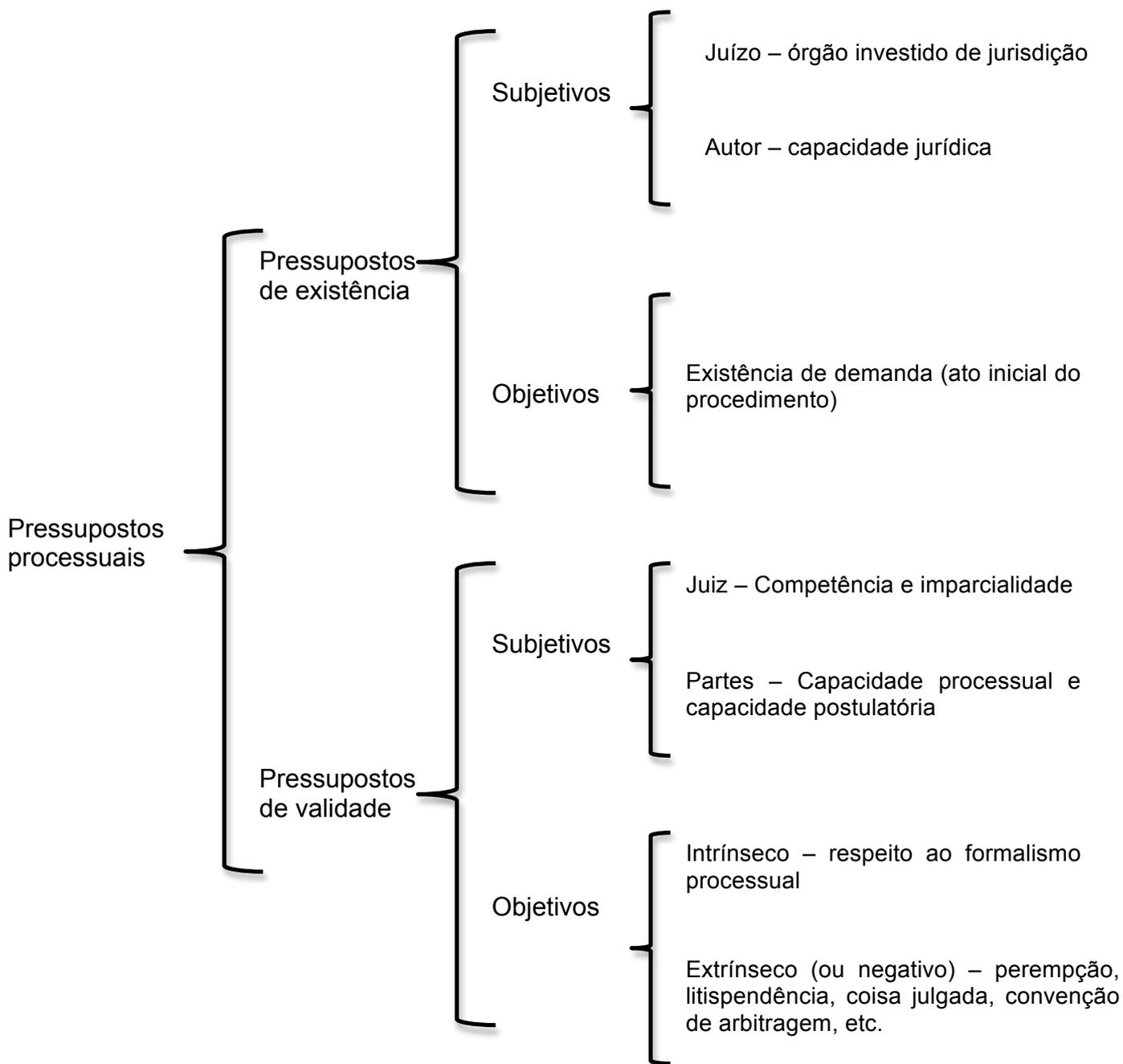
#### II.2.2 Negativos

- a) Coisa julgada;
- b) Litispendência;
- c) Perempção;
- d) Convenção de arbitragem.

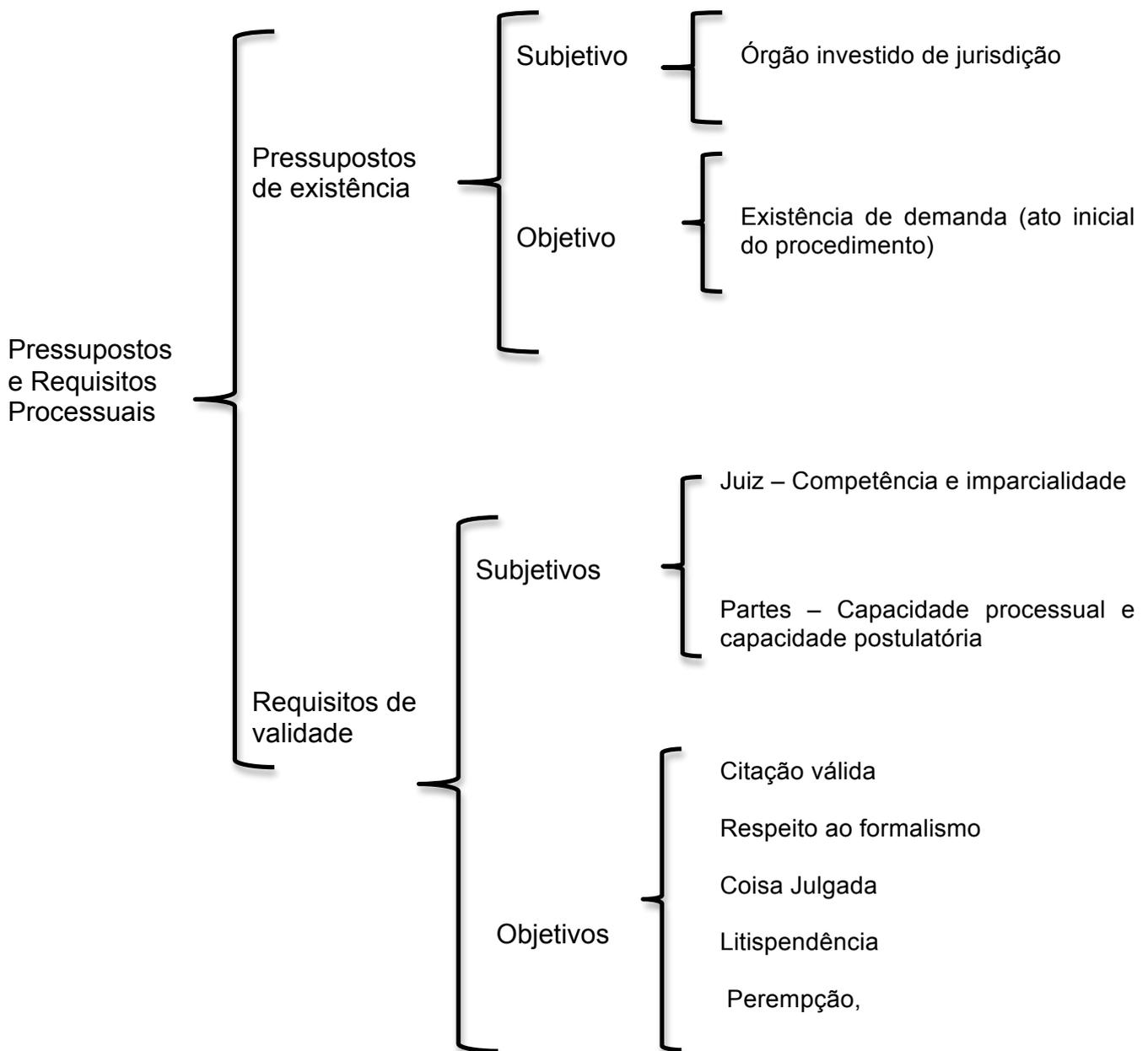
Segue abaixo a outra classificação mencionada.<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p .110.



A classificação que se acredita como a mais coerente apenas prevê como pressupostos processuais de existência de uma demanda (o ato inicial do procedimento) e o órgão investido de jurisdição, nada mais. Capacidade de ser parte, existência dos sujeitos (autor e réu) processuais, competência do órgão jurisdicional, citação válida, todos esses institutos estariam classificados como requisitos de validade.



A classificação dos pressupostos processuais é bem mais restrita, comporta um número menor de institutos jurídicos do que a dos requisitos de validade.

Somente há dois motivos para ser declarada a inexistência do processo. Primeiro é pela falta de demanda, sem ela não se formará o processo. E segundo, a inexistência processual será constatada se o órgão ao qual foi proposta a demanda não for investido de jurisdição.

Salvo essas duas hipóteses ventiladas, qualquer outra análise não será feita no plano da existência (é onde se verificam os pressupostos processuais), e sim nos planos da validade e da eficácia. Pois, conforme dito, apenas são pressupostos processuais a demanda e o órgão investido de jurisdição.

Já os requisitos de validade do processo são bem mais amplos, e o rol trazido, diferente dos pressupostos processuais, não é taxativo.

#### 4.8 Os pressupostos processuais em espécie

Os pressupostos processuais são aqueles cuja ausência implica na inexistência do processo. Sem os pressupostos processuais há apenas um não-processo, ou algo que tenha aparência de um processo.

Não é unânime a doutrina em rotular quais seriam os pressupostos processuais. Há quem afirme, por exemplo, que não há pressupostos de existência do processo.<sup>240</sup>

Por sua vez, Couture enquadra como pressupostos processuais de existência a) propositura de uma demanda; b) um órgão dotado de jurisdição; c) partes que se apresentem como sujeitos de direito.<sup>241</sup> Considera o jurista que esses institutos constituem um *minumum* necessário para que o processo exista.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Nem mesmo a jurisdição seria pressuposto de existência para eles. Defendem essa posição com a hipótese do juiz que perde o cargo em virtude de decisão, e mesmo assim haveria processo, não se podendo considerar inexistente as sentenças proferidas por esses juízes. TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34.; Menciona o autor, contrariando o pensamento de Tesheiner e Baggio, que os pressupostos de existência são a jurisdição, pedido e as partes. MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Fontes e pressupostos processuais**. Rio de Janeiro: Lefixa, 1973. p. 28.

<sup>241</sup> COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 61.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 59.

Sem embargo das opiniões em contrário, existem apenas dois pressupostos processuais, a demanda e o órgão investido de jurisdição, conforme mencionado acima.<sup>243</sup>

#### 4.8.1 Órgão investido de jurisdição

Antes do estado ter monopolizado a função de julgar, havia a chamada justiça de mão própria, que era realizada pelos próprios particulares. Mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica, os particulares não eram investidos de jurisdição.

Só após o estado monopolizar a função de aplicação das leis, é que se pode enxergar a jurisdição. Alguns indivíduos foram imbuídos para fazer as vezes do estado e solucionar conflitos. A partir de então se observa que determinados sujeitos eram investidos de jurisdição que, na definição de Pontes de Miranda, é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica.<sup>244</sup>

O órgão investido de jurisdição será o primeiro pressuposto processual a ser abordado. E diante de tamanha divergência doutrinária acerca da classificação dos pressupostos processuais e requisitos de validade, o órgão investido de jurisdição é certamente o pressuposto processual mais cristalino de existência do processo.

A doutrina, quase que de forma unânime, afirma que a investidura de jurisdição é pressuposto de existência do processo.<sup>245</sup> E sem ele, inexistirá o processo.

---

<sup>243</sup> Para Araken de Assis demanda e jurisdição constituem, pressupostos de existência do processo: a falta de um deles não dá lugar a uma relação que ultrapasse um mero fato, desinteressante ao mundo jurídico. ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 36.

<sup>244</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 237.

<sup>245</sup> Nesse sentido KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 234.; <sup>245</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. *et passim*; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. *et passim*; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo:

Não haverá processo se a demanda for proposta perante um delegado, por exemplo. Igualmente inexistirá processo se o feito tramitar perante aquele que não é juiz, ou se for magistrado aposentado, ou ainda aquele que não tomou posse.

Questão interessante decorre da seguinte conjectura: Tício toma posse do cargo de juiz de direito. Posteriormente descobre-se que ele fraudou a prova do concurso que realizou e através de decisão judicial Tício é exonerado.

Do caso acima indaga-se, os processos nos quais Tício sentenciou e praticou atos existiram juridicamente?

A resposta é sim, os processos existiram juridicamente, pois a existência é verificada sempre no momento da formação do ato, jamais depois.<sup>246</sup> No momento da propositura da demanda, Tício estava investido de jurisdição.

Através da lógica pura, é possível chegar à conclusão de que a existência é verificada na gênese do ato. Já foi fixada a premissa de que a invalidade é analisada no nascedouro do ato jurídico. E também já foi exaustivamente ensinado que a análise do plano da validade sempre é precedida pelo plano da existência. Ora, se a validade do ato é verificada no momento inicial, e a existência é anterior à validade, certamente a existência também será verificada na formação do ato jurídico.

A boa técnica e domínio dos planos do mundo jurídico mandam sempre se fazer a verificação dos pressupostos processuais, ou seja do plano da existência, no momento da formação do ato.

Para findar a análise da investidura de jurisdição do órgão, vale tecer algumas palavras mínimas a respeito da competência. É importante não confundir a competência com a jurisdição.

A ausência de competência não implica dizer ausência de jurisdição. O juiz incompetente é investido de jurisdição, mesmo que se trate de competência constitucional.

---

Malheiros. 2010.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 90.

<sup>246</sup> Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 131.

O juiz incompetente é competente, ao menos, para se julgar incompetente. Isso significa dizer que ele tem jurisdição mesmo sem ser competente.

A abordagem da competência é de fundamental importância, e será abordada em item à parte.

#### 4.8.2 Ato de demandar

Demandar é ato de pedir.<sup>247</sup> Não se confunde com o pedido. A petição inicial pode ser inepta, por ausência de pedido, e mesmo assim (caso ela tenha sido proposta) ter havido a demanda.

O pedido é o conteúdo da demanda, que tem como seu instrumento a petição inicial. A petição inicial restringe a demanda que antes era ilimitada. A demanda é a forma de pedir ao juiz proteção jurisdicional a um direito subjetivo.<sup>248</sup>

Com efeito, esse ato do procedimento é o ato jurídico com o qual o juiz é posto na obrigação de julgar o feito que lhe fora submetido. À base da sua legitimação para prática desse ato jurídico está a capacidade de ser parte.<sup>249</sup>

No direito brasileiro, a regra é que o jurisdicionado deve provocar a jurisdição, sendo vedado ao juiz agir de ofício. É o que consagra o art. 2º do diploma processual.<sup>250</sup>

Na maioria esmagadora dos processos, é o autor quem instaura o procedimento. Todavia, excepcionando a regra do citado art. 2º, o próprio magistrado, nos casos de inventário, conflito de competência, declaração de

---

<sup>247</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 137.

<sup>248</sup> SANTOS, João Eudes Mendanha dos. **Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 52.

<sup>249</sup> Pontes menciona que o autor é que põe o juiz na obrigação de resolver a questão que lhe é submetida. Não se concorda com tal, uma vez que a demanda não é ato privativo do autor. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I. p. 103; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 236.

<sup>250</sup> Art. 2º\_ Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais..

inconstitucionalidade de lei, dentre outros, pode instaurar o procedimento através de provocação oficial.

Neste momento, antes de continuar as explanações sobre a o ato de demandar, se faz imprescindível uma diferenciação entre a demanda e a iniciativa da parte, pois não há identidade entre esses institutos jurídicos.<sup>251</sup>

Uma coisa é o ato de pedir. Outra coisa é a iniciativa da parte referida no art. 2º do CPC, onde há demanda pelo autor, ou seja, o ato de pedir é praticado pelo titular do direito a ser discutido.

Não se pode aceitar a afirmativa de que há processo sem o ato de demandar, sob o argumento de que o juiz pode agir de ofício e excepcionar o chamado princípio da demanda.

Ao instaurar o procedimento por provocação oficial, o magistrado é quem pratica o ato de demandar, pois a lei lhe confere legitimidade para tal. Não há inexistência de demanda quando a lei confere iniciativa da ação a pessoa que não é titular do direito a ser discutido, como é o caso do inventário. A exceção aí será à regra da legitimação para a causa.<sup>252</sup>

E caso o magistrado, indevidamente (sem legitimidade para tal), inicie um procedimento por provocação oficial, terá ocorrido uma violação à regra da legitimidade, sendo nulo os atos praticados no processo. E não inexistente o processo.

Outrossim, imagine que Caio usa identidade falsa para se passar por João e assim ajuizar ação para conseguir benefício indevido. E logo após o despacho inicial (*cite-se a outra parte*, por exemplo), Caio é desmascarado da fraude.

Tem-se aí mais um caso de quem praticou o ato de demandar não foi a parte autora (João), mas um terceiro sem ter nenhuma relação com o direito material em questão.

Pelo que foi exposto até o momento, pode-se concluir, por ora, que é indiferente para o plano de existência do processo, que o ato de demandar seja

---

<sup>251</sup> Percebeu a diferença BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 7.

<sup>252</sup> O autor sequer considera a exceção ao princípio da iniciativa da parte, afirmando que o juiz não agiria de ofício. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 8.

praticado pelo autor. Tanto é que o próprio juiz, e até mesmo um terceiro estranho ao processo pode fazê-lo.

O que não é possível imaginar, e acredita-se que não há exemplos, é um processo sem o ato inicial do procedimento. Estando o juiz com obrigação de julgar um feito que lhe fora submetido só há duas opções: a) a demanda foi praticada pelo próprio autor; b) a demanda foi praticada por um terceiro, podendo ser o próprio magistrado esse terceiro quando a lei lhe conferir legitimidade.

A respeito do ato de demandar ser ou não pressuposto de existência do processo, vale aqui registrar a argüição feita durante a defesa da tese de doutoramento, na PUC/SP, de Fredie Didier Jr, pelo professor da USP/SP José Roberto dos Santos Bedaque.<sup>253</sup>

Para Bedaque, o único pressuposto processual seria a jurisdição, pois a exigência de um ato inicial é uma questão física, que não repercute no exame da existência do processo.

Em resposta, Fredie afirmou que a simples presença de alguém investido de jurisdição não faz com o que o processo exista, seria necessário um impulso para tal. E por mais fértil que seja a terra, não haverá árvore sem alguém que a semeie, e o automóvel também não sairá do lugar se ninguém ligar a ignição, por mais potente que seja o motor.

Apesar dos brilhantes argumentos do professor José Roberto Bedaque, concorda-se com a tese de Fredie Didier Jr, o qual enquadra o ato de demandar como pressuposto processual.

Com efeito, considera Fredie que deve ser considerado como pressuposto de existência do processo a existência da pessoa que praticou o ato jurídico de demandar. “Se for sujeito de direito que demandou há processo, caso contrário, inexistirá processo.”<sup>254</sup>

A conclusão do jurista baiano, de que se a demanda não for praticada por sujeito de direito inexistirá processo, merece ser refletida crítica e logicamente, pois não se concorda com tal posicionamento.

---

<sup>253</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 133. Verificar nota de rodapé 69.

<sup>254</sup> *Idem*, p .126.

De fato o ato inicial do procedimento é pressuposto processual, sobre isso não há dúvidas, sendo ponto convergente entre este trabalho e as idéias do processualista baiano supra citado. Todavia, não parece lógica a afirmação de que a demanda se for praticada pelo morto, por exemplo, não haverá processo.

Para colocar os pingos nos is, primeiro há de se lembrar que a demanda é ato jurídico, ou seja, são fatos praticados pelo homem. Como a caça, a pesca, o achado do tesouro são.

Considerar a demanda como ato jurídico, significa dizer, antes de mais nada, que trata-se de um ato, ou seja, necessita que um sujeito de direito a implemente. Logo não pode o morto, o animal ou quem não seja sujeito de direito praticar um ato processual.

Idealize agora um tesouro perdido. Se alguém (sujeito de direito) o encontrar casualmente, ter-se-á ato-fato jurídico achado do tesouro, devidamente regulado pelo código civil.

Agora, caso um animal o encontre, haverá um nada jurídico. Esse fato não entrará no mundo jurídico, pois o animal não é sujeito de direito.

Pode-se concluir, portanto, que o animal, o morto, ou aquele que não é sujeito de direito não pode praticar o ato de demandar.

Assim, discorda-se da afirmação de Freddie sobre a demanda praticada por aquele que não seja sujeito de direito, implicar na inexistência do processo, pois como já dito, o ato de demandar é, antes de mais nada, ato, e necessita, para que entre no mundo jurídico, de um sujeito de direito.

A pesca só é considerada como ato-fato jurídico pesca porque houve um homem para lançar o anzol e retirar o peixe do oceano. O tesouro ocasionalmente encontrado apenas é ato-fato jurídico achado de tesouro porque houve quem por um golpe de sorte o encontrasse. E a demanda só é ato-jurídico demanda porque um sujeito de direito praticou o ato de pedir e instaurou o procedimento.

#### 4.8.2.1 Forma do ato de demandar

Para o processo ultrapassar o plano da existência foi vistos que há dois pressupostos de preenchimento obrigatório, o ato de demanda e o órgão

investido de jurisdição. É com a demanda, o ato de pedir, dirigida a um órgão investido de jurisdição que o processo passa a existir, não há dúvidas.

Com efeito, para que esse ato inicial seja considerado um pressuposto processual, é imprescindível que se observem algumas formalidades. O ato de demandar não pode ser praticado de qualquer forma, sem nenhum escrúpulo.

Não basta simplesmente o ato de pedir, é preciso que a demanda seja documentada, reduzida a termo, sob pena se considerar inexistente o processo.

Caso Tício se dirija ao juiz da comarca e demande exclusivamente pela via oral, não haverá processo. Diferente é o caso do jurisdicionado, em sede de juizado especial, formular pretensão verbalmente e esta ser reduzida a termo, neste caso o processo existiu.

Não há processo exclusivamente oral. Algo deve ser documentado para ser exercido um controle pelas partes envolvidas, através da via recursal ou qualquer outro meio de impugnação por exemplo. E não se pode impugnar ou revisar aquilo de que não é lembrado.

Afirmar que o ato de pedir precisa ser documentado para ser considerado um pressuposto processual não é defender a formalidade como uma nova categoria de pressuposto, mas apenas é a regulamentação de um pressuposto processual já considerado.

Assim, a forma documentada não é pressuposto processual, mas é regulamentação do pressuposto que já existe, a demanda.

#### 4.9 O ato juridicamente inexistente

O estudo do ato inexistente ganha força principalmente quando se abordam os atos nulo e anulável. Pois é comum, na seara das nulidades, a divisão dos atos (processuais ou não) em nulos, anuláveis e em inexistentes.

Com efeito, apesar de já difundida em sede doutrinária, o rigor científico não permite a chamada categoria do ato inexistente, pois a inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, e não do mundo jurídico.<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> Assim percebeu MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 65 e 68.

Ocorrendo um nada, um vazio, a inexistência, não se deve nem sequer falar de ato. Se houve um *ato*, é porque algo existiu. Logo a categoria do ato inexistente é logicamente uma forma contraditória. A contradição cessa, percebera com toda razão o professor Calmon de Passos, quando se inscreve o advérbio: *ato juridicamente inexistente*.<sup>256</sup>

Será juridicamente inexistente o ato cuja formação do suporte fático não seja suficiente. Relembre a premissa fixada alhures de que a insuficiência do suporte fático implica na inexistência do ato jurídico. Já quando se fala que o suporte fático é perfeito, diz-se que o ato jurídico é válido, ou seja, não há qualquer deficiência,<sup>257</sup> aqui a análise já é no plano da validade.

Atos juridicamente inexistentes são atos que não chegam a ingressar no mundo jurídico, ainda que materialmente existentes, pois não possuem elementos mínimos de existência.<sup>258</sup> São atos cujo(s) pressuposto(s) não foi(foram) preenchido(s).

Lembre que assim como há os pressupostos processuais, o ato de pedir e o órgão investido de jurisdição, também existem pressupostos de cada ato processual (ato jurídico em geral). E a ausência de um pressuposto (todo pressuposto é de existência) acarretará a inexistência jurídica do ato.<sup>259</sup>

Ato juridicamente inexistente, portanto, é aquele a que falta um elemento essencial à sua formação, não chegando a constituir-se.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> No mesmo sentido do citado professor Marcos Bernardes de Mello PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

<sup>257</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4

<sup>258</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

<sup>259</sup> Nesse sentido informa René Albiño que a ausência de um requisito (sic. Pressuposto) de existência implica na inexistência do ato, e a omissão de um requisito de validade, acarreta a invalidade do ato. (“Grosso modo, diremos que la consecuencia jurídica a la omisión de un requisito de existencia, es la inexistencia del acto. La omisión de requisitos de validez, es sancionada con la nulidad del acto.”) ALBIÑO, René David Navarro. **Acto jurídico**. Chile: Copiapó. 2009. p. 11.

<sup>260</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 501.

É importante ressaltar que a inexistência pode ser tanto de um ato único como de vários atos e também de todo o procedimento. A inexistência de um ato único, não implica na inexistência dos demais atos. E igualmente a inexistência de atos internos ao processo não implica necessariamente a inexistência do ato final,<sup>261</sup> a não ser que esse ato inexistente seja elemento completante do núcleo do suporte fático do ato final.

O processo é formado por diversos atos processuais. A inexistência de um ato qualquer que seja (desde que não seja um pressuposto processual) não poderá implicar na inexistência de todo o procedimento. Como foi dito, a inexistência pode ser tanto de um ato singular, como de todo o procedimento.

Para dar prosseguimento ao estudo do ato inexistente, é de suma importância o diferenciar do ato nulo e do ato ineficaz.

Embora a distinção dos planos do mundo jurídico sejam evidentes, há, como referido no item sobre os planos do mundo jurídico, quem ignore a diferença e conceitue o ato inexistente como ato inválido ou até mesmo ato ineficaz.

Há quem afirme, por exemplo, que se o grau da nulidade for muito alto, o ato deverá ser declarado como inexistente.<sup>262</sup>

O ato inexistente não é válido nem inválido, não há sentido em perguntar se o ato inexistente é válido ou não,<sup>263</sup> pois nada entrou no mundo jurídico. Mesmo que seja a mais grave de todas as nulidades, não poderá ser considerado o ato como inexistente, afinal para ser defeituoso é preciso que o ato exista.

O problema da inexistência jurídica é bem diverso da questão do vício ou defeito do ato e sua conseqüência invalidante. O ato inexistente não é ato

---

<sup>261</sup> TALAMINI, Eduardo. **Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil** in Revista dialética de direito processual. n. 29. São Paulo: Dialética, 2005. p. 54.

<sup>262</sup> CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 119.

<sup>263</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Citação de pessoa falecida**. In Temas de direito processual civil: quinta série. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 80.

jurídico. O ato nulo é ato jurídico,<sup>264</sup> ainda quando defeituoso, anormal ou aleijado. A inexistência não pode ser um defeito do ato.<sup>265</sup>

O ato inexistente não produz efeitos algum, enquanto o nulo pode produzir. Além disso a invalidade é posterior à inexistência, pois só pode ser considerado válido ou inválido aquilo que existe.<sup>266</sup>

A categoria jurídica do ato inexistente, portanto, engloba aqueles atos que não contêm os elementos suficientes para sua formação e, por isso, não podem ser considerados como processuais ou, sequer, jurídicos. Não se trata de defeito ou de ato viciado. Mas de um não-ato.<sup>267</sup>

A inexistência jurídica além de não se identificar com a nulidade, não é sinônima da ineficácia, pois o ato juridicamente inexistente não poderá ser considerado como ato ineficaz. Os planos do mundo jurídico são diferentes.

Não parece correto definir o ato inexistente como aquele que não produz efeitos, pois o estariam sendo igualadas a ineficácia e a inexistência.

O ato inexistente, de fato, não produz efeitos, mas não é por isso que é considerado inexistente. Veja que o recurso de apelação flagrantemente intempestivo e o testamento de pessoa viva, por exemplo, são atos ineficazes, mas nem por isso são considerados inexistentes.

O ato ineficaz e o ato juridicamente inexistente são diferentes. O primeiro antes de mais nada é ato jurídico, já o segundo não. O ato ineficaz pode ou não passar pelo plano da validade, já o inexistente não passa. E ainda

---

<sup>264</sup> A distinção entre o ato juridicamente inexistente e o ato nulo fica evidente na seara processual, onde o ato inválido gera efeitos até a decretação de sua invalidade. ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional** in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003. p. 15.

<sup>265</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96.

<sup>266</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 502.

<sup>267</sup> DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 47 e 49.; O ato inválido não é ato inexistente; igualmente não é sinônimo de ato ineficaz; tampouco há de se confundir, sem mais, com ato viciado. Lá porque o defeito supõe o feito. Se algo não é, não pode ter vício. DALL `AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. p. 42.

todo ato ineficaz produz efeitos ainda que mínimos e pode ser retirado do mundo jurídico (revogando-se o testamento, por exemplo), já o ato juridicamente inexistente não produz qualquer efeito e nem pode ser retirado do mundo jurídico, haja vista que sequer entrou.

A respeito do ato ineficaz produzir efeitos, explica-se relembrando o que foi dito quando se falou sobre o plano da eficácia.

A ineficácia total não é sinônimo de ineficácia absoluta. Não há fato jurídico absolutamente ineficaz.<sup>268</sup> Mesmo que não produza os efeitos próprios, o ato jurídico produz efeitos impróprios, ainda que mínimos.

Caso a apelação seja interposta um mês depois de findo prazo recursal ela será ineficaz no que tange ao impedimento do trânsito em julgado da sentença, mas poderá o tribunal considerar o recurso como protelatório e aplicar uma multa ao recorrente.

Na hipótese acima, o recurso de apelação foi considerado ineficaz, mas gerou o efeito (impróprio, diga-se) de condenar o recorrente a uma determinada quantia pecuniária em virtude da sua litigância de má-fé. Tudo conforme o art. 17, inciso VII do CPC.<sup>269</sup>

O ato inexistente, portanto, não tem aptidão para produção de efeitos jurídicos e não precisa nem ao menos ser decretado inválido, pois aquilo que não existe não pode ser desfeito.<sup>270</sup> Bastaria uma declaração judicial para o reconhecimento da inexistência a fim de sanar qualquer dúvida sobre a existência do ato inexistente juridicamente.

#### 4.9.1 A impossibilidade de sanação do ato juridicamente inexistente

A coisa julgada torna preclusa grande vulto das alegações de nulidade dos atos processuais. É possível afirmar que ela (a coisa julgada) convalida os atos processuais defeituosos.

---

<sup>268</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

<sup>269</sup> Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

<sup>270</sup> Se referindo a sentença inexistente MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27.

Apesar disso, a coisa julgada não tem o condão de sanar os atos juridicamente inexistentes, uma vez que só se pode convalidar ou invalidar aquilo que existe.<sup>271</sup>

Em sentido contrário, há quem afirme que a categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que houver uma absolvição. Para esses autores, mesmo a sentença juridicamente inexistente surtirá efeitos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso.<sup>272</sup> O exemplo é de convalidação da sentença de juridicamente inexistente que absolveu o réu.

Em sentido semelhante com as ideias do parágrafo anterior a professora Ada Grinover afirma que o ato processual praticado em desrespeito à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente.<sup>273</sup>

Apesar dos argumentos lançados para defender a convalidação da sentença inexistente, que absolve o réu, e que o ato praticado em desrespeito à norma ou a princípio constitucional deve ser inexistente, não se concorda com esse posicionamento.

A sentença juridicamente inexistente, primeiramente, não poderá absolver o réu, porque não é, sequer, ato jurídico. E aquilo que não é ato jurídico não pode surtir efeitos jurídicos, pois deve ser lembrado que efeitos jurídicos emanam apenas de fatos jurídicos.<sup>274</sup>

E não se pode considerar inexistente o ato praticado em desconformidade com os princípios constitucionais, salvo se não foi suficiente o suporte fático. O ato, neste caso, será ineficaz ou nulo, mas não inexistente.

---

<sup>271</sup> Discorda-se do posicionamento dos autores, *data máxima venia*, quando afirmam que a coisa julgada exerce papel sanatório tanto dos atos nulos, como dos atos inexistentes. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 51.

<sup>272</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>273</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Invalidez e ineficácia do negócio jurídico** in Revista Iob direito civil e processual civil. n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 64.

<sup>274</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 22.

A sentença inexistente não poderá, por sua vez, transitar em julgado. Pois nem mesmo o decurso de tempo pode transformar o que *nada é em algo*.<sup>275</sup>

O ato inexistente, portanto, não produz qualquer efeito jurídico, nem tampouco restará convalidado pela coisa julgada.<sup>276</sup> E isso em qualquer ramo do direito, não importando se na seara penal, civil, eleitoral ou trabalhista.

#### 4.10 Decisão judicial: sentença

##### 4.10.1 A apreensão conceitual

Embora o estudo a ser desenvolvido doravante aborde principalmente o ato jurídico sentença, é importante mencionar, ao menos que sucintamente, as outras espécies de decisão judicial, sobretudo para diferenciá-las da sentença.

Com efeito, há duas espécies de pronunciamentos judiciais, na primeiro o magistrado a decide uma questão, é a chamada decisão *lato sensu*. Já a segunda espécie o magistrado impulsiona o procedimento para chegar a etapa final. Esta última espécie, é denominada de despacho e, vale registrar, não há cunho decisório.<sup>277</sup>

As decisões judiciais podem ser proferidas tanto por um juiz singular quanto por um órgão colegiado. Ao primeiro (o juiz) cabe a prolação das sentenças e decisões interlocutórias. Já o último (órgão colegiado) pode proferir acórdãos e decisões monocráticas.

Antes de iniciar a investigação a respeito do plano de existência da sentença, é imprescindível conceituá-la, e distingui-la das demais espécies de decisão judicial.

---

<sup>275</sup> DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

<sup>276</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. p. 222.

<sup>277</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 2. p. 282

Conceituar *sentença* com base exclusivamente no que é fornecido pelo ordenamento jurídico é tarefa impossível, na medida em que legislador não se utilizou da técnica jurídica adequada no momento de fazê-lo.

A antiga redação do § 1º do art. 162 do CPC conceituava a sentença como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito a causa. O dispositivo foi alterado pela lei 11.232/05 e a sentença, de acordo com o CPC, passou a ser definida como o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

A modificação legislativa não foi das melhores, e não serve para conceituar a sentença. Nem toda decisão de juiz singular com base nos artigos referidos tem a natureza jurídica da sentença.

A decisão judicial de indeferimento da reconvenção, por exemplo, pelo reconhecimento da prescrição, é julgamento com base no art. 269, e mesmo assim não é sentença, mas sim decisão interlocutória.

Também não será sentença a decisão, com base no art. 267, do juiz singular que excluir um dos litisconsortes passivos por ser parte ilegítima.

Igualmente como fez com a sentença, o legislador conceituou, no §2º do art. 162 do CPC, decisão interlocutória como a decisão judicial que, no curso do processo, resolve questão incidente.

Também não foi feliz o legislador ao conceituar a decisão interlocutória. Os exemplos acima referidos demonstram que decisão interlocutória não é só aquela que julga questão incidente. É possível que verse sobre um pedido principal.

Desta forma, o que definirá a natureza jurídica da decisão do juiz singular, se decisão interlocutória ou sentença, é o encerramento da fase (cognição ou execução) na primeira instância, e não como se referiu o legislador.

Diante das observações anotadas, pode-se conceituar a sentença como o ato do juiz singular que, no primeiro grau de jurisdição, encerra a fase (cognição ou execução) do procedimento com ou sem análise do mérito da demanda.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza, **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.; Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno.

#### 4.10.2 Plano de existência

O termo decisão inexistente, assim como a expressão ato inexistente, é contraditório.<sup>279</sup> Essa contradição cessa ao inserir o advérbio: decisão *juridicamente* inexistente.

Por se tratar de um nada jurídico a decisão juridicamente inexistente não transita em julgado e é inatingível pela autoridade da coisa julgada, afinal algo que não existe, não pode se tornar imutável e indiscutível.<sup>280</sup>

Enfim, tudo o que foi dito no item a respeito do ato juridicamente inexistente deve ser aplicado à sentença inexistente, haja vista se tratar a sentença de um ato jurídico *lato senso*.

Ao se estudar o plano de existência da sentença, tentar-se-á descobrir a partir de que momento, ou quais os elementos necessários para a decisão judicial sentença entre no mundo jurídico.

Presentes os cinco elementos abaixo mencionados, o suporte fático da sentença será suficiente, do contrário não.

Assim, para que exista juridicamente a sentença é preciso que: a) proferida por uma pessoa investida de jurisdição; b) publicada; c) contenha um dispositivo; d) assinada e e) finde a fase (cognitiva ou executiva) do procedimento de primeira instância:

- a) Proferida por um pessoa investida de jurisdição
- b) Publicada
- c) Conter um dispositivo

---

OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 2. p. 286.

<sup>279</sup> Assim percebeu CARVALHO, Fabiano. **Ação rescisória**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-35.

<sup>280</sup> CARVALHO, Fabiano. **Ação rescisória**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.; OLIANI, José Alexandre Manzano Oliani. **Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência?** in *Repro*. n. 112. São Paulo: RT, 2003. p. 227.

- d) Ser assinada (vontade manifestada)
- e) Findar a fase (cognitiva ou executiva) do procedimento de primeira instância. \*(exclusivo da sentença)

Cada item merece uma análise individual.

- a) Proferida por um pessoa investida de jurisdição

Deve ser lembrado que sem a jurisdição não há sequer processo. A sentença, portanto, proferida por quem não é investido de jurisdição, não é sentença,<sup>281</sup> pois não entrou no mundo jurídico.

Assim a sentença proferida por um delegado ou oficial de justiça, por exemplo, será juridicamente inexistente. Igualmente inexistirá juridicamente a sentença proferida se o magistrado for aposentado, ou ainda não tomou posse.

Questão interessante decorre da seguinte conjectura: Tício toma posse do cargo de juiz de direito. Posteriormente descobre-se que ele fraudou a prova do concurso que realizou e através de decisão judicial Tício é exonerado.

Do caso acima indaga-se, as sentenças proferidas por Tício existiram juridicamente?

A resposta é sim, pois deve ser lembrado que a existência é verificada sempre no momento da formação do ato, jamais depois.<sup>282</sup> No momento em que proferiu as sentenças, Tício estava investido de jurisdição.

E a sentença proferida no período em que o juiz goza suas férias, juridicamente existe?

A resposta também é positiva. Existirá juridicamente a sentença. No gozo de férias o juiz não perderá a investidura de jurisdição,<sup>283</sup> tanto é que o próprio ordenamento legal permite a prática de atos durante as férias.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional** in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003. p. 15.

<sup>282</sup> Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 131.

<sup>283</sup> Em sentido contrário, afirmando que há suspensão da jurisdição durante as férias. ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 79.

## b) Publicação

A publicação da decisão é habitualmente confundida com a intimação em diário oficial, principalmente no dia-a-dia forense. Já advertia Pontes de Miranda que a publicação em jornal é ato diferente da publicação da sentença.<sup>285</sup>

Publicar a decisão judicial significa inserir o ato no processo através de documento próprio.<sup>286</sup> A circulação em diário oficial não é a publicação da sentença, mas a intimação da publicação desta.

Publicar a decisão e intimar da publicação, portanto, são institutos completamente distintos. Sem publicação a sentença não existe juridicamente. Inexistindo, por sua vez, circulação em diário oficial, a decisão existirá.

A circulação em diário oficial pressupõe que a sentença já fora publicada, ou seja, exista juridicamente.

A decisão judicial começa a existir juridicamente no momento em que é publicada, isto é, dado a público o conhecimento do seu teor.<sup>287</sup> Sem isso não há decisão, tampouco pode haver efeitos.<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> Art. 173. Durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais. Excetuam-se:  
I - a produção antecipada de provas (art. 846);

II - a citação, a fim de evitar o perecimento de direito; e bem assim o arresto, o seqüestro, a penhora, a arrecadação, a busca e apreensão, o depósito, a prisão, a separação de corpos, a abertura de testamento, os embargos de terceiro, a nunciação de obra nova e outros atos análogos.

<sup>285</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo V. p. 41.

<sup>286</sup> ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p.188.

<sup>287</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 85.; A sentença começa a existir a partir de sua publicação. E a partir desse momento não se é mais possível modificá-la. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 224.

<sup>288</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo V. p. 43.

Visto que a publicação está ligada ao plano de existência da decisão judicial, e por óbvio da sentença, é oportuno discorrer sobre algumas situações que podem ocorrer, e ocorrem, no cotidiano da vida forense.

Imagine que o juiz titular de uma determinada vara federal, antes de sair de férias, resolva elaborar uma sentença para o processo 2112/11. Ele imprime, assina, mas deixa a decisão sobre a mesa de audiências, sem determinar contudo, que o funcionário do cartório a anexe ao processo.

O juiz substituto analisando o processo 2112/11 verifica que há uma “sentença” (sobre a mesa de audiências) que não foi anexada aos autos. E diante disso resolve proferir outra completamente diferente da que o juiz titular tinha elaborado.

Indaga-se: é possível?

Não há dúvidas que sim. A primeira “sentença” não entrou no mundo jurídico, pois não foi publicada.

A sentença elaborada pelo juiz em seu gabinete, mas jamais publicada, representa ato inexistente, do mesmo modo que aquela proferida por quem deixou de ser ou jamais foi juiz.<sup>289</sup>

c) Conter um dispositivo.

É no dispositivo da decisão onde se encontram as conclusões, decorrentes dos fundamentos expostos, extinguindo o processo com ou sem resolução de mérito na conformidade das soluções dadas às questões suscitadas no processo.<sup>290</sup>

Dispositivo é a parte conclusiva da decisão judicial. Também chamada de *decisum*.<sup>291</sup> Trata-se da decisão propriamente dita. Barbosa Moreira se utiliza de metáfora para afirmar que é o coração da sentença.<sup>292</sup>

---

<sup>289</sup> ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional** in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17.

<sup>290</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. IV. p. 285.

<sup>291</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo V. p. 88.

A ausência do dispositivo, mesmo que haja a fundamentação e relatório, fará com que a decisão judicial não exista juridicamente.<sup>293</sup>

d) Ser assinada (vontade manifestada)

A falta de assinatura do órgão jurisdicional impede que a sentença entre no mundo jurídico.

É através da assinatura que a vontade do juiz é manifestada. Se falta a vontade, porque o documento está apócrifo, inexistirá juridicamente a sentença.

Ainda que assinada por um terceiro, advogado de umas partes pro exemplo, não haverá, juridicamente falando, sentença. A vontade (assinatura) deve ser do juiz, da pessoa investida de jurisdição.

e) Findar a fase (cognitiva ou executiva) do procedimento de primeira instância. \*(exclusivo da sentença)

Foi dito no item sobre a conceituação que a sentença é o ato do juiz singular que, no primeiro grau de jurisdição, encerra a fase (cognição ou execução) do procedimento com ou sem análise do mérito da demanda.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença.** In Temas de direito processual civil: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.

<sup>293</sup> “Inexistindo parte dispositiva – defende-se, com acerto, em doutrina –, faltar a vontade estatal, não havendo de cogitar apenas a declaração de nulidade, pois, como o dispositivo é essencial para caracterizar o que se entende por sentença, ocorrerá a própria inexistência do ato processual, em razão da falta de atividade jurisdicional” OLIVEIRA, Vallisney de Souza, **Nulidade da sentença e o princípio da congruência.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 213.; Nesse sentido, afirma a autora que é juridicamente inexistente a sentença sem dispositivo. Isso porque a sentença é ato decisório, logo sem o *decisum* não haverá sentença. DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 51.

<sup>294</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza, **Nulidade da sentença e o princípio da congruência.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.; Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 2. p. 286.

A questão do encerramento da fase no primeiro grau de jurisdição, é bom que se diga, está ligada ao plano de existência apenas da sentença, e não das demais decisões judiciais.

Mesmo que, no primeiro grau de jurisdição, não ocasione o encerramento da fase (cognitiva ou de execução) do procedimento, a decisão existirá juridicamente. Porém, sentença não será.

É o caso da decisão que exclui um dos litisconsortes passivo. Apesar de se tratar de decisão judicial, não será sentença.

#### 4.11 A decisão omissa

A decisão omissa não é assunto dos mais simples, em que simplesmente se fornece o conceito e um ou outro exemplo. Para tratar do tema, haja vista a necessidade de se entender alguns outros institutos, é imprescindível fazer o esclarecimento de alguns termos e conceitos jurídicos, como o de questão, cognição e ter uma boa noção, principalmente, da teoria dos capítulos da sentença.

Em que pese a necessidade de discorrer sobre os aludidos temas, pode-se, de logo, conceituar a decisão omissa como aquela em que o magistrado deixa de analisar uma questão. Na decisão omissa, portanto, o magistrado não se pronuncia a respeito de uma questão.<sup>295</sup>

O termo questão, na seara processual, tem dois significados. O primeiro significa qualquer ponto ou fato de direito controvertido, de que dependa pronunciamento judicial. Esse é o sentido no inciso II do art. 458 do CPC. Na segunda acepção, a palavra questão assemelha-se a pedido. É a significação do inciso III do art. 458 do CPC.<sup>296</sup>

Outro dispositivo do CPC de alta relevância, que não se pode olvidar no que tange à acepção do termo *questão*, é o art. 468. O texto legal afirma que

---

<sup>295</sup> DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 4. p. 197.

<sup>296</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 53-54; Nesse sentido MOREIRA, José Carlos Barbosa **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo**. In *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 243.

apenas fazem coisa julgada as questões decididas. No artigo de lei ora citado, o sentido da expressão *questão* é pedido. Vale ressaltar ainda que o pedido pode ter vários desdobramentos, e que cada um deles corresponderá, na sentença, a um capítulo, e para fins de trânsito em julgado, cada capítulo deve ser considerado uma decisão *per se*.<sup>297</sup>

Pois bem. Sabe-se que *questão* pode ser qualquer ponto duvidoso, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. E outras vezes, *questão* será o próprio *thema decidendum*, ou pelo menos cada uma das partes em que ele se fraciona, ou seja, um capítulo da sentença.<sup>298</sup>

A cognição, que se estabelece sobre todas as questões, segundo Kazuo Watanabe, é o ato em que o juiz considera, analisa e valora todas as alegações e provas produzidas pelas partes no processo, e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso.<sup>299</sup>

É possível se estudar a cognição nos planos vertical e horizontal. No primeiro plano a cognição será exauriente ou sumária, já no segundo, o plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada.<sup>300</sup>

O resultado final, a decisão judicial propriamente dita, é fruto desse ato de inteligência do juiz, a cognição.

O aprofundamento do estudo da cognição não é objetivo do presente estudo, mas as noções lançadas são fundamentais para se entender a decisão omissa. Saber, portanto, se a cognição exercida possibilitará ou não a formação da coisa julgada não é relevante neste momento.

Fixado e analisada algumas noções sobre os temas acima tratados, impende agora voltar a decisão judicial omissa propriamente dita.

Foi dito que a omissão da decisão judicial consiste no “esquecimento” do magistrado quanto a uma questão.

Pois bem.

---

<sup>297</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo.** In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 243.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: Perfil, 2005. p. 122 e 75.

<sup>300</sup> *Idem*, p. 127.

Em sendo a decisão judicial omissa, é preciso verificar de logo qual a natureza jurídica da omissão. Se a omissão for sobre um ponto controvertido a decisão será nula. Já se o ponto omitido foi o pedido, a decisão não existirá juridicamente.<sup>301</sup>

Tendo o autor pleiteado danos morais e materiais, por exemplo, a decisão judicial deverá tratar cada pedido em um capítulo à parte. Caso o julgado arbitre os danos morais e nada diga sobre os danos materiais, a sentença em si, existirá juridicamente, apesar de inexistir decisão sobre o pedido não julgado.

Não existirá a decisão sobre pedido não julgado.

Sobre o tema percebeu Vallysney de Souza Oliveira que a omissão pode ser total ou parcial. Com escólio na lição do autor, afirma-se que na omissão total existe clara e verdadeira transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo fato de que nenhum pronunciamento foi exarado. E na omissão parcial, há jurisdição deficiente e negação parcial do poder judicial de decidir, como, não julgamento das preliminares e outras questões constantes exclusivamente da relação processual. Continua o autor afirmando que em caso de acumulações de demandas(danos moral e material, por exemplo), na qual apenas um pedido foi julgado, sem que tenha examinado o outro, existe omissão total, porquanto na verdade eram duas as demandas a serem julgadas por uma única sentença, esta dividida substancialmente em capítulos.<sup>302</sup>

Então sempre que o julgamento for omisso a respeito de um pedido, haverá omissão total, independe de quantos pedidos se tenha cumulado. E quando a decisão omitir-se sobre um ponto controvertido, não analisando uma questão de inconstitucionalidade por exemplo, a omissão será parcial.

A natureza jurídica da omissão total é uma não-decisão. Por sua vez, a natureza jurídica da omissão parcial é um decisão nula.

---

<sup>301</sup> Considerando apenas a decisão de um capítulo. Deve ser levado em conta a teoria dos capítulos da sentença.

<sup>302</sup> OLIVEIRA, Vallysney de Souza, **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276.

O ponto merece uma análise com todo o cuidado, pois não está a se afirmar que a sentença que padeça da omissão total necessariamente inexistirá juridicamente. Não é isso.

A sentença que comporta uma omissão total poderá sim existir juridicamente. Veja o exemplo já citado em que há cumulação de pedidos, e apenas um não é julgado. Apesar da omissão total, a sentença existiu juridicamente.

Para evitar a omissão na decisão, o juiz não poderá deixar nada implícito. Deverá se pronunciar em termos inequívocos sobre tudo que se pleiteia, e bem assim sobre o que a lei ordena ao juiz decidir independentemente de pedido, como as custas e os honorários advocatícios.<sup>303</sup>

Deverá o magistrado analisar o pedido, que deve ser certo e determinado conforme predispõe o art. 286 do CPC, não devendo o ir além daquilo que lhe fora pedido sob pena de faltar congruência à sentença: ser *extra ou ultra petita*.<sup>304</sup>

Apesar da regra da congruência, há situações em que o sistema excepciona à regra da congruência no que tange aos pedidos implícitos. Ainda que não expressamente formulado, deve o juiz apreciar.<sup>305</sup> É o caso, por exemplo, dos já mencionados honorários advocatícios.

#### 4.11.1 Há preclusão para o pedido que não foi julgado? Uma análise crítica do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ

Imagine que um autor tenha pedido indenização por danos morais, e o juiz, ao proferir a sentença, julga procedente o pedido relativo mas, nada mencionada a respeito do honorários advocatícios. E passado o prazo para interposição dos recursos cabíveis, a decisão transita em julgado.

Nesse caso há uma decisão omissa, pois não houve pronunciamento sobre um pedido feito pelo autor.

---

<sup>303</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. In Temas de direito processual civil: oitava série. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 123.

<sup>304</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Honorários de sucumbência e o princípio da causalidade** in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005. p. 85.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

E qual seria a saída então? Ajuizar uma nova ação pedindo aquilo que não foi julgado? Rescindir o julgado através de ação rescisória? Realizar uma simples petição e pedir que o juiz se pronuncie? Ou simplesmente não há mais o que fazer e deve entender-se que, apesar de não haver sido julgado, vale o silêncio da sentença, como decisão de improcedência, já agora coberta pela *auctoritas rei iudicatae*? Em outras palavras: o que foi pedido, mas não foi dado nem negado, faz coisa julgada como se negado fora?<sup>306</sup>

O presente ponto investigará tais indagações sobre o assunto, e tentar-se-á encontrar uma saída com critérios científicos e com escólio na teoria do fato jurídico.

a) Análise do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ

O exemplo trazido acima já foi solucionado pelo STJ, cujo entendimento foi cristalizado pelo enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante deste tribunal superior.

Antes de iniciar com as respostas das perguntas feitas há pouco, é importante fazer alguns esclarecimentos sobre o precedente que deu origem ao citado enunciado 453.

Eis a ementa:

**RECURSO ESPECIAL Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6)**

**EMENTA:**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO OMISSO QUANTO AOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. INADMISSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

**Relator:** Min. Luiz Fux

**DECISÃO:**02/12/2009

**DJE** 25/02/2010

---

<sup>306</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo.** *In* Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 245.

O acórdão ora referido é o RESP 886178 RS, que serviu como precedente para a formação do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto é o seguinte: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”

No caso em tela o recorrente ajuizou ação para cobrar honorários advocatícios que, não foram arbitrados em processo anterior. No caso houve omissão judicial quanto ao pedido dos honorários advocatícios.

Apesar de ter sido formulado o pedido na petição inicial do processo anterior, os honorários advocatícios não foram arbitrados, transitando em julgado a decisão, cujo conteúdo nada mencionou acerca da verba sucumbencial.

Após o trânsito em julgado da decisão, foi ajuizada uma nova ação com o intuito único de cobrar os honorários advocatícios, pedido este não julgado no processo anterior.

Ajuizada a ação para a cobrança do pedido não decidido, os honorários advocatícios, a parte ré alegou em preliminar de contestação a coisa julgada com fulcro no inc. V do art. 267 do Código de Processo Civil, argumento este acolhido pelo juízo de 1º grau, e mantido no respectivo tribunal.

Da decisão do tribunal foi interposto o recurso especial, que apesar de conhecido, foi negado provimento de forma unânime, formando assim o acórdão ora comentado e o dando origem ao enunciado n. 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

Impende consignar e comentar alguns pontos do julgado:

*Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada. (ACO 493 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 19-03-1999)*

Na passagem do julgamento ora comentado, o Recurso Especial Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6), é citado pelo Relator, Ministro Luiz Fux, hoje ministro do STF, para reforçar o entendimento de que violaria a coisa julgada admitir ação própria para cobrar honorários advocatícios, uma vez que o remédio cabível seria a interposição de embargos declaratórios da sentença anterior.

Ainda no mesmo sentido do anterior, e trazendo mais um precedente que reforça a sua tese o ministro Fux colaciona o seguinte julgado:

O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença. (Precedentes: AgRg no REsp 886559/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007; REsp 747014/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005; REsp 661880/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004; REsp 237449/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002)

Observe que o entendimento do STJ é firme no sentido de que se a sentença é omissa quanto ao pedido de honorários advocatícios, o remédio jurídico seria a interposição de embargos declaratórios, sob pena de se operar o trânsito em julgado, e não mais ser possível a cobrança das verbas sucumbenciais em ação própria.

E após citar os precedentes acima anotados, o Ministro Relator vota pelo não provimento do recurso especial concluindo:

Destarte, a ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal, e a ausência de oposição de embargos de declaração, fizeram com que a sentença restasse, nesse tópico, abrangida pelo instituto da coisa julgada, sendo passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória.  
RECURSO ESPECIAL Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6)  
Relator: Luiz Fux

O julgado que omitiu a questão dos honorários advocatícios acolheu em parte o pedido do autor, silenciando no tocante ao tópico da sucumbência. Tal questão punha-se como objeto de julgamento à consideração do juiz, e tinha de ser julgado em capítulo específico da sentença, entretanto não o foi.

A conclusão que chegou o ministro foi a seguinte: decisão omissa deveria ser integrada pelos embargos de declaração, e se transitada em julgado, apenas poderia ser passível de modificação se interposta ação rescisória, vedado ingresso de ação própria para a cobrança do pedido não decidido.

Não se concorda com o posicionamento do STJ.

Doravante, serão analisados alguns argumentos que não permite chegar à conclusão que chegou o STJ ao elaborar do enunciado 453.

#### b) Os capítulos da sentença

Não são raros os casos em que no corpo da sentença de mérito o juiz repele preliminares deduzidas com o objetivo de obstar ao julgamento de mérito. Em hipóteses assim, é imperioso e muito útil reconhecer que ao menos dois capítulos essa sentença contém, a saber: (a) o que dispõe sobre o destino do processo reconhecendo a admissibilidade do julgamento de mérito, e (b) o que julga o mérito<sup>307</sup>. Se houver mais de um pedido poderá ser subdividida em tantos capítulos quantos pedidos forem.

Muito dificilmente uma sentença contém o julgamento de uma só pretensão, ou seja, haja uma só decisão. No caso acima elucidado, verifica-se

---

<sup>307</sup> DINAMARCO. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

que há pelo menos dois pontos ao qual haverá (ou pelo menos deveria haver) decisão, quais sejam a questão principal e os honorários advocatícios.

c) Relembrando algumas noções já fixadas sobre os planos do mundo jurídico

O estudo do fato jurídico pode ser feito em três planos, quais sejam: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Essa análise dos três planos é de suma importância para se encontrar, com critérios científicos, uma solução sobre a problemática do pedido não julgado.

Lembre que o plano da existência deve, necessariamente anteceder, ao estudo dos planos da validade e da eficácia. Para saber se o ato é válido ou eficaz, deve-se ter a certeza que antes de mais nada ele exista.

Vale lembrar que o plano da existência, está diretamente ligado à suficiência ou não do suporte fático.

E aquilo que juridicamente inexistente não ingressa no mundo jurídico, ainda que materialmente possa existir, pois não há os elementos mínimos de existência.<sup>308</sup>

E a decisão inexistente não transitará em julgado, pois nem mesmo a coisa julgada não tem o condão de sanar a inexistência, uma vez que só se pode convalidar ou invalidar aquilo que existe.

A inexistência como já fora mencionado está ligada a suficiência do suporte fático, e a invalidade, por sua vez, está ligada a deficiência deste.

d) Análise crítica do posicionamento do STJ

Pois bem, analisado que a sentença sem dispositivo é inexistente, por igualdade será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

<sup>309</sup> Como já mencionado, a omissão judicial pode ser total ou parcial MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração**

Ora, se a sentença é inexistente não produz coisa julgada, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença.<sup>310</sup>

Acerca dos limites objetivos da coisa julgada, é certo que esta só abrange as questões sobre as quais tenha ocorrido julgamento. Aliás, é ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *coisa julgada* não pode deixar de ser a coisa que se julgou. Aquilo que não se julgou não se converte, à evidência, em coisa julgada.<sup>311</sup>

Com efeito, voltando ao acórdão, e, por conseguinte ao enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ, se não há julgamento acerca dos honorários advocatícios, como pode haver a formação da coisa julgada sobre as verbas sucumbenciais? E pior, como é possível caber ação rescisória?

Primeiro, conforme dito, só faz coisa julgada aquilo que se julga. E só se pode rescindir o que é rescindível. Não há como rescindir algo que não existe. É oportuno lembrar a lição de Pontes de Miranda: “O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois não pode ser desfeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito”<sup>312</sup>

Para ser haver a coisa julgada, é preciso acima de mais nada, que se julgue algo. Logo, não será formada coisa julgada daquilo que não se julgou. Sendo assim não se poderá ajuizar ação rescisória, pois não se rescinde o que não existe.

Outra conclusão do julgado que fica evidenciada é a de que a omissão foi considerada um julgamento implicitamente improcedente, pois se os honorários advocatícios não podem mais serem cobrados é porque foram rejeitados.

---

**noutro processo.** In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 247.

<sup>310</sup> *Ibidem.*

<sup>311</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>312</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 13-14.

A improcedência implícita não pode prosperar, principalmente pela função dos embargos declaratórios e algumas hipóteses de ordem pragmática que serão analisadas logo abaixo.

e) A função dos embargos declaratórios

Os recursos são o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>313</sup>.

Os embargos declaratórios são interpostos para esclarecer ou integrar a decisão. A função integrativa dos aclaratórios se dá quando há uma omissão no julgado. É o que dispõe o inc. I do art. 535 do diploma processual civil.<sup>314</sup>

Se a omissão no julgamento fosse considerada julgamento improcedente, não teria sentido algum pôr-se à disposição da parte remédio destinado a propiciar o suprimento de omissão, a menos que se reconheça esta como verdadeiramente como tal. Inexistirá “ponto omissis”, caso se entenda que calar a respeito do item do pedido outra coisa não é senão rejeitá-lo.<sup>315</sup>

Associar a omissão no julgamento com a improcedência implícita aniquilaria a função dos embargos de declaração. Como é cedido, reitere-se, os embargos de declaração servem para integrar e esclarecer a decisão. Ora, se não há o que integrar, uma vez que há a improcedência implícita, deveria se concluir que quando a sentença é omissa a respeito de um determinado ponto, o remédio para a parte seria o recurso de apelação.

Note que confusão é feita quando se admite que a omissão implica no julgamento de improcedência implícito.

---

<sup>313</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. 2008. p. 233.

<sup>314</sup> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

<sup>315</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo**. In *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 248.

Logo o silêncio da decisão acerca de um determinado pedido, ainda que implícito, não pode implicar o julgamento de improcedência sob pena de fulminar a essência dos embargos de declaração.

f) A pragmática da improcedência implícita

Seguindo a linha do posicionamento contrário ao STJ, imagine a seguinte situação hipotética: um grupo de empresas do ramo alimentício, representadas pelas letras do Alfabeto A, B, C e Z, por estarem na mesma situação fática, apesar de concorrentes resolvem contratar um mesmo advogado com o intuito de não pagar um determinado tributo em virtude da inexistência do fato gerador.

Após o trâmite legal do processo, o juiz julga procedente os pedidos das empresas as isentando assim de pagar o aludido tributo. Todavia, na sentença não houve menção à empresa Z. A omissão passou despercebida, e não houve interposição dos embargos declaratórios e de nenhum outro recurso. A decisão, após a remessa necessário, foi mantida na íntegra e transitou em julgado.

Observe que a empresa Z não foi contemplada com o comando sentencial em virtude de uma omissão, apesar da situação fática ser a mesma das outras empresas que formaram o litisconsórcio ativo com ela.

Ora, se for aplicado o entendimento do enunciado da súmula 453 da jurisprudência dominante do STJ, a empresa Z não poderia ingressar com ação posterior para pugnar o não pagamento do tributo em virtude da formação da coisa julgada. E seu pedido deveria ser considerado improcedente em virtude da omissão.

Note que a situação fática dela era a mesma dos outros autores, mas uma vez que o julgado foi omisso em relação ao seu nome, Z deveria continuar pagando o tributo, que seus concorrentes não iriam mais pagar.

Assim, analise que a repercussão desse entendimento do enunciado 435 da súmula da jurisprudência dominante do STJ pode ser devastador, implicando até mesmo uma desigualdade e afetar o direito a livre concorrência. Os outros autores estariam menos onerados em virtude do não pagamento do tributo, já Z deveria pagar em virtude da improcedência implícita aplicada.

No exemplo citado e de acordo com o entendimento do STJ, a empresa Z continuaria pagando o tributo, e estaria impossibilitado de ingressar em juízo em virtude da formação da coisa julgada. E as empresas que ingressaram em conjunto com ela em juízo não estariam pagando.

A depender do caso, poderia ocorrer até mesmo a inviabilidade da atividade de Z, uma vez que seus concorrentes estariam em tamanha vantagem por não pagarem o tributo discutido em questão.

O entendimento decerto não apenas admite a formação de uma coisa julgada que não se julgou, mas viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que afasta da cognição judicial, matéria ainda não resolvida em juízo.

#### g) Conclusões a respeito do tema

Diante de tudo o que foi afirmado, algumas respostas às indagações inicialmente formuladas são óbvias, podendo chegar a uma conclusão sobre a problemática.

Quanto ao ajuizamento da ação rescisória para desconstituir o julgado, certamente não é possível. A coisa julgada pressupõe que algo tenha sido julgado, e na omissão total (pedido não julgado) nada foi julgado. Se nada foi julgado, e não há coisa julgada, a ação rescisória não é o caminho, pois não se pode desconstituir aquilo que não existe.

No que concerne à improcedência do pedido não julgado, verifica-se que não se pode considerar um julgamento omissivo como implicitamente improcedente. Não apenas pelo fato de fulminar a essência dos embargos declaratórios, mas também pelas consequências de ordem pragmática trazidas.

Já que não é cabível ação rescisória nem pode-se considerar o julgamento implicitamente improcedente, seria possível ajuizar uma nova ação pedindo aquilo que não foi julgado?

Há quem pense que sim. Afirma Dinamarco que em havendo omissão, e passando em julgado a sentença, a coisa julgada não impedirá o autor de voltar a juízo com a pretensão não decidida, porque a *auctoritas rei judicatae* nada mais é do que a indiscutibilidade dos efeitos substanciais da sentença e,

obviamente, jamais poderia incidir sobre efeitos que a sentença não houver declarado.<sup>316</sup>

Na mesma linha, Barbosa Moreira ensina que nenhuma norma jurídica proíbe a reiteração de pedido não julgado. A reiteração da ação tem por objeto uma pretensão a cujo respeito ainda não ocorreu prestação jurisdicional de qualquer teor: nem a favor nem contra – nem procedente nem improcedente. Arremata o processualista que a omissão de decidir não se identifica com a declaração de improcedência.<sup>317</sup>

Apesar do grande quilate dos doutrinadores citados, não se concorda com as opiniões. Explica-se.

No momento em que é proposta a ação, gera para o juiz o dever de julgar a pretensão que lhe é submetida. Enquanto o magistrado não julga todos os pedidos haverá a litispendência, no sentido de lide pendente, que só cessará ao transito em julgado da decisão.

Propor uma ação para cobrar o pedido não julgado, é propor ação idêntica à que ainda não foi julgada. Essa segunda ação será litispendente, no sentido do §3º do art. 301 do CPC, ou seja, idêntica à anterior.

Assim, não será possível, em virtude de uma omissão judicial, propor ação para cobrar aquilo que não foi julgado, sob pena da segunda ação ser idêntica àquela que está pendente.

E qual seria a saída então, já que não cabe ação rescisória nem uma nova ação?

Basta uma simples petição dirigida ao juiz que proferiu a decisão omissa. Não é porque o magistrado deixou de julgar um pedido que acaba o dever de prestação jurisdicional.

É oportuno fazer a seguinte reflexão: o juiz profere decisão com a omissão total, e a parte não percebe a omissão e interpõe apelação. O tribunal percebendo a omissão poderá julgar o ponto omissis em sede de apelação?

Leonardo Cunha entende que na eventualidade de o juiz omitir-se quanto aos honorários sucumbenciais, e não opostos os embargos

---

<sup>316</sup> DINAMARCO. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

<sup>317</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo**. In *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 252.

declaratórios, poderá a questão ser erigida ao crivo do tribunal mediante interposição do recurso de apelação, cujo efeito devolutivo tem profundidade ampla e irrestrita, permitindo que a questão não abordada na sentença seja levada ao conhecimento do tribunal.<sup>318</sup> Concorda-se com o posicionamento do processualista.

Não poderia o tribunal julgar em sede de apelação o pedido não julgado, (salvo os pedidos acessórios, como é o caso dos honorários advocatícios, correção monetária etc..) porque implicaria em supressão de instância. Então só o juiz de primeiro grau(aquele que proferiu a decisão omissa), via de regra, é quem poderia sanar a omissão.

Assim, a saída seria a interposição de uma simples petição perante o juízo que foi omissa acerca do pedido, uma vez que não há preclusão quanto ao pedido não julgado.

Em razão de todos os argumentos aqui espostos, certo é que a técnica utilizada pelo STJ para elaborar o enunciado n. 453 não foi das melhores e carece de ser superada (*overruling*).

#### 4.12 Meios de reconhecimento da inexistência processual

É de suma importância o correto combate à inexistência dos atos jurídicos, uma vez que no ordenamento jurídico disponibiliza diferentes meios de impugnação para os atos jurídicos em geral. E como é sabido, o ato tido como inexistente não pode ser desconstituído, tampouco rescindido, mas deve ser declarado como tal.<sup>319</sup>

É oportuno, diante dos diversos meios de impugnação às decisões judiciais, rechaçar, de plano, o uso de alguns para o combate à inexistência.

---

<sup>318</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Honorários de sucumbência e o princípio da causalidade** in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005. p. 85.

<sup>319</sup> Na própria Alemanha, em meados do século XIX (1879) com a entrada em vigor da *justicia civil alemán* foi estabelecido diferentes espécies recursais para impugnar o inexistente o e nulo. RAGONE, Álvaro Perez. **Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal alemana: revisión contemporánea** in Teoria do processo (Coord. DIDIER JR., Fredie). Salvador: Juspodivm, 2010. p. 24.

O primeiro meio de impugnação à decisão judicial que deve ser descartado para combater a inexistência é a ação rescisória, cujo objeto de impugnação é a decisão judicial transitada em julgado.

O raciocínio é o mesmo usado no comentário ao enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ: não se pode desconstituir algo que não existe.<sup>320</sup>

Com efeito, a ação anulatória em geral também não é meio apropriado para combater a inexistência. Conforme dito nos comentários ao plano da validade, a nulidade está ligada a imperfeição do ato jurídico (há uma deficiência no suporte fático). Sendo o ato jurídico inexistente (houve insuficiência do suporte fático), não há que se falar em decretação de invalidade.

A *querela nullitatis* também não é meio adequado para combate à inexistência, uma vez que é espécie de ação anulatória. Esse tipo de ação tem a finalidade de combater sentença proferida contra o réu considerado revel e que não tenha sido citado.

A citação, como será visto adiante, não é causa de inexistência de sentença, muito menos de processo. Logo a *querela*, ação anulatória que é, não poderia ser usada para reconhecer a inexistência.

Até agora apenas se falou dos meios que não servem para reconhecer a inexistência jurídica. Doravante, serão tratados os meios hábeis para o combate à inexistência em geral, e por óbvio, processual.

O ato inexistente, que não é ato jurídico mas simples fato, não precisa ser desconstituído já que *não é*. Do nada, nada pode surgir. Assim, o máximo que se há de admitir é a necessidade de se reconhecer essa situação de fato, bastando para isso uma simples declaração.<sup>321</sup>

O máximo que se pode extrair do inexistente é a incerteza de que ele realmente não existe. Não havendo suspeita nada será necessário. Do

---

<sup>320</sup> “Não se pode rescindir a sentença inexistente.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. Tomo IV. p. 500.

<sup>321</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.

contrário, sendo duvidoso o seu reconhecimento, cabível a ação declaratória.<sup>322</sup>

Pairando essa dúvida, deverá ser ajuizada ação declaratória para que se torne claro, que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata.<sup>323</sup>

Caso o juiz, que pratica atos no processo já esteja aposentado, todos os atos praticados por ele deverão ser havidos por inexistentes. A sentença não poderá ser alvo de ação rescisória, uma vez que não entrou no mundo jurídico.

Já o pseudo processo que tramitou perante um oficial de justiça também deverá ser declarado inexistente, uma vez que o suporte fático do processo não foi suficiente, ou seja, o processo inexistiu.

Bastaria a ação declaratória, já que é o meio hábil para reconhecer a inexistência.

Apesar de pouco comentada, a simples petição pode ser a saída, em determinadas situações, para que seja reconhecida a inexistência processual. Basta lembrar aqui o que fora dito sobre o enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ. Não é preciso ajuizar nova demanda, basta pedir (através de simples petição) no processo cuja decisão foi omissa.

Imagine também que após o despacho que determina a citação do réu, o juiz seja aposentado compulsoriamente. Não sabendo que já estava aposentado, o magistrado continua a praticar atos no processo, e até mesmo chega a proferir a sentença.

Nessa hipótese bastaria a interposição de uma simples petição de qualquer das partes dirigida ao órgão jurisdicional competente (ao juiz que iria substituir o aposentado), para que se reconhecesse a inexistência jurídica dos atos que o magistrado aposentado praticou após perder a investidura de jurisdição.

Para problematizar um pouco mais. Considere o mesmo exemplo, e que ao invés da parte ré, após a sentença, interpor uma simples petição, interpõe

---

<sup>322</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 54.

<sup>323</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 118.

um recurso de apelação e o juiz (aposentado já) remete os autos ao tribunal. Indaga-se o que deveria fazer o tribunal?

Diante de tal situação, deverá o tribunal determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para que o feito tenha seu trâmite regular, uma vez que não poderia ser realizado o julgamento da apelação sob pena de supressão de instância, haja vista que não houve, juridicamente falando, o negócio jurídico processual: sentença.

Mas, admita que o tribunal, não observando a falta de jurisdição da pessoa que proferiu a “sentença” decide julgar a apelação. É a mesma situação, da parte que interpõe recurso de apelação contra sentença, cuja assinatura do juiz foi falsificada por assessor, por exemplo. Nessa hipótese, em que o recurso foi interposto contra uma não-decisão, é possível considerar que acórdão proferido existiu juridicamente?

A resposta é positiva.

Lembre que o estudo da inexistência pode ser feito apenas sobre um ato singular, bem como pode recair sobre todo o procedimento. E também a inexistência de um ato (a sentença no caso aventado) não implica na inexistência dos demais atos (o acórdão).

Não é porque a sentença não entrou no mundo jurídico, no primeiro caso por não ter sido proferida por pessoa investida de jurisdição (juiz aposentado), e no segundo caso porque não houve vontade na constituição do negócio jurídico processual que é (a assinatura não foi a de quem era investido de jurisdição – foi falsificada), que o acórdão não ingressaria também.

O acórdão que julga a apelação contra sentença inexistente tem o seu suporte fático suficiente, ele entra no mundo jurídico. Mas embora existente, o julgado não é válido, há deficiência em seu suporte fático, pois no caso em tela houve uma supressão de instância.

Não se pode olvidar, por fim, que os embargos declaratórios, de certa forma, servem para o reconhecimento da inexistência. O ponto sobre a o pedido não julgado corrobora o que ora se afirma.

Anteriormente já foi dito que a inexistência não convalida com o tempo nem pode ser ratificada. Sendo assim, pode-se concluir que não há preclusão para o reconhecimento da inexistência. Se a sentença, por exemplo, não

entrou no mundo jurídico, não há prazo para ser reconhecida como inexistente.<sup>324</sup>

Conclui-se então, que a inexistência é o nada jurídico e pode ser declarada a qualquer tempo, não havendo o que falar de preclusão.<sup>325</sup> Com efeito, não será cabível para o reconhecimento da inexistência a ação rescisória, nem qualquer tipo de ação anulatória, aí incluída a *querela nullitatis*.

A ação declaratória, por sua vez, é o principal meio de reconhecimento da inexistência, além, com a devida acuidade, dos embargos declaratórios e da simples petição nos autos.

---

<sup>324</sup> A sentença inexistente não pode ser convalidada com o decurso do tempo, e pode ser combatida independentemente de ação rescisória. TALAMINI, Eduardo. **Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil** in Revista dialética de direito processual. n. 29. São Paulo: Dialética, 2005. p. 53.; A sentença juridicamente inexistente é combatida através de ação declaratória. SILVA, Érica Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”** in *Repro*. n. 145. São Paulo: RT, 2007. p. 101

<sup>325</sup> MITIDIERO, Daniel. **O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro** in Revista de direito processual civil. n. 35. Curitiba: Genesis, 2005. p. 49.; Nesse sentido “O interessando poderá alegar a inexistência do ato ou processo a qualquer momento, sempre que se verificar que alguém pretenda tirar proveito do ato.” COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 90.

## 5 A (IN)EXISTÊNCIA PROCESSUAL

Neste capítulo serão abordados alguns exemplos de situações que normalmente são tratadas como inexistente, mas na verdade não são. Apesar de parte da doutrina reputar que o problema está ligado ao plano da existência, a análise mais detalhada demonstrará que não.

É importante ressaltar que as hipóteses adiante tratadas não são exaustivas, apenas alguns exemplos tidos como mais relevantes é que serão investigados.

### 5.1 Decisões inconstitucionais

Na seara das decisões inconstitucionais a literatura a respeito de temas ligados ao assunto, como a coisa julgada inconstitucional e a relativização da coisa julgada, é vasta. E apesar dessa abundância de fontes relacionadas aos temas, faz-se necessário colocar alguns pingos nos is.

Sobre a relativização da coisa julgada, deve ser chamada atenção que o termo *relativizar* não é verbo, e portanto a conjugação relativização não se encontra no dicionário da língua portuguesa. Gramaticalmente, então, não existe o termo relativização.

Questão terminológica à parte, a reflexão sobre a relativização da coisa julgada deve ser pensada. Quando se afirma que algo deve ser relativizado, como a coisa julgada, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto. Assim, não faz sentido a relativização do que já é relativo. Percebeu com muita propriedade Barbosa Moreira que, o que se pode querer – e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita – é a ampliação das hipóteses de relativização da coisa julgada, ou nada mais que o alargamento dos limites da relativização.<sup>326</sup>

Apenas haveria sentido falar na relativização da coisa julgada se esta fosse absoluta. Mas o próprio ordenamento jurídico fornece meios idôneos para

---

<sup>326</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada** in Revista dialética de direito processual. n. 22. São Paulo: Dialética, 2005. p. 91.

impugnar a decisão transitada em julgado, como é o caso da ação rescisória disciplinada pelo próprio CPC.

A respeito da *coisa julgada inconstitucional*, trata-se de expressão já consagrada na doutrina. E embora usual, o termo não pode escapar da devida análise crítica, na medida em que a inconstitucionalidade se refere a algo que é contrário à constituição. E o que é contrário à constituição é a decisão judicial, não a coisa julgada.<sup>327</sup>

A coisa julgada, portanto, jamais poderá ser inconstitucional, uma vez que não será, em hipótese alguma, contrária à constituição. Já a decisão judicial, essa sim, estará suscetível de ser contrária à norma constitucional.

Pois bem. Feita a devida ressalva, há de se investigar se a sentença baseada em lei inconstitucional é juridicamente existente ou não.

Há quem considere que a decisão judicial transitada em julgado baseada em lei inconstitucional é juridicamente inexistente. Quem defende esse argumento afirma que se a lei (que for base da sentença) for excluída do ordenamento jurídico, desaparecerá uma das condições da ação, qual seja: a possibilidade jurídica do pedido. Sendo assim, seria inexistente a sentença.<sup>328</sup>

O argumento não é dos mais sólidos, e não deve ser seguido.

A inconstitucionalidade não é um vício capaz de gerar a inexistência. Aliás, nenhum vício é capaz de gerar a inexistência. A sentença inconstitucional é viciada e eficaz até ser desconstituída.<sup>329</sup> E lembre que para o ato ser defeituoso, como a decisão inconstitucional é, precisa existir, não podendo ser considerada inexistente.

---

<sup>327</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada** in Revista dialética de direito processual. n. 22. São Paulo: Dialética, 2005. p. 103.; Também percebeu a autora, assim como Barbosa Moreira a inconsistência na expressão coisa julgada inconstitucional SILVA, Érica Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”** in *Repro.* n. 145. São Paulo: RT, 2007. p. 87.

<sup>328</sup> OLIANI, José Alexandre Manzano. **Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência?** in *Repro.* n. 112. São Paulo: RT, 2003. p. 231-232.

<sup>329</sup> SILVA, Érica Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”** in *Repro.* n. 145. São Paulo: RT, 2007. p. 97-98.

Ainda que se fosse dito que a lei inconstitucional é uma não-lei, nem mesmo assim poder-se-ia afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente.<sup>330</sup>

Uma coisa é a lei ser inconstitucional ou inexistente. Outra coisa, completamente diferente, é a decisão judicial, existente juridicamente diga-se, ser baseada em lei inconstitucional ou em lei inexistente.

No que tange à decisão baseada em lei inconstitucional ou em lei inexistente, conclui-se que o julgado entrou no plano da existência, existiu juridicamente.<sup>331</sup>

## 5.2 Competência constitucional

### a) Noções iniciais sobre a competência em geral

O estudo da competência, cujo conceito é lógico-jurídico como já mencionado alhures, não é privativo do direito processual, mas pertence à teoria geral do direito. Tanto é assim, que é encontrada análise de sua semântica, não só no ramo processual, mas também na seara do direito administrativo<sup>332</sup>, tributário<sup>333</sup> dentre outras áreas do direito.

---

<sup>330</sup> Acredita Donaldo Armelin que nem nulidade, propriamente, padeceria essa sentença que aplica a lei inconstitucional. Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito estaria, segundo o autor, no conteúdo da solução que ela dá à causa. ARMELIN, Donaldo. **Flexibilização da coisa julgada** in Relativização da coisa julgada (Coord. DIDIER JR., Fredie). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 130.

<sup>331</sup> Nesse sentido. CARVALHO, Fabiano. **Ação rescisória**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

<sup>332</sup> Costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – que *competências* são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes*, ou um círculo de *poderes*. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. Visto que o ‘poder’ expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, a competência pode ser conceituada como *o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos a satisfação de interesses públicos* MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132–134.; “Pode-se definir competência, como **o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.**” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A: 2005. p. 196.

No dicionário da língua portuguesa o termo competência significa “qualidade de quem é capaz de apreciar e resolver certo assunto, fazer determinada coisa; capacidade, habilidade, aptidão, idoneidade.”<sup>334</sup>

Competência, em teoria geral do direito, nada mais é do que a delimitação da jurisdição. Ainda pode ser conceituada como o limite da jurisdição.<sup>335</sup>

Acerca do estudo da competência, deve ser registrada, na íntegra, a importante lição do jurista Leonardo Carneiro da Cunha: “Somente pode se falar de competência, se houver mais de um órgão incumbido do exercício de dado poder. Sendo o poder concentrado num órgão apenas, não há que se falar em competência. A competência pressupõe, portanto, divisão de atribuições de um mesmo órgão.”<sup>336</sup>

Percebeu, corretamente, o autor, que se não há mais de um órgão com poder não haverá nada o que se falar de competência, cujo conceito passa

---

<sup>333</sup> a competência tributária – ou seja, a aptidão para criar tributos – da União, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência pela constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisão sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 93.

<sup>334</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico**. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. p. 164.

<sup>335</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 87.; Para José Orlando Rocha Carvalho, competência constitui o âmbito do poder de dizer o direito do magistrado. (138)CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 138.; Moacyr Amaral Santos, por sua vez, ensina que competência é: “o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos pela lei. Ou, conforme conceituação generalizada, é o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição.” SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 199.; Já Humberto Teodoro Júnior leciona que competência é “o critério de distribuir entre os vários órgãos do judiciário as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 176.

<sup>336</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008. p. 52.

justamente pela noção de divisão. Em não havendo a repartição, não haverá competência.

Por fim, não se pode olvidar que a competência é uma espécie de legitimação para prática do ato jurídico. Uma vez que a competência delimita a jurisdição, pode-se afirmar que somente tem legitimidade para a prática de atos judiciais aquele juízo que seja competente por determinação legal.<sup>337</sup>

#### b) Incompetência constitucional

Já foi fixado como premissa no item anterior que a competência é uma espécie de legitimação para a prática do ato jurídico, e que ela delimita a jurisdição.

Com base nessas premissas e algumas outras já fixadas no corpo do trabalho, resta saber quais as conseqüências da prática do ato jurídico consumado por aquele que não tem competência. E caso essa competência seja estabelecida por normas constitucionais?

Há quem afirme que os atos praticados pelo juiz incompetente constitucionalmente, não serão nulos, mas inexistentes.<sup>338</sup>

É o caso, por exemplo, de Calmon de Passos. O jurista baiano defende a tese da inexistência ensinando que o poder de julgar do magistrado tem suas raízes na constituição. E a investidura do poder de julgar (que é repartido entre as chamadas jurisdições especiais e comum) é limitada justamente pela carta magna. O exercício das atividades do magistrado fora dos limites traçados na constituição importaria, mais que em defeito de competência, mas no próprio defeito de jurisdição. E segundo Calmon o que ocorresse fora dos limites

---

<sup>337</sup> Assim percebeu CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico.** in Revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377.; Concluindo que a competência é uma capacidade, e não legitimidade, pois é aferida em abstrato e não em concreto. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **A competência como uma capacidade de exercício de direitos.** in Revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 544.

<sup>338</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 51.

constitucionais seria, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, conseqüentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual.<sup>339</sup>

Apesar de interessante os argumentos lançados por Calmon de Passos, não se pode considerar os atos praticados pelo juiz incompetente, ainda que essa incompetência seja constitucional, como juridicamente inexistentes. Explica-se.

É inerente à todo órgão jurisdicional a chamada competência mínima, ou seja, todo juiz é competente para se julgar incompetente, ainda que seja para reconhecer a incompetência constitucional.<sup>340</sup> Isso porque a competência pressupõe a jurisdição. Não havendo jurisdição, não há que se falar em competência.<sup>341</sup>

Ausência de competência não é falta de jurisdição.<sup>342</sup> Todo juiz é investido de jurisdição devendo exercê-la dentro de alguns limites, já a

---

<sup>339</sup> Eis a lição do jurista na íntegra: ““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 (penal – militar – art. 124; eleitoral – art. 121; do trabalho – art. 114; federal – art. 109) 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 em 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.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III. p. 322.

<sup>340</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 158.; No mesmo sentido: A ausência de competência não é pressupostos processual. Ainda que a competência seja constitucional, o juiz sempre tem competência em abstrato. TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 139.

<sup>341</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico**. in revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 378.

<sup>342</sup> Afirma o autor que a incompetência se dá pela falta de atribuição legal para conhecer de uma entre outras causas de igual relevância e atribuídas a juizes de igual atribuição dentro da hierarquia jurisdicional e da partilha de competência feita pela constituição. CARVALHO, José

competência impõe perímetros ao juiz, para que ele possa legitimamente exercer seu poder jurisdicional.<sup>343</sup> E caso extrapole esse limite, haverá falta de competência e não de jurisdição.<sup>344</sup>

Com efeito, para evitar dúvidas sobre o tema, vale lembrar a insuperável lição do professor Marcos Bernardes de Mello a respeito. Para ele o ato jurídico praticado por quem não seja titular de cargo ou função públicos é um não-ato. Já o ato praticado pelo titular incompetente, é ato jurídico, porém nulo. A titularidade do cargo ou função públicos compõe o núcleo do suporte fático do ato jurídico de direito público, sendo, portanto, elemento de suficiência.<sup>345</sup>

Ora, uma sentença (ato jurídico) elaborada por um advogado (pessoa não titular de cargo ou função pública) não será ato jurídico. Por sua vez, a sentença cível elaborada por um juiz criminal será um ato jurídico, embora nulo.

Não se pode olvidar que a falta de competência, ainda que absoluta, não acarreta sequer a extinção do feito.<sup>346</sup> Apenas determina a remessa dos autos ao órgão competente para o prosseguimento do feito.<sup>347</sup>

Conclui-se, portanto, que a incompetência, ainda que inconstitucional não é pressuposto de existência do processo.<sup>348</sup>

### 5.3 Nulidades processuais

---

Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 135.

<sup>343</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128

<sup>344</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 158.

<sup>345</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

<sup>346</sup> No caso dos juizados especiais, a incompetência territorial poderá ser causa de extinção do processo conforme inciso III do art. 51 da Lei 9.099/95.

<sup>347</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Aspectos da “extinção do processo” conforme o 329**. In *Temas de direito processual civil: quinta série*. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 93.

<sup>348</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 228.; Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 151.

Tarefa das mais difíceis no direito é escrever sobre a teoria da nulidade dos atos processuais. Não apenas pela complexidade do tema em si, mas sobretudo pela divergência de entendimentos na doutrina a respeito.

Com efeito, não se pode simplesmente transportar a teoria das nulidades do direito civil e aplicá-la indistintamente aos atos processuais. Embora possam ser aproveitadas, no âmbito processual, algumas noções de teoria geral das nulidades e dos planos do mundo jurídico.

Assim como foi falado quando se comentou o plano da validade, não há ato processual viciado o bastante para ser considerado inexistente. Se o ato processual é nulo, significa que existe. A noção deve permanecer.

Outrossim, a nulidade é sempre decorrente de um problema congênito,<sup>349</sup> pois não há causa de invalidade superveniente.

É importante não baralhar ato defeituoso com ato Inválido. O primeiro é o que se vê, o ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado com a conseqüente destruição do ato.<sup>350</sup>

A divergência acerca das nulidades processuais chega ao ápice ao se analisar a classificação dos atos nulos. É oportuno, então, analisar algumas das classificações dos atos processuais nulos.

A divisão clássica das invalidades reside em rotular os atos processuais: absolutamente nulos, relativamente nulos ou anuláveis. Onde a nulidade absoluta teria como característica a ofensa a uma norma que visa resguardar o interesse público, sendo assim insanável. Já quando a norma violada tiver por objeto um interesse da parte, de natureza privada, a hipótese será de nulidade relativa ou anulabilidade.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 71.

<sup>350</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p .17; Faz o alerta Dall`Agnol que a invalidade não se identifica com o vício, mas é estado conseqüente à decretação judicial. A nulidade não existe antes da pronunicação pelo juiz. DALL `AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. p. 43.

<sup>351</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 29.

Integrada a esta clássica divisão das invalidades, há a categoria das irregularidades, que são vícios de pequena importância, de modo que o não tem potencialidade para trazer prejuízo a qualquer das partes. O ato processual irregular é existente, válido e eficaz, sendo passível de regularização de ofício a qualquer tempo.<sup>352</sup>

Apesar da tradicional classificação, não se pode aceitá-la, pois não há nulidade insanável.<sup>353</sup> Até a mais gritante das nulidades, a falta de citação válida, pode ser sanada pelo comparecimento espontâneo daquele que não foi validamente citado. E deve-se levar em conta, também, que após o prazo da ação rescisória, as nulidades absolutas (incompetência absoluta, por exemplo) ditas insanáveis, são convalidadas.<sup>354</sup>

Não se pode olvidar a menção às nulidades cominadas e não cominadas. Nessa classificação é levado em conta se a sanção de invalidade é ou não prevista pela norma jurídica.

Esta última classificação é posta em xeque porque o legislador, numa tentativa de salvar o processo, mais se preocupou com as regras contrárias à nulidade do que em cominá-las.<sup>355</sup> Além do mais, se não houver prejuízo não haverá nulidade, ainda que cominada. É o caso da falta de intervenção do Ministério Público no processo em que o menor é autor.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 30.

<sup>353</sup> DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 85.

<sup>354</sup> Para o autor, existe a categoria de nulidade absoluta, como é o caso da incompetência absoluta. DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. p. 52.

<sup>355</sup> Daí a surpresa de Pontes de Miranda ao estudar as nulidades processuais. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo III. p. 321.

<sup>356</sup> Nesse sentido o STJ já se posicionou: REsp 1010521/PE "II - Segundo precedentes desta Corte, até mesmo nas causas em que a intervenção do Parquet é obrigatória em face a interesse de menor, é necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a referida nulidade."; Ver também o REsp 847597 / SC "Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se - a teor do acórdão recorrido - o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido."

Apesar das inúmeras tentativas de sistematizar uma classificação das nulidades dos processuais, acredita-se que há apenas uma categoria processual acerca da invalidade dos atos processuais, qual seja: a invalidade processual.<sup>357</sup>

E a invalidade processual só seria decretada quando não pudesse mais ser sanado o ato processual defeituoso, pois é presumida a validade *prima facie*.<sup>358</sup> Até mesmo as matérias cognoscíveis de ofício, segundo Antonio do Passo Cabral, não podem ser decretadas inválidas de ofício, segundo o autor, deve o magistrado atender ao princípio do contraditório e permitir que as partes debatam o tema, e possam influenciar na sua decisão.<sup>359</sup>

Desta forma, resta concluir que não há, no direito brasileiro, uma sistematização adequada acerca das nulidades processuais e, que a teoria das nulidades adotada no direito civil não pode ser aplicada aos atos processuais.

Apesar da conclusão acima, vale uma reflexão sobre a expressão *processo nulo*.

Apesar de já consagrada no jargão jurídico, tecnicamente, ao que parece, não pode existir processo nulo. Explica-se.

Como o processo é ato complexo, ou seja, um conjunto de atos e fatos, já alertava Pontes de Miranda que a expressão deveria ser evitada, pois nulo é o ato processual ou os atos processuais cujo suporte fático é(são) deficiente(s),<sup>360</sup> jamais todo o processo.

Parece ter razão o jurista alagoano, uma vez que o processo não é formado exclusivamente por atos processuais, mas também o compõe fatos jurídicos que não transitam pelo plano da validade como os atos-fatos (o preparo recursal) e os fatos jurídicos *stricto sensu* (a morte do autor). Assim, como afirmou Pontes, não poderia o processo ser todo nulo, já que nem todo fato jurídico que o compõe passará pelo plano da validade.

---

<sup>357</sup> Nesse sentido DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

<sup>358</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 194.

<sup>359</sup> *Idem*, p. 247 e 250.

<sup>360</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I. p. 294.

### 5.3.1 Sanção de invalidade

Ao se falar das invalidades processuais a doutrina normalmente não é uníssona. E não é diferente a investigação que se faz para saber se a invalidade é ou não uma sanção.

Há quem entenda que a nulidade não é sanção, pois não supõe ilicitude. Afirmam Tesheiner e Baggio que as normas potestativas são regras técnicas: estabelecem os requisitos necessários para obtenção de um resultado. E se não forem observadas não haveria ilicitude, apenas não se alcançaria a finalidade desejada. E segundo os autores a nulidade expressa a inidoneidade de um ato para alcançar as conseqüências jurídicas pretendidas pelo agente.<sup>361</sup>

Apesar do entendimento contrário, a invalidade deve ser vista como uma sanção, e somente pode ser reconhecida via pronunciamento jurisdicional.<sup>362</sup>

Deve-se entender, como a maioria da doutrina, que a decretação de invalidade é uma sanção aplicada pelo órgão jurisdicional ao ato defeituoso.<sup>363</sup>

### 5.4 A decisão *extra petita*: estudos acerca da sua (in)existência

---

<sup>361</sup> TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53.; Também não considera a invalidade como sanção KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. 181-182.; SILVA, Beclate Oliveira. **A (in)consistência do plano da validade na concepção Pontiana – Ato jurídico inválido: argumento ou artifício**. In: Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 35. p. 10.

<sup>362</sup> MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

<sup>363</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 31.; No mesmo sentido AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 500.; Acredita o autor que a invalidade é sanção decorrente da viciosidade do ato, por vezes com ela confundida, como se dá, com alguma freqüência, entre os civilistas e parcela dos administrativistas e processualistas. DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. p. 44.; DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 72.;

O estudo da decisão *extra petita*, que terá por base o método indutivo, e admitirá como ponto de partida o REsp 156483/AL. Nesse julgado a sexta turma do STJ concluiu que o acórdão que julga recurso especial, contendo matéria absolutamente distinta daquela constante do recurso, deve ser considerado juridicamente inexistente.

Eis a ementa:

PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. ACÓRDÃO QUE JULGOU MATÉRIA DISTINTA DAQUELA POSTA EM DEBATE NO RECURSO ESPECIAL. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O PEDIDO E O CONTEÚDO DA DECISÃO. ACÓRDÃO INEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. NOVO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. MÉRITO. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO PARA IMPUGNAR EMBARGOS INFRINGENTES. PRECLUSÃO.

1. O acórdão que julga recurso especial, contendo matéria absolutamente distinta daquela constante do recurso, deve ser considerado inexistente.

2. Sentença inexistente é aquela que existe apenas fisicamente, mas não existe do ponto de vista jurídico, pois não está apta a produzir nenhum tipo de efeito.

3. A sentença juridicamente inexistente não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade.

4. Desse modo não sendo acobertada pela coisa julgada e tampouco produzindo qualquer efeito, não pode ser considerado aquele acórdão, razão pela qual outro deve ser proferido, anulando-se aquela assentada e concluindo-se a prestação jurisdicional lançada a esta Corte, através do recurso especial interposto.

5. A intimação da União, de acordo com a Lei Complementar no 73/93, deve ser feita pessoalmente, o que não ocorreu na espécie.

6. Contudo, a alegada nulidade não foi aventada no primeiro momento processual oportuno, qual seja, os embargos declaratórios, razão pela qual encontra óbice na preclusão.

7. Recurso especial não conhecido

REsp 156483 / AL

Relatora: MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Órgão Julgador SEXTA TURMA

Data Julgamento 18/12/2006

a) Os detalhes do julgado.

O caso em comento envolve a União, que era parte ré na demanda, e interpôs recurso contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que proveu embargos infringentes para entender inaplicável a MP 154 (Plano Collor), no caso de direito adquirido ao reajuste de reposição salarial pelo IPC, relativo ao período de 16/02/90 a 15/03/90.

Em seu recurso especial a União alega, unicamente, que houve violação ao art. 38 da Lei Complementar no 38/93, porquanto a União não foi intimada na forma determinada por este dispositivo legal, razão pela qual transcorreu *in albis* o seu prazo para impugnar os embargos infringentes apresentados.

O recurso especial foi conhecido pelo STJ. No julgamento ficou assentado que a União deveria conceder os benefícios do plano verão ao particular.

Os autos foram remetidos ao juiz de origem, mas a União peticionou ao requerendo fossem os autos devolvidos ao STJ para correção de erro material, consubstanciado na prolação de acórdão em total desconformidade com o recurso especial interposto. Uma vez que o Resp se fundamentou em uma matéria e o acórdão julgou outra totalmente distinta.

Apesar do juízo singular indeferir o pedido, entendendo que a via cabível seria a ação rescisória para a correção do erro material, o TRF da 5ª Região, via agravo de instrumento da União, determinou a remessa dos autos ao STJ, para apreciação do requerimento de correção do acórdão.

#### *b)* Análise crítica sobre as conclusões do STJ

Observa-se que o acórdão não se relaciona em nada com o pedido do recurso especial, tampouco com qualquer outra matéria discutida no processo. Haja vista que os índices definidos foram sobre o Plano Verão, enquanto o pedido do particular era referente ao Plano Collor.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura considerou que o acórdão era juridicamente inexistente pois não estaria apto a produzir nenhum tipo de efeito. E ratificou a relatora que esse tipo de decisão não faz coisa julgada, pois que a função jurisdicional do juiz sequer foi finalizada, por absoluta impropriedade do ato produzido.

Concluiu a ministra que o acórdão prolatado é inexistente e, portanto, insuscetível de produzir qualquer efeito.

Mais uma vez se observa que alguns conceitos são baralhados.

Em primeiro lugar, a impossibilidade da formação da coisa julgada não implica na inexistência da decisão judicial. Uma coisa é o instituto da coisa

julgada, outra coisa, complemento diferente, é a decisão judicial. São inconfundíveis.

E depois, há confusão entre efeito e inexistência. Não se pode conceituar o inexistente como aquilo que não produz efeito, pois trata-se de eficácia. Conforme dito no comentário do plano da eficácia, o ato inexistente não é aquele que não produz efeito, isso é conceito de ato ineficaz. Inexistente é o ato que não entrou no mundo jurídico.

### c) A natureza jurídica e solução para o julgado em análise

A conclusão de que a decisão era juridicamente inexistente serviu para que fosse proferido outro acórdão, uma vez que o pedido principal não tinha sido julgado.

Mas não se pode considerar inexistente juridicamente. O acórdão entrou, sim, no mundo jurídico. Ocorre que tratou-se de julgado *extra petita*, pois concedeu coisa diversa daquilo que foi pedido inicialmente. Todavia, o julgamento do pedido referente ao plano verão (pedido não julgado) é que não entrou no mundo jurídico, uma vez que não houve decisão a esse respeito.

Assim, pode-se constatar o seguinte: o acórdão que concede coisa diversa daquilo pedido pelo autor é decisão *extra petita* e entra no mundo jurídico, embora inexista juridicamente decisão sobre o pedido não julgado. Ou seja, além de ser *extra petita* é também decisão judicial *citra petita*, pois o órgão jurisdicional não só *inventou* como também *esqueceu*.

Para se chegar a uma solução da problemática há que se levar em conta, ao menos que brevemente, o estudo da preclusão e a aplicação do art. 463<sup>364</sup> do código de processo civil.

O dispositivo acima aludido menciona que após ser proferida a sentença o juiz não poderá mais modificá-la, salvo as exceções mencionadas. E tal artigo, não se aplica exclusivamente às sentenças, mas abrange os acórdãos

---

<sup>364</sup> Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

também. Então, proferido o acórdão, o tribunal, via de regra, não poderia mais modificá-lo, pois haveria preclusão para o órgão jurisdicional.<sup>365</sup>

Para se chegar a uma conclusão com critérios científicos, é imprescindível uma reflexão sobre a aplicação do art. 463 do CPC.

Proferindo sentença sobre pedido único de danos morais, não pode o juiz, após a publicação da decisão, modificar o julgado, pois houve a perda da situação jurídica ativa, ou seja, ocorreu a preclusão consumativa, que nesse caso é efeito do julgado.

Sendo a sentença *extra* e *citra petita* ao mesmo tempo (autor pede indenização por danos morais, mas o juiz condena a rescindir o contrato) a preclusão consumativa (efeito do negócio jurídico processual – decisão judicial) apenas vai operar sobre o pedido julgado. Ou seja, não poderá o juiz simplesmente, de ofício, anular a parte do julgado que fala sobre a rescisão contratual e julgar o pedido de indenização por danos morais.

Cabe às partes requer a invalidação da parte *extra petita* da sentença, não ao juiz, já que em virtude da preclusão consumativa este não poderia fazê-lo de ofício.

Sobre o pedido não julgado, deve ser aplicado o mesmo raciocínio do item a respeito, ou seja, uma simples petição dirigida ao órgão jurisdicional que não julgou o pedido resolveria o problema, na medida em que não há preclusão.

Tudo o que foi dito acima, aplica-se ao acórdão ora comentado.

Não poderia o STJ de ofício desconsiderar o julgamento sobre o Plano Verão, pois houve preclusão sobre este capítulo. E sobre o Plano Collor, não há problemas em julgá-lo, pois não houve julgamento a respeito.

Assim, pode-se concluir, que a decisão *extra petita* é juridicamente existente, e chega até a produzir efeitos (impede o juiz de re-decidir a matéria em virtude da preclusão consumativa). E deve ser aplicado o que foi dito sobre o pedido não julgado à parte omissa da decisão.

---

<sup>365</sup> Reconhecendo a possibilidade de preclusão para o juiz DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 175.

## 5.5 Inadmissibilidade

O estudo do juízo de admissibilidade, assim como a inexistência, pode ter o enfoque tanto de um ato apenas, quanto de todo o procedimento.

É nele onde se verifica a existência dos requisitos de admissibilidade. Não pode ser confundido com o juízo de mérito, que é aquele 'em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação.<sup>366</sup>

Não se pode olvidar que o Juízo de admissibilidade é juízo sobre a validade do processo,<sup>367</sup> não podendo estar atrelado ao plano de existência processual.

Ao decretar a inadmissibilidade de um ato em particular ou de todo o procedimento, não está o juiz reconhecendo sua inexistência, afinal a análise do plano de existência é anterior ao juízo de admissibilidade.

Explica-se.

Como o juízo de admissibilidade é análise sobre a validade do procedimento, significa dizer que é juízo feito após a constatação da existência do processo, pois a análise do plano validade é sempre posterior ao plano da existência. Se é a validade do procedimento que está-se avaliando, é porque há a certeza da existência, pois o plano da validade é sempre posterior ao plano de existência.

Assim, a admissibilidade em nada afeta a existência do processo.

## 5.6 Condições da ação

---

<sup>366</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p .24-25.

<sup>367</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p .17.; Para Calmon de Passos a Inadmissibilidade é uma invalidade abrangente, que se poderia conceituar como falta de aptidão do procedimento para alcançar seu resultado típico ou, em palavras mais específicas do processo jurisdicional, para legitimar o exame do mérito. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37.

Tema dos mais controvertidos na doutrina é o que se refere as condições da ação. Não só pela polêmica em saber se a decisão que reconhece a carência de ação é mérito ou não, passando dúvida em classificar as condições da ação como categoria autônoma, e até mesmo a definir se a falta de qualquer dessas condições implicaria não só na inexistência da sentença, mas do próprio processo.

Acerca da (in)existência processual, não se pode considerar que a falta de uma das condições da ação acarreta a inexistência do processo. Se o juiz verifica que há carência de ação, é porque os pressupostos processuais já foram preenchidos. Não haveria, então, que se falar em inexistência processual.

A controvérsia sobre a decisão que reconhece a carência de ação ser mérito ou não, ajuda a entender que a falta das condições da ação não implica na inexistência processual. Não sendo questão de mérito, será de admissibilidade. E como o juízo de admissibilidade é juízo sobre a validade do procedimento, significa dizer que é juízo feito após a constatação da existência do processo, pois a análise do plano validade é sempre posterior ao plano da existência. E se for questão de mérito, o que não acredita-se que seja, o processo terá existido, pois o juízo de mérito é realizado após ao juízo de validade, cuja análise pressupõe a existência.

É irrelevante para a análise da existência do processo, portanto, se as condições da ação são mérito ou admissibilidade.

A dualidade mérito/admissibilidade exclui a possibilidade de se estudar as condições da ação como categoria autônoma. Com efeito, o mais coerente seria a divisão em juízo de mérito e juízo de admissibilidade. Aquilo que não for de mérito, seria de admissibilidade.<sup>368</sup>

---

<sup>368</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72.; Nesse sentido COSTA, Susana Henriques. **Condições a ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 121.; Não vê, o autor, as condições da ação como categoria autônoma, sua verificação apenas serviriam para que se abra as portas para um pronunciamento de mérito. Não implica em um pronunciamento favorável, mas apenas permite a análise do mérito. GIANNICO, Maricé. **Carência de ação e ação rescisória in Repra**. n. 123. São Paulo: RT, 2005. p. 12.

Há que se concluir, dessa forma, que as condições da ação não estão relacionadas ao plano de existência do processo. E devem ser verificadas no juízo de admissibilidade do processo.

Ao concluir as curtas linhas sobre as condições da ação, não poderia passar em branco a inovação que o projeto do novo código de processo civil traz (PLC 8.046/2010).

Apesar de não mencionar mais os termos *possibilidade jurídica do pedido, condições da ação e carência de ação*, há quem defenda que a categoria condições da ação ainda permanecerá.<sup>369</sup>

Afirma o defensor da tese, que as categorias pressupostos processuais e condições da ação não poderia ser tratadas com homogeneidade, de forma que os pressupostos processuais de validade simplesmente incorporariam as condições da ação.

Em que pese o entendimento contrário, acredita-se que não haverá mais o porquê de estudar como categoria autônoma as condições da ação, já que o projeto do novo CPC elimina todo e qualquer termo que se refira à aludida categoria.<sup>370</sup>

## 5.7 A citação e a (in)existência processual

O direito de ser citado, corolário do princípio do contraditório, tem origem divina, podendo ser observado no Gênesis, capítulo III, versículo 9, da Bíblia Sagrada.<sup>371</sup> Após Adão comer o fruto da árvore proibida Deus lhe pergunta: “Terias tu porventura comido do fruto da árvore que eu te havia proibido de

---

<sup>369</sup> Acreditando ainda na permanência da categoria no projeto do novo CPC: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior** in *Repro.* n. 197. São Paulo: RT, 2011. p. 266-269.

<sup>370</sup> Entendendo que não haverá mais a categoria *condição da ação*: DIDIER JR., Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil** in *Repro.* n. 197. São Paulo: RT, 2011. p. 259.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara** in *Repro.* n. 198. São Paulo: RT, 2011. p. 235

<sup>371</sup> MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44.

comer?” Após o próprio Adão confessar o pecado original, Deus o expulsa do paraíso.

Observe que Deus já sabia do pecado antes mesmo de Adão confessar, uma vez que o Senhor tudo sabe. Mas, embora ciente do pecado original, foi dada a oportunidade a Adão se explicar e tentar influenciar a decisão (“sentença”) divina. E desde então o contraditório passou a ser contemplado nos ordenamentos jurídicos criados pelo homem.

Antes de tecer comentários sobre a citação e a (in)existência processual, se faz necessário, preliminarmente, gastar algumas palavras com o ato processual citação.

Como todo ato processual, a citação, que tem sua definição no art. 213 do CPC,<sup>372</sup> passa pelo três planos do mundo jurídico, existência, validade e eficácia.

A citação, que foi certificada como existente pelo chefe de secretaria mas não foi feita pelo oficial de justiça, não é citação, pois não entra no plano de existência. Já a citação feita àquele que estiver assistindo culto religioso, apesar de defeituosa, ou seja, nula, entra no mundo jurídico. E, por fim, a citação feita a pessoa diversa da que consta no mandado, embora exista juridicamente, não produz efeitos em relação a quem, de fato, deveria ser citado.

Nesse sentido é o entendimento de Pontes de Miranda, cuja lição merece transcrição: “A citação, que não foi feita, não é citação. A citação de alguém, B, que a B não se fez, nem a qualquer pessoa, não existiu. A citação que deveria ser feita a B e se fez a C, não é eficaz quanto a B.”<sup>373</sup>

Feita essa breve reflexão, o foco será desviado para saber qual a consequência da ausência ou nulidade de citação no processo. Se este será inexistente ou poderá existir. E ainda saber se a sentença proferida com ausência ou nulidade de citação poderá existir.

---

<sup>372</sup> Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

<sup>373</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo III. p. 198.; Em sentido diverso, entendo que a existência do réu é pressuposto da citação. DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 130.

Não é incomum encontrar a quem defenda que a citação é pressuposto de existência não apenas da sentença, mas de todo o processo. De forma que inexistindo o ato citatório o processo não poderia existir juridicamente.<sup>374</sup>

A doutrina que defende a citação como pressuposto processual de existência, o faz argumentando que o processo cujo réu não tenha sido validamente citado não faz coisa julgada, e não pode convalidar com o tempo, podendo ser impugnada a decisão a qualquer momento.

De fato, a inexistência não convalida com o tempo e pode ser alegada a qualquer momento, além da sentença inexistente não fazer coisa julgada.

Mas isso não quer dizer que a citação seja pressuposto de existência. O trânsito em julgado da decisão não é elemento completante do suporte fático da sentença, muito menos do processo. Parece que há confusão entre a formação da coisa julgada com e o plano de existência da sentença e do processo.

Reputar como inexistente uma sentença proferida em processo cujo réu não tenha sido validamente citado é o mesmo que considerar inexistente a decisão que antecipa os efeitos da tutela, por exemplo. Em ambos os casos não haverá trânsito em julgado, pois no primeiro o réu não foi citado, e no segundo a decisão foi baseada em cognição sumária.

Também não é prudente afirmar que o processo ou a sentença proferida sem a citação válida do réu apenas existiria para o autor e não para o réu. Como foi dito alhures, o plano de existência não pode ser relativizado, o fato jurídico ou *é* ou *não é*, logo o processo não pode existir para o autor e inexistir para o réu. Se até mesmo os terceiros, ou seja, aqueles que não são partes no processo e não precisam ser citados, podem ser atingidos pelos efeitos da

---

<sup>374</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6ª ed. São Paulo: 2007. p. 53.; segundo o autor a inexistência de citação é um vício insanável, ensejando a inexistência de todo o processo. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 34.; Para Komatsu a ausência de citação torna o processo juridicamente inexistente. KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991. p. 161.; ARMELIN, Donald. **Flexibilização da coisa julgada** in *Relativização da coisa julgada* (Coord. DIDIER JR., Fredie). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 131.

sentença, não há como negar a existência (do processo e da sentença), e até em alguns casos a eficácia, em relação ao réu não citado.<sup>375</sup>

Apesar dos argumentos que rotulam a citação como pressuposto de existência do processo não se concorda com tal entendimento.<sup>376</sup>

O próprio art. 296<sup>377</sup> do CPC, ao disciplinar o indeferimento da petição inicial, deixa cristalina a impossibilidade de enquadrar a citação como pressuposto processual. Trata-se de hipótese de extinção do processo (indeferir a inicial) sem sequer a citação do réu. Se não existisse processo sem a citação do réu, não haveria o que extinguir.<sup>378</sup>

Além do citado art. 296, o art. 285-A do CPC também permite ao juiz proferir sentença sem precisar determinar a citação do réu. Ambos os

---

<sup>375</sup> Nesse sentido YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Falta ou nulidade de citação, vício da sentença e meios de impugnação após o trânsito em julgado** in Revista dialética de direito processual. n. 41. São Paulo: Dialética, 2006. p. 19.; Muito bem observado por Rodrigo Lucca, A existência jurídica do ato se dá em relação ao ordenamento jurídico, não em relação às partes. Por isso, não se pode cogitar de um processo existente para determinada pessoa e inexistente para outra. Essa relatividade decorrente dos efeitos de um ato se explica pela ineficácia e não pela inexistência. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro** in *Repro.* n. 202. São Paulo: RT, 2011. p. 132.)

<sup>376</sup> Nesse sentido: MADRID, Daniela Martins. **Reestudo da citação como pressuposto processual** in Revista dialética de direito processual. n. 47. São Paulo: Dialética, 2007. p. 10.; BANDIOLLO, Luis Guilherme Aidar. **Nulidades processuais e mecanismos de controle** in *Repro.* n. 145. São Paulo: RT, 2007. p. 26.

<sup>377</sup> Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

<sup>378</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. **Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu** in *Repro.* n. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 71.; Interessante a ponderação da autora ao notar que antes mesmo da citação o juiz pode indeferir a petição inicial. Nesta ocasião, ao considerar-se a citação como pressuposto processual, não se poderia falar de processo. Daí vem a inexorável indagação: o que o juiz extinguiu senão o processo? MADRID, Daniela Martins. **Reestudo da citação como pressuposto processual** in Revista dialética de direito processual. n. 47. São Paulo: Dialética, 2007. p. 9.; No mesmo sentido, entende o autor que a citação não é pressuposto de existência do processo. Antes mesmo da citação há o processo, o qual já pode ser extinto com ou sem julgamento do mérito. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Falta ou nulidade de citação, vício da sentença e meios de impugnação após o trânsito em julgado** in Revista dialética de direito processual. n. 41. São Paulo: Dialética, 2006. p. 18.

dispositivos contemplam a existência do processo, e até eficácia da sentença, sem haver a citação.

A citação não pode ser pressuposto de existência do processo, pois no momento em que o ato citatório ocorre já há processo. Portanto, não se pode considerar como pressuposto processual a existência de fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à ocorrência daquilo cuja existência se pretende condicionar.<sup>379</sup>

Ao que parece, a ausência de citação não é caso de inexistência do processo, mas de ineficácia, haja vista que, via de regra, nenhum efeito produzirá o processo perante a parte que não foi chamada a juízo.<sup>380</sup>

Pode-se, portanto, concluir que a citação, definitivamente, não é pressuposto de existência do processo, podendo este vir até mesmo a surtir efeitos perante o réu que não foi chamado à juízo. No mais, há de se lembrar que a inexistência de um ato, como a citação, não implica na inexistência da sentença, muito menos do processo.

## 5.8 Análise do processo cujo réu é morto ou inexistente

---

<sup>379</sup> DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 171.; Jorge Dall'agnol entende, assim como Fredie Didier Jr., que a citação não é pressuposto processual de existência, na medida em que já existe relação processual entre autor e juiz. DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988. p. 29.; Semelhante é o alerta de Barbosa Moreira, ao afirmar que não é prudente entender que a sentença proferida contra o revel com ausência de citação é inconstitucional e se pretender relativizar a coisa julgada. Entende o jurista que a questão não diz respeito ao teor da sentença, mas à sua validade, posta em xeque por vício processual. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada** in Revista dialética de direito processual. n. 22. São Paulo: Dialética, 2005. p. 104. nota 46 rodapé.; Pontes de Miranda entende que não feita a citação, nulo será o processo, mas não inexistente. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo III. p. 200.

<sup>380</sup> ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional** in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003. p. 19.; SOUZA, Gelson Amaro de. **Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu** in *Repro*. n. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 70.

O estudo sobre o réu morto ou inexistente transita necessariamente pela sua capacidade de ser parte, que é atribuída a todos os entes que tenham personalidade judiciária de direito material, assim como todos os agrupamentos humanos minimamente organizados, de modo que se possa identificar o seu representante.<sup>381</sup> O morto e o animal não a tem.

Não se pretende fazer um estudo aprofundado das capacidades, mas é importante lembrar que a capacidade de ser parte não é sinônimo de capacidade processual, que por sua vez é diferente de capacidade postulatória.

A capacidade de estar em juízo, ou capacidade processual, é a aptidão para a prática de atos em juízo independente de representação ou assistência. Já a capacidade postulatória, é a aptidão para a prática de alguns atos em juízo que exigem capacidade técnica, como é o caso da petição inicial, que precisa, via de regra, estar subscrita por advogado.

Após essa breve síntese sobre as capacidades, o estudo irá buscar a desmistificação da tradicional afirmativa de que para haver processo é preciso de três pessoas: juiz, autor e réu. Tal assertiva atravessou séculos sem ser questionada,<sup>382</sup> de forma que a figura desses três sujeitos, atrelou-se ao plano de existência do processo.

Com efeito, os argumentos lançados sobre a citação ser enquadrada como pressuposto de existência do processo, de certa forma, servem para considerar que a capacidade de ser parte do réu seja imprescindível para a existência do processo. Uma vez que sem o réu, não poderá haver a citação válida, logo não haveria processo.

Todas as explanações sobre a citação não ser pressuposto processual já foram construídas, e remete-se a leitura do item a esse respeito.

Mas, apesar de um ou outro argumento que militam em favor de considerar a capacidade de ser parte do réu como pressuposto processual, não

---

<sup>381</sup> Por isso que o MST tem a capacidade de ser parte. Neste sentido DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 123.; Assim percebeu CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico**. in revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377

<sup>382</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Processo sem réu? – Derrocada do *actus trium personarum*?**: in Revista dos tribunais. Ano 92. Vol. 809. Marco 2003. p. 35.

há como negar que o processo independe do sujeito passivo da relação processual.

Tanto é assim, que há casos em que não é há um legitimado passivo, e o processo entrará no mundo jurídico, desenvolver-se-á e findará sem o sujeito passivo da relação processual. É o caso, por exemplo, da ação declaratória de falsidade documental,<sup>383</sup> da ação de retificação de registro civil, do divórcio consensual e da maioria de casos de jurisdição voluntária.

Contra-argumentando o que foi dito, poder-se-ia pensar: a capacidade de ser parte do réu apenas será pressuposto de existência quando o processo exigir a presença dele (do réu).

Em resposta ao parágrafo anterior, ainda que se exija a presença do réu, a sua capacidade de ser parte não será imprescindível para que o processo entre no mundo jurídico, ou seja, exista juridicamente.

Barbosa Moreira obtempera que desde o momento em que o autor distribuiu a petição inicial é dever do juiz despachá-la, ainda que seja para indeferir.<sup>384</sup> Ainda que se trate de citação de pessoa falecida, alerta o autor, o processo existirá. Nesse caso, o que não entraria no mundo jurídico seria a citação, por falta de elemento essencial – o sujeito passivo.<sup>385</sup>

Considerando a existência do processo cujo réu é, antes do ajuizamento da petição inicial, morto ou inexistente, Teshainer e Baggio, entendem que

---

<sup>383</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Processo sem réu? – Derrocada do *actus trium personarum*?**: in Revista dos tribunais. Ano 92. Vol. 809. Marco 2003. p. 47.; No mesmo sentido, e acreditando que a presença do réu é imprescindível para a existência do processo DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 129.

<sup>384</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 86.

<sup>385</sup> Ao escrever esse artigo Barbosa Moreira trabalha com a hipótese de citação editalícia, ou até mesmo, citação por hora certa, uma vez que pode ocorrer a citação por engano (o meirinho cita Caio, ao invés de Mário). MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Citação de pessoa falecida**. In Temas de direito processual civil: quinta série. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 83.; No mesmo sentido de Babosa Moreira, considera Athos Gusmão que a citação de pessoa falecida é citação inexistente, por faltar elemento essencial. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Citação de réus já falecidos** in *Repro*. n. 117. São Paulo: RT, 2004. p. 230

padecerá o processo de ausência de pressupostos de regular desenvolvimento válido do processo, mas existirá.<sup>386</sup>

Por mais absurda contra quem seja dirigida a demanda, processo existirá, pois para que o processo entre no mundo jurídico basta a existência de ato inicial do procedimento perante um órgão investido de jurisdição. Não importa se a demanda é contra a mais teratológica das partes, um animal por exemplo, deverá o juiz extinguir o processo.

Dessa forma, não há porque considerar a figura do réu como indispensável à existência do processo.<sup>387</sup>

## 5.9 Análise do processo cujo autor é morto ou inexistente

Analisar juridicamente o processo cujo autor é morto ou inexistente não é das tarefas mais fáceis. Todo o estudo arrimar-se-á nas premissas já fixadas, cuja base é a teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda, passando inexoravelmente pelas noções de mandato.

Quando Tício, que precisa de uma tutela jurisdicional, vai ao escritório de advocacia de Caio, e o contrata para que tome as medidas cabíveis para que seu inquilino seja despejado, é firmado negócio jurídico de mandato, cujo instrumento é a procuração, entre Tício e Caio.

Eis três situações a serem exploradas:

a) Ao aceitar a representar o mandante, que devidamente outorga a procuração para a elaboração da ação de despejo, Caio distribuí a petição inicial e logo após Tício vem a falecer.

---

<sup>386</sup> TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

<sup>387</sup> Nesse sentido: CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Processo sem réu? – Derrocada do *actus trium personarum*?**: in Revista dos tribunais. Ano 92. Vol. 809. Marco 2003. p. 41.; CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 135.; SANTOS, João Eudes Mendanha dos. **Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 40.

b) Ao aceitar a representar o mandante, que devidamente outorga a procuração para a elaboração da ação de despejo, Caio, sem ter ciência da morte de Tício, resolve distribuir a petição inicial.

c) Ao aceitar a representar o mandante, que devidamente outorga a procuração para a elaboração da ação de despejo, o estagiário do escritório, sem ter ciência da morte de Tício e Caio, resolve distribuir a petição inicial.

Os processos existiram?

A resposta é sim, não há dúvidas que existiram juridicamente.

Explica-se.

A mais simples resposta é a que se refere ao primeiro caso, pois o próprio CPC trata dos efeitos do fato jurídico processual em sentido estrito morte. Há situações em que o processo é suspenso, outras em que segue normalmente, e até mesmo pode o processo ser extinto em virtude da morte superveniente à propositura da petição inicial.

Conforme dito, a inexistência é verificada sempre no momento da formação do ato, jamais depois.<sup>388</sup> E no momento da propositura da inicial não havia problema algum, estando autor e advogado vivos. A vida do representado só se exige ao ter-se iniciado o negócio jurídico.<sup>389</sup>

A constatação da existência de processo na primeira hipótese, portanto, não parece das mais complicadas, sendo até de fácil solução, na medida em que o próprio CPC regulamenta a situação.

Já a segunda hipótese, caso em que a propositura da petição inicial se dá após a morte do autor, não há nada referente ao caso no ordenamento processual. Aqui, diferentemente da hipótese *a*, a justificativa da existência do processo se dará com arrimo na no código civil.

Lembre houve um contrato de mandato entre Tício e Caio, e após a morte do primeiro, tal contrato foi extinto como dispõe o próprio código civil no art. 682, inciso II, pois a morte é causa de extinção do mandato.

Nessa situação, deve ser considerado que Caio, o advogado, ajuizou a petição inicial sem a devida autorização, pois não tinha poderes para tal, haja

---

<sup>388</sup> Nesse sentido DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 131.

<sup>389</sup> Conforme acentua PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo XLIII, p. 73.

vista não estar mais no mundo jurídico o contrato de mandato outrora firmado. E os atos praticados por quem não tenha poderes são ineficazes em relação ao mandante. É o que dispõe o art. 662 do CPC:

“Art. 662. 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.”

Já é possível perceber que o problema do autor morto após a propositura da petição inicial não está ligado ao plano de existência, mas sim ao da eficácia. Afinal, os atos foram praticados, e entraram no mundo jurídico. O ordenamento jurídico faz a ressalva quanto à eficácia desses atos, e não quanto à existência.

Acerca da representação de pessoa morta, ensina Pontes de Miranda que a trata-se de representação sem poderes.<sup>390</sup> O ato de pessoa que quem não tem poder algum de representação é igualmente ineficaz ao ato daquele que excede seus poderes.

Assim, pode-se concluir que não há diferença, para a existência do processo, se o autor tinha ou não contrato de mandato. Haverá repercussão no plano de eficácia dos atos praticados.<sup>391</sup>

Ratifica a lição, Pontes de Miranda, afirmando que se a morte foi antes da litispendência (no sentido de lide pendente), o ato processual da petição inicial posterior à morte do demandante é ineficaz. Caso a morte do autor tenha sido posterior à apresentação da petição a despacho, ou se a morte do demandado foi posterior à citação, o ato processual da petição, ou da citação tem toda eficácia.<sup>392</sup>

---

<sup>390</sup> “A responsabilidade é a mesma, se o representante não tem qualquer poder, em vez de somente não ter aquele em que excedeu, ou se a pessoa representada, por sua incapacidade, não poderia dar poderes, ou quando já extinto os poderes.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo XLIII, p. 72-73.

<sup>391</sup> Sobre a ausência de mandato e de procuração, serão elaborados mais comentários no item seguinte.

<sup>392</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I. p. 263.

Em sentido semelhante, José Orlando da Rocha Carvalho, afirma que inexistindo do autor, não existirá processo. Uma vez que é o pressuposto processual básico e fundamental de existência do processo, no que se refere às partes do processo, vez que este jamais poderá deixar de existir, ao contrário do réu. Todavia, pondera o jurista, que é possível que haja processo se advogado do autor não sabia da sua morte e mesmo assim ajuizou a demanda.<sup>393</sup>

Não se concorda com o autor supracitado. A ciência da morte do autor não interfere, em absolutamente nada, no plano de existência do processo. Existirá processo, mesmo sabendo, o advogado, da morte do autor.

Crendo na existência processual Bedaque observa que o falecimento do autor antes da propositura da demanda, não é causa de inexistência de processo. Poderia o juiz extinguir o processo (logo, existiria processo) sem julgamento do mérito. Então o processo existiu.<sup>394</sup>

Perfilham, assim como Badaque e Pontes de Miranda, o entendimento que o processo entra no mundo jurídico, independente da capacidade de ser parte do autor, Athos Gusmão, Barbosa Moreira, Tesheiner e Baggio.

O primeiro compreende como nulo o processo com ausência de autor. E ressalva, com muita propriedade, que a afirmação da nulidade pressupõe um juízo positivo quanto ao plano da existência.<sup>395</sup> Realçando a dificuldade do assunto, Barbosa Moreira afirma que o processo existe, pois o magistrado deverá se pronunciar ao menos para negar a possibilidade de pôr termo validamente à atividade processual, e aí que se constata que *algo existe*.<sup>396</sup>

Já os últimos, Tesheiner e Baggio, advertem que havendo demanda, processo há, ainda que inexista autor. E caso haja proposição de ação cujo

---

<sup>393</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 132-133.

<sup>394</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 224.

<sup>395</sup> “Se inexistir tanto autor quanto réu, o processo existirá, mas tramitará nulo de pleno direito.” CARNEIRO, Athos Gusmão. **Citação de réus já falecidos in Repra**. n. 117. São Paulo: RT, 2004. p. 228-230.

<sup>396</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 91.

autor é animal ou vegetal, em suma, não tenha capacidade de ser parte, ao advogado é que deverão ser endereçadas todas as sanções correspondentes.<sup>397</sup>

Verificadas e comentadas as duas primeiras hipóteses, cumpre agora empreender os esforços para justificar a existência do processo cujo autor e advogado faleceram antes da propositura da petição inicial.

Normalmente o advogado, em nome do autor, é quem pratica o ato de pedir, uma vez que há poderes para representar o autor para tal.

Mas, no caso em tela, advogado e autor faleceram. Como justificar a existência do processo?

A resposta passa pelo entendimento dos pressupostos de existência do processo, o ato de pedir (demanda) e o órgão investido de jurisdição.

Quanto ao último pressuposto, órgão investido de jurisdição, não há dúvidas acerca de sua presença. A problemática toda, então, surge em volta do ato inicial do procedimento.

Apesar da morte de advogado e autor, deve ser considerado que o ato inicial do procedimento foi praticado. Afinal, a petição inicial não chegou às mãos do juiz por um passe de mágica. Nem pode ser considerado que foi obra da natureza, um vento ou um animal a levou.

Nesse caso, o estagiário, embora sem poderes para tal – uma vez que advogado e autor estão mortos, é quem praticou o ato inicial do procedimento, ou seja, o ato de pedir.

Usa-se o mesmo raciocínio da hipótese *b*, e os atos processuais praticados deverão ser ineficazes, mas o processo terá existido, haja vista a presença dos dois, e únicos, pressupostos de existência do processo.

Para facilitar a compreensão da existência do processo, imagine que o juiz profira sentença. E após a decisão judicial, os herdeiros de Tício (autor falecido) resolvem se habilitar no processo e ratificar todos os atos já praticados até então. Seria possível?

A resposta é positiva, os atos poderiam, sim, ser ratificados, tanto pelos herdeiros quanto pelo juiz da causa. E caso o processo fosse inexistente, o que

---

<sup>397</sup> TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147 e 154.

não se defende, não poderia haver a ratificação, pois não se ratifica o ato inexistente.

Com efeito, a ausência de poderes para a prática do ato inicial do procedimento não implica na inexistência do processo, mas repercute no plano da eficácia e até mesmo da validade.

E pode-se concluir também, diante do que foi dito, que a capacidade de ser parte não é pressuposto de existência do processo.

#### 5.10 Análise dos atos processuais praticados com ausência de procuração: uma crítica à redação do parágrafo único art. 37 do CPC.

O comentário à infeliz redação do artigo 37 do CPC passa pelas noções já levantadas no item anterior, qual seja, a ausência do mandato.<sup>398</sup>

Assim dispõe o aludido dispositivo:

Art. 37. 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 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

O dispositivo em comento menciona que caso o advogado não esteja munido de procuração, instrumento do mandato, não poderá praticar atos em juízo, salvo em caso em caso de urgência. E, caso o advogado não apresente a procuração no prazo estabelecido os atos praticados serão havidos por inexistentes, podendo o advogado ainda responder por perdas e danos.

---

<sup>398</sup> Não se pode confundir com o mandato a procuração. É importante distinguir do contrato de mandato o negócio jurídico da outorga de poderes, unilateral, que se contém na procuração. Nem todo mandato importa haver tal procura, nem toda procura supõe mandato. E, bem alerta Pontes de Miranda, que o mandato é quase sempre precedido pela procuração. Mas esse acompanhamento não é essencial. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo XLIII, p. 4 e 9

Há dois equívocos teratológicos no dispositivo.

O primeiro, e mais absurdo, é a respeito da responsabilidade do advogado por perdas e danos. Se o ato é inexistente, como é que pode dar causa à uma eventual indenização? O nada jurídico pode ser causa de responsabilidade civil? Absolutamente não.

Lembre que o nada, não pode gerar efeito algum.

Mas o advogado não iria responder por perdas e danos? A resposta dessa pergunta leva ao segundo equívoco do dispositivo.

O advogado poderá responder, sim. E o ato não será inexistente, mas ineficaz.

Antes mesmo de comentar o citado art. 37, já alertava Pontes de Miranda que a falta de poder de dispor de determinado bem é causa de ineficácia.<sup>399</sup> E propriamente sobre o dispositivo, ensinou o alagoano que “representação sem poder de representação é ineficaz. O processo ou ato processual não tem eficácia quanto parte que o procurador ou advogado dizia representar. Quem foi representado por advogado sem poderes não entrou no processo.”<sup>400</sup>

O ato praticado sem poder de representação, apesar de ineficaz, é ato jurídico, pois entra no mundo jurídico.<sup>401</sup>

Não se pode olvidar que o dispositivo em comento deu origem ao enunciado 115 da súmula da jurisprudência dominante do STJ “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

De inexistência não se trata.<sup>402</sup> Conforme lição já tratada de Pontes de Miranda, o ato praticado sem poder de representação é ineficaz, e não inexistente.

---

<sup>399</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I. p. 270.

<sup>400</sup> *Idem*, p. 442.

<sup>401</sup> Os atos praticados com excesso de poder não são inexistentes, nem são nulos, são ineficazes em relação ao mandante. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo XLIII, p. 68.

<sup>402</sup> Apesar de não enfrentar diretamente a questão da inexistência do recurso, o autor defende a possibilidade de sanção do defeito, o que leva a crer que a existência jurídica do ato

---

processual. RODRIGUES, Walter Piva. **O recurso tido como “inexistente” em instância especial por falta de procuração** in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005. p. 121.

## CONCLUSÕES

As principais conclusões deste trabalho serão apresentadas a seguir em ordem numérica e, de acordo com a ordem da exposição ao longo do texto.

1. Não pode a ciência do direito regular e se preocupar com todo o qualquer fato. Apenas quando for papel da dogmática jurídica e o fato for valorado pelo direito, é que este cuidará de regular através das normas jurídicas. O paralelismo entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos é fundamental.

2. Os elementos nucleares do suporte fático estão ligados à existência do fato jurídico. A falta deles impede a incidência da norma jurídica, e o fato de entrar no mundo jurídico, uma vez que são pressupostos de existência do fato jurídico.

3. Incidência e aplicação da norma jurídica, portanto, não são sinônimos. A incidência sempre ocorre, é infalível, e está no plano do pensamento. Já a aplicação, pode ou não ocorrer.

4. O fato ilícito é uma espécie de fato jurídico. O fato contrário ao direito é tão jurígeno quanto o fato jurídico lícito, porque, se não cria um direito para quem o pratica, o faz nascer para quem sofre as conseqüências.

5. É possível defender e desenvolver uma teoria do fato jurídico processual, devendo-se, contudo, atentar para as peculiaridades do formato do ato jurídico processual, continente de características próprias que poderiam apartar ou particularizar seu tratamento na teoria geral.

6. Só será possível se afirmar que tal fato sofreu incidência de uma norma processual se houver processo que o anteceda ou lhe seja concomitante. Em suma, não haverá fato jurídico processual se não houve processo. O fato até poderá ser jurídico, mas não processual se não estiver ligado a um processo pelo menos.

7. Nem todo fato processual é praticado pelo homem, além do que a norma processual regula condutas extraprocessuais, ou seja, de fatos ocorridos fora do processo, mas que são considerados processuais

8. A existência é o plano que deve, necessariamente anteceder, ao estudo dos planos da validade e da eficácia. Para saber se o ato é válido ou eficaz, deve-se ter a certeza, antes de mais nada, que ele existe.

9. Um importante registro que deve ser feito é que o plano de existência não pode ser relativizado. Ou o fato jurídico é ou *não é*, não podendo ser e não ser ao mesmo tempo. Assim a falta de citação não pode implicar na inexistência do processo para o réu.

10. O ato inválido não é ato inexistente. No ato inválido o defeito supõe o feito. Se algo não é, não pode ter vício. Não importa o grau do defeito. Se há defeito é porque algo foi feito. Assim mesmo eivado com o mais gritante dos vícios, o ato existirá.

11. Os pressupostos não estão ligados ao plano da validade, porque os pressuposto vem antes e não depois da existência do ser que ela integra. Estão ligados ao plano da existência.

12. Não se pode conceituar simplesmente o ato inexistente como aquele que não produz efeitos.

13. Havendo a juridicização, o fato jurídico produzirá algum efeito, ainda que impróprio. Significando dizer que não há fato jurídico com 0 (zero) efeito.

14. A pseudo sentença não produz efeitos jurídicos, poderia apenas induzir à erro o funcionário público, para que este pratique ato não permitido.

15. A inexistência é conceito lógico-jurídico porque não cabe ao legislador definir inexistência. Todavia, pode o legislador definir quais fatos (ou atos) são (in)existentes.

16. Sendo o pressuposto algo que vem antes, precede à própria existência do fato, não poderia ser, pela lógica, ser algo que vem depois da existência. Os pressupostos processuais, portanto, estes somente poderão estar vinculados ao plano da existência do próprio processo e não à sua validade.

17. Inexistindo os pressupostos processuais, não há dúvidas que inexistirá o processo. E se não há pressupostos, o processo não pode ser extinto, pois não chegou a existir. Não se pode extinguir aquilo que não existe.

18. Apenas são pressupostos de existência do processo: o ato de pedir e o órgão investido de jurisdição.

19. A coisa julgada não tem o condão de sanar os atos juridicamente inexistentes, uma vez que só se pode convalidar ou invalidar aquilo que existe.

20. Para que exista juridicamente a sentença é preciso que: a) proferida por uma pessoa investida de jurisdição; b) publicada; c) contenha um dispositivo; d) assinada e e) finde a fase (cognitiva ou executiva) do procedimento de primeira instância.

21. Não existirá a decisão sobre pedido não julgado. A natureza jurídica da omissão total é uma não-decisão, referente ao capítulo não julgado. Por sua vez, a natureza jurídica da omissão parcial é um decisão nula.

22. Não é possível, em virtude de um omissão judicial, propor ação para cobrar aquilo que não foi julgado, sob pena da segunda ação ser idêntica àquela que está pendente. Basta uma simples petição dirigida ao juiz que proferiu a decisão omissa. Não é porque o magistrado deixou de julgar um pedido que acaba o dever de prestação jurisdicional.

23. A inexistência é o nada jurídico e pode ser declarada a qualquer tempo, não havendo o que falar de preclusão. Com efeito, não será cabível para o reconhecimento da inexistência a ação rescisória, nem qualquer tipo de ação anulatória, aí incluída a *querela nullitatis*. A ação declaratória, por sua vez, é o principal meio de reconhecimento da inexistência, além, com a devida acuidade, dos embargos declaratórios e da simples petição nos autos.

24. A decisão judicial baseada em lei inconstitucional ou inexistente entra no mundo jurídico.

25. A incompetência, ainda que inconstitucional não é pressuposto de existência do processo. E via de regra, sequer é causa de extinção do processo.

26. A impossibilidade da formação da coisa julgada não implica na inexistência da decisão judicial. Uma coisa é o instituto da coisa julgada, outra coisa, completamente diferente, é a decisão judicial. São inconfundíveis.

27. A decisão *extra petita* é juridicamente existente, e chega até a produzir efeitos, pois impede o juiz de re-decidir, haja vista a produção da preclusão consumativa.

28. As condições da ação não estão relacionadas ao plano de existência do processo. E devem ser verificadas no juízo de admissibilidade do processo.

29. A citação não pode ser pressuposto de existência do processo, pois no momento em que o ato citatório ocorre já há processo. Portanto, não se pode considerar como pressuposto processual a existência de fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à ocorrência daquilo cuja existência se pretende condicionar.

30. Por mais absurda contra quem seja dirigida a demanda, processo existirá, pois para que o processo entre no mundo jurídico basta a existência de ato inicial do procedimento perante um órgão investido de jurisdição.

31. A capacidade de ser parte tanto do autor quanto do réu não é pressuposto de existência do processo.

32. Com efeito, a ausência de poderes para a prática do ato inicial do procedimento não implica na inexistência do processo, mas repercute no plano da eficácia e até mesmo da validade.

## REFERÊNCIAS

- ALBIÑO, René David Navarro. **Acto jurídico**. Chile: Copiapó. 2009.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2006.
- ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.
- ARMELIN, Donaldo. **Flexibilização da coisa julgada** *in* Relativização da coisa julgada (Coord. DIDIER JR., Fredie). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Manual dos recursos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional** *in* Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003.
- BANDIOLLO, Luis Guilherme Aidar. **Nulidades processuais e mecanismos de controle** *in* *Repro*. n. 145. São Paulo: RT, 2007.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito e processo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª Ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: Plano de existência**. *in* Revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condição da ação”?** **Uma resposta a Fredie Didier Junior** *in Repr.* n. 197. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. Vol I.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Citação de réus já falecidos** *in Repr.* n. 117. São Paulo: RT, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. 5ª Ed. Campinas: Servanda, 1999, vol. I.

CARVALHO, Fabiano. **Ação rescisória**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo sem réu? – Derrocada do *actus trium personarum*?** *in* Revista dos tribunais. Ano 92. Vol. 809. Marco 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva. 1985.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. IV.

CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Susana Henriques. **Condições a ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico**. *in* Revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Honorários de sucumbência e o princípio da causalidade** in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara** in *Repro*. n. 198. São Paulo: RT, 2011.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988.

DEMARCHI, Juliana. **Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica** in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005.

DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de processo civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil** in *Repro*. n. 197. São Paulo: RT, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, Vol. II.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A: 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico**. São Paulo: Nova Fronteira, 1997.

GIANNICO, Maricé. **Carência de ação e ação rescisória in Repr.** n. 123. São Paulo: RT, 2005.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **A competência como uma capacidade de exercício de direitos**. in Revisitando a teoria do fato jurídico. Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Invalidade e ineficácia do negócio jurídico in** Revista lob direito civil e processual civil. n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: RT. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. (Trad. João Baptista Machado). 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991.

LIMA, Bernardo Silva. **Sobre o negócio jurídico processual**. *in* Revisitando a teoria do fato jurídico. (Coords.: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos.) São Paulo: Saraiva, 2010.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro** *in Repr.* n. 202. São Paulo: RT, 2011.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MADRID, Daniela Martins. **Reestudo da citação como pressuposto processual** *in* Revista dialética de direito processual. n. 47. São Paulo: Dialética, 2007.

MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Fontes e pressupostos processuais**. Rio de Janeiro: Lerfixa, 1973.

MARDER, Alexandre S. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades do processo penal**. Porto Alegre: Síntese, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Aspectos da “extinção do processo” conforme o 329**. In Temas de direito processual civil: quinta série. São Paulo: Saraiva. 1994.

\_\_\_\_\_. **Citação de pessoa falecida**. In Temas de direito processual civil: quinta série. São Paulo: Saraiva. 1994

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada** in Revista dialética de direito processual. n. 22. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984.

\_\_\_\_\_. **Invalidez e ineficácia do negócio jurídico** in Revista de direito privado. n. 15. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980.

\_\_\_\_\_. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. In Temas de direito processual civil: oitava série. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 123.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989.

MITIDIERO, Daniel. **O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro** in Revista de direito processual civil. n. 35. Curitiba: Genesis, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória jurídica, 2005. Tomo II.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: RT. 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Marins Fontes. 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIANI, José Alexandre Manzano Oliani. **Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência?** *in Repr.* n. 112. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Abgar Soriano. **A inexistência no direito romano**. Recife: [S.N.], 1939.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. Tomo III.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói. 1970. Tomo IV.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo V.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói. 1963. Tomo XLIII.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. Tomo IV.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo III.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo V.

RAGONE, Álvaro Perez. **Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal alemana: revisión contemporánea** *in* Teoria do processo (Coord. DIDIER JR., Fredie). Salvador: Juspodivm, 2010.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

ROCHA, Felipe Borring. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Elsevier: 2008.

SANTOS, João Eudes Mendanha dos. **Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

RODRIGUES, Walter Piva. **O recurso tido como “inexistente” em instância especial por falta de procuração** in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Autuori. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1973.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A (in)consistência do plano da validade na concepção Pontiana – Ato jurídico inválido: argumento ou artifício**. In: Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 35.

SILVA, Clóvis V do Couto e Silva. **Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow)** in *Repro*. n. 37. São Paulo: RT, 1985.

SILVA, Érica Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”** in *Repro*. n. 145. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu** in *Repro*. n. 111. São Paulo: RT, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil** *in* Revista dialética de direito processual. n. 29. São Paulo: Dialética, 2005.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 20ª ed. México: Porrúa, 2009.

TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual Civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 2ª ed. Curitiba: Juará, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6ª ed. São Paulo: 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Falta ou nulidade de citação, vício da sentença e meios de impugnação após o trânsito em julgado** *in* Revista dialética de direito processual. n. 41. São Paulo: Dialética, 2006.