

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

DEDALUS - Acervo - FD



20400011970

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Quarta Série)

1989

 **editora
SARAIVA**

UNIVERSIDADE DE S. PAULO
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA CIRCULANTE

ISBN 85-02-00525-1

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

M837t
4. **Moraes, José Carlos Barbosa, 1931-**
Temas de direito processual : quarta série / José Carlos
Barbosa Moraes. — São Paulo : Saraiva, 1989.

Bibliografia.

1. Processo civil - Brasil 2. Processo civil - Pareceres - Brasil
I. Título.

CDU-347.9(81)

-347.9(81)(094.98)

88-2220

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil : Pareceres : Direito processual civil
347.9(81)(094.98)
3. Pareceres : Direito processual civil : Brasil
347.9(81)(094.98)

149



editora
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1887 — CEP: 01139 — Tel.: PABX (011) 826-8422 —
Barra Funda — São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 31 — Centro
Fone: (082) 234-4864 — Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agrupino Dória, 23 — Brotas
Fone: (071) 244-0139 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO
R. Duque de Caxias, 20-72
Fone: (0142) 34-5643 — Bauru

DISTRITO FEDERAL
SCLN-102 — Bl. B — Loja 56
Fone: (061) 226-3722 e 223-0782

GOIÁS
Rua Orizante e Cinco, 322 — Setor Sul
Fone: (062) 225-2882 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua Maracaju, 926 — Centro
Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família
Fone: (031) 461-9862 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Av. Almirante Tamandaré, 933-A — Belém
Fone: (081) 222-8034 e 224-4817

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Nunes Machado, 1577 — Rebouças
Fone: (041) 234-2622 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/RIO GRANDE DO NORTE
Avenida Conde de Boa Vista, 1136 — Boa Vista
Fone: (081) 231-1764 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO
Rua Lafayette, 94 — Centro
Fone: (016) 634-0546 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO
Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 201-7149 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Avenida Chicago, 307 — Floresta
Fone: (0512) 43-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO
Avenida Marquês de São Vicente, 1887
(antiga Av. dos Emisários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

SOBRE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS *

1. Não emprega o nosso Código de Processo Civil a expressão “pressupostos processuais”. Preferiu o legislador de 1973, no art. 267, n.º IV, a locução mais analítica “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, a que a doutrina tende a atribuir igual acepção¹. No inc. VI do mesmo dispositivo, alude o texto às “condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Com isso desde logo se manifesta a adoção de uma técnica que firma distinção entre as duas categorias. Na perspectiva da lei brasileira, são dois os planos preliminares que a cognição judicial tem de atravessar para atingir seu alvo final, o mérito da causa. E pode-se considerar definitivamente incorporada à nossa tradição doutrinária essa distribuição, em três patamares sucessivos, da matéria sujeita ao exame do juiz².

Tal sistematização é de corte italiano³. Na processualística alemã, que o engendrou, o conceito de “pressupostos processuais” (*Prozessvoraussetzungen*) tem maior amplitude e abrange os requisitos a que entre

* Publicado na *Revista Forense*, v. 288, e na *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 14, n.º 2.

1. Assim, à evidência, HÉLIO TORNAQHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 2.ª ed., São Paulo, 1978, p. 333; MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 4.ª ed., Rio de Janeiro, p. 509-10. *Vide*, porém, a esquematização diferente de JOSÉ FREDERICO MARQUES em a nota 11, *infra*.

2. Ao “trimônio” já aludia, há mais de trinta anos, MACHADO GUIMARÃES, *Carência de ação*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-São Paulo, 1969, p. 99-100. O ensaio é de 1953; no mesmo ano, HÉLIO TORNAQHI intitulava “Processo, ação e mérito” o primeiro capítulo de seu *Processo penal*, Rio de Janeiro (cf. agora, desse autor, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. II, p. 326-7).

3. *Vide* LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, 4.ª ed., Milão, 1980, p. 155-6, cuja construção — de tamanha influência no Brasil — já em 1949 achara expressão acabada, em substância, no importante estudo “L'azione nella teoria del processo civile” (republicado in *Problemi del processo civile*, Nápoles, s. d., p. 22 e s.).

nós se costuma dar o nome de "condições da ação": assim é, por exemplo, que no rol dos *Prozessvoraussetzungen* se vê incluída a legitimação para a causa (*Prozessführungsbefugnis*)⁴.

2. É notória a origem do conceito. Sua formulação liga-se historicamente à identificação, como entidade autônoma, da chamada relação jurídica processual⁵. Proposta uma ação, estabelecem-se entre as partes e o órgão judicial vínculos juridicamente disciplinados. O conjunto desses vínculos forma uma relação jurídica, inconfundível com a outra, em regra de direito material, a cujo respeito discutem os litigantes. Assim, porém, como o reconhecimento desta pressupõe a verificação de certos fatos, sem os quais ela não nasceria, também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que lhe condicionam, em termos globais, a existência⁶. Tais seriam os pressupostos processuais.

Iria o conceito, na doutrina subsequente, ser alvo de calorosos debates e sofrer importantes reajustes. Encontraria até opositores radicais⁷. Mostrou, contudo, vitalidade suficiente para subsistir a sucessivas críticas.

Dentre estas, uma de alcance, à primeira vista, puramente terminológico acabou por induzir a doutrina a precisar melhor a própria idéia. Observou-se, com efeito, que ocorre *no processo mesmo* a apuração da existência ou da inexistência dos elementos aludidos, de sorte que, ainda na hipótese de dar-se pela falta de algum, terá existido relação jurídica processual. Não seria adequado considerar *pressuposto* do processo aquilo que já constitui *objeto* da atividade cognitiva nele cumprida. De certo modo, antes se deveriam inverter os termos da proposição: o processo é que seria o pressuposto⁸. A preocupação de superar seme-

4. V.g., ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., Munique, 1981, p. 547. Para a distinção entre a *Prozessführungsbefugnis* e a *Sachlegitimation* (que, apesar da similitude estrutural da denominação, difere da nossa legitimidade e concerne à pretensão de direito material), vide a p. 240 da mesma obra.

5. Empresa, conforme se sabe, sobretudo de BÜLOW, *Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen*, Aalen, 1969 (reimpr. da ed. de Giessen, 1868), p. 1 e s.

6. BÜLOW, ob. cit., p. 6, onde se conceituam os pressupostos processuais como "die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozessverhältnisses (as precondições da realização de toda a relação processual)".

7. Por exemplo, GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen, 1962 (reimpr. da ed. de Berlin, 1925), p. 4 e s.; *Zivilprozessrecht*, Aalen, 1969 (reimpr. da 2.^a ed., Berlin, 1932), p. 4-5.

8. Cf. ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 546.

lhante dificuldade explica certas atitudes da doutrina mais moderna, que ora restringe o conceito, vindo nos pressupostos processuais simples pré-requisitos da discussão sobre o *meritum causae*, ou pelo menos do respectivo julgamento⁹, ora propõe uma distinção entre “pressupostos de existência” e “pressupostos de validade”, com a qual provavelmente se relaciona a dicção do art. 267, n.º IV, do Código pátrio, onde é perceptível a sugestão de uma dicotomia: pressupostos “de constituição” do processo e pressupostos do seu “desenvolvimento válido e regular”.

3. Não há uniformidade na enumeração e na classificação desses pressupostos. Se na própria doutrina alemã nem sempre coincidem os esquemas adotados pelos vários autores, nada de admirar em que outro tanto ocorra no Brasil, onde, além do mais, a opção — hoje encampada pelo direito positivo — de estreimar as categorias dos pressupostos processuais e das condições da ação gera problema suplementar de qualificação, ainda não pacificamente resolvido no tocante a algumas figuras, que ora se vêem incluídas nesta, ora naquela classe.

Ao propósito, é interessante notar que o próprio Código de 1973 preferiu abster-se de tomar posição em certos casos notoriamente duvidosos, como o da existência de coisa julgada, a impedir novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio já composto¹⁰. Essa e as hipóteses análogas de perempção e de litispendência ficaram destacadas no inc. V do art. 267, entre o concernente aos “pressupostos de constituição e de

9. As fórmulas variam: maior amplitude, por exemplo, em ROSENBERG-SCHWAB, ob. e lug. cit. em a nota anterior (pressupostos da decisão e da discussão); menor em GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3.ª ed., Zurique, 1979, p. 220, o qual parece limitar o conceito ao de pressupostos da admissibilidade só da sentença de mérito (“für die Zulässigkeit des Sachurteils”). Adiante se mostrará que, noutras concepções, os *Prozessvoraussetzungen* se vêem convertidos em pressupostos do acolhimento do pedido: vide, abaixo, n.º 6.

10. Já no direito anterior era controvertida a questão. No sentido de tratar-se de pressuposto processual (negativo), vide, por exemplo, LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1959, v. I, p. 201; CELSO NEVES, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, São Paulo, 1970, p. 492, 505; ARRUDA ALVIM, *Curso de Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1971, v. I, p. 476-7. Pela consideração do caso como de condição (negativa) da ação, MACHADO GUITMARÃES, Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, in *Estudos*, cit., p. 16, nota 29; ELIEZER ROSA, Do despacho saneador como sentença interlocutória, in *Leituras de processo civil*, Rio de Janeiro, 1970, p. 96, 99; PEDRO PAULO CRISTOPARO, verbete Pressupostos processuais, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 39, p. 126. Ao segundo entendimento manifestamos, de passagem, nossa adesão em *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, 1972, p. 181, nota 110.

desenvolvimento válido e regular do processo" e o relativo às "condições da ação", como se formassem terceira categoria, inassimilável a qualquer das duas tradicionais¹¹.

Consoante assinalado, propõe-se em doutrina uma distinção entre pressupostos de existência do processo e pressupostos de sua validade. De acordo com lição autorizada, aqueles seriam o pedido, a jurisdição e as partes: estes, a capacidade das partes, a competência e a insuspeição do juiz e a inexistência de litispendência e de coisa julgada¹².

4. O esquema alvitrado suscita desde logo algumas indagações. Será exato, em primeiro lugar, que a existência do processo pressuponha a de ambas as partes? Não há dúvida de que um réu "existente" se faz necessário à complementação da relação processual, na sua estrutura plena: ela não se completa, é óbvio, quando por engano se promove a citação de pessoa física já falecida, ou de pessoa jurídica já extinta. Mas processo existe desde que o autor ajuíza a petição inicial, conforme ressalta do fato de que o juiz tem o dever de despachá-la, ainda que para indeferir-la; e se a indefere, no dizer do art. 267, n.º I, *extingue* o processo: ora, seria absurdo cogitar da *extinção* de algo que *não existisse*. Não se afigura mais preciso, por outro lado, em vez de aludir à "jurisdição", em si, falar de um órgão investido dela?¹³ E dizer "demanda", no lugar de "pedido"?¹⁴

11. Para JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. II, 6.ª ed., São Paulo, 1981, p. 130, 145, a inexistência de preempção, a de litispendência e a de coisa julgada, se bem que classificáveis como pressupostos processuais, diferenciam-se dos previstos no inc. IV porque não dizem respeito à constituição e ao desenvolvimento válido e regular do processo, mas ao litígio: cuidar-se-ia de duas espécies do mesmo gênero.

12. HÉLIO TORNAQHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. II, p. 335. A enumeração dos pressupostos de existência remontaria a BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano*, Roma, 1936, p. 112; a rigor, porém, o escritor peninsular não se refere aí, a "partes", no plural, senão apenas ao autor, quando fala de alguém que "*si presentì come soggetto di diritto, ancorchè incapace o meramente apparente*", além da propositura da ação perante órgão dotado de jurisdição, explicando que basta esse "*minimo di elementi*" para que exista uma relação processual, ao menos entre o autor e o juiz. Vejam-se as considerações críticas feitas, a seguir, em nosso texto.

13. A exemplo de BETTI, ob. e lug. cit. em a nota anterior.

14. Parece conveniente assinalar terminologicamente a distinção entre o que se pede (pedido) e o ato de pedir, reservando para este o *nomen iuris* "demanda", cujo emprego se vai difundindo, em nossa mais recente literatura, na acepção indicada: vide, por exemplo, CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 21; CÂNDIDO DINAMARCO, *Litiscon-*

No que tange, agora, à segunda classe de pressupostos — e deixando de lado a controvérsia sobre o melhor enquadramento da inexistência de litispêndência e de coisa julgada —, ocorre perguntar: a validade do processo depende mesmo de que seja competente e insuspeito o juiz processante? A incompetência, ainda quando absoluta, pela disposição expressa do art. 113, § 2.º só acarreta a nulidade dos atos decisórios: todos os outros valem como se proferidos por órgão competente. E a suspeição, essa, uma vez declarada *ex officio* ou reconhecida por provocação da parte, tem como consequência única o afastamento, daí em diante, do juiz suspeito, mas em nada atinge a validade de qualquer dos atos por ele até então praticados, conquanto já existente a respectiva causa, a não ser quando descumprido o preceito do art. 306¹⁵.

A verdade é que não se afigura fácil construir, nesta matéria, esquema logicamente rígido, de perfeita coerência. No compreensível afã de “salvar” atos processuais, para evitar, tanto quanto possível, o desperdício da atividade jurisdicional, atenua a lei a gravidade de sanções, recusando-se a extrair de teorias arquitetonicamente sedutoras corolários menos convenientes do ponto de vista prático. Os sistemas doutrinários têm de levar em conta esse dado e renunciar, por mais que lhes custe, a uma pureza de linhas que não encontra apoio na realidade normativa.

5. Cabem aqui duas ou três palavras sobre o tratamento processual dos requisitos de que estamos cuidando. Na doutrina alemã é corrente a distinção entre *Prozessvoraussetzungen* e *Prozeshindernisse*, baseada no fato de submeterem-se aqueles ao controle judicial *ex officio*, enquanto estes dependem, para ser considerados, de provocação da parte¹⁶. O exemplo mais comum da segunda classe é a existência de compromisso arbitral. Tal diferenciação já vai repercutindo na literatura brasileira, onde se alude a “pressupostos” e a “impedimentos processuais” para designar, respec-

sório, São Paulo, 1984, p. 44; BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 11.

15. *Allier*, no processo penal (Código de Processo Penal, art. 564, n.º 1). HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 425-6, critica o estatuto processual civil por silenciar sobre o ponto. Parece-nos que a única ilação possível do silêncio é a exposta em nosso texto.

16. *Vide*, entre outros, ROSENBERG-SCHWAB, *ob. cit.*, p. 549; JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 19.ª ed., Munique, 1981, p. 104; ARENS, *Zivilprozessrecht*, Munique, 1978, p. 94. A nota característica dos *Prozeshindernisse* é a disponibilidade: ao interessado fica livre fazê-los valer ou não.

tivamente, as categorias a que se atribuem as contrastantes características há pouco referidas¹⁷

A disciplina da matéria no Código de Processo Civil abona o discrimine. À luz do disposto no art. 267, § 3.º, sujeitam-se ao controle oficial os “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, mas tal não se dá com o compromisso arbitral; a existência de um duplo regime é corroborada pelo art. 301, § 4.º. De acordo com o entendimento predominante, a que aderimos, a incompetência relativa não é declarável de ofício, senão apenas mediante exceção (arts. 112 e 304)¹⁸.

A controlabilidade *ex officio* implica, para o juiz, a possibilidade de reconhecer a falta do pressuposto processual, sempre que lhe pareça haver nos autos elementos que a revele, independentemente da iniciativa — não excluída, é claro — de qualquer das partes. Não implica a necessidade de que, em todo processo, se preocupe ele em averiguar se ficou categoricamente demonstrada a existência do pressuposto. Conforme observação pitoresca de autor alemão¹⁹, seria pouco razoável que o órgão judicial devesse exigir sempre a prova de que as partes são maiores e não se acham interditadas... Se, porém, algo de concreto lhe despertar suspeita da incapacidade, então se tornará necessária a comprovação.

Podendo obviamente acontecer que a dúvida afinal subsista, põe-se aqui também o problema de saber que decisão há de tomar o juiz, quando não se logre esclarecer a questão. Sabe-se que, no tocante ao *meritum causae*, a dificuldade é contornada mediante aplicação das regras sobre distribuição do ônus da prova: a parte onerada *in casu* suporta as consequências desfavoráveis da lacuna probatória. Entretanto, o art. 333 do Código, que regula a matéria, foi redigido pelo legislador, à evidência, com os olhos fitos na questão de mérito: a respeito dela, com efeito, é que se fala propriamente de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos. E o princípio subjacente ao texto implica a fácil e segura identificação, entre os litigantes, daquele a quem a falta da prova causa prejuízo ou, ao contrário, proveito. No que concerne aos pressupostos

17. Assim, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. e v. cit.*, p. 130, 132.

18. Contra: HÉLIO TORNAOHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 360; MONIZ DE ARAGÃO, *ob. e v. cit.*, p. 196-8, 345, 474, nota 15. No sentido do texto a jurisprudência: *vide* os acórdãos citados por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, v. II, Rio de Janeiro, 1982, ns. 3.198 a 3.204, p. 142-4.

19. JAUERNIG, *ob. cit.*, p. 103.

processuais, é mais problemática a valoração dos interesses em jogo. Nem sempre será exato que a preexclusão do julgamento do mérito favoreça mais o réu do que o autor, consoante parece supor a doutrina que atribui a este, em regra, o *onus probandi*²⁰. Se o fosse, não se compreenderia a *ratio* de normas como a do nosso art. 267, § 4.º, que reclama o consentimento do réu para a desistência da ação, depois de vencido o prazo da defesa. Pode o problema, assim, revelar-se mais complexo do que à primeira vista se afigura. O ponto essencial, porém, ao nosso ver é firme: subsistindo, apesar de tudo, razão séria para duvidar da presença de algum pressuposto processual, deve o juiz extinguir o feito sem apreciação do mérito.

6. No que se acaba de dizer, implicitamente se reconhece aos pressupostos processuais a função que lhe assina longa e venerável tradição doutrinária: a de constituir um filtro — ou, em certa perspectiva, o filtro — capaz de reter postulações inviáveis do ponto de vista formal. O controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem.

O criador da teoria julgou até encontrar no direito romano clássico apoio para sua concepção²¹. A existência de duas fases distintas do procedimento — *in iure* e *apud iudicem* — refletiria precisamente a necessidade, que se teria sentido, de antepor ao processo propriamente dito, destinado à solução da lide, uma investigação sobre a idoneidade do caso para ensejar decisão sobre a *res in iudicium deducta*. Não cabe discutir aqui a exatidão ou inexactidão histórica dessas idéias. O fato é que lançou fundas raízes no pensamento jurídico a noção de uma indispensável ordem lógica no desenvolvimento da atividade cognitiva, convocada a examinar, antes de mais nada, os pressupostos processuais, e só autorizada a voltar-se para o mérito se convencida da presença de todos eles — bem como, nos sistemas que consagram esse ulterior desdobramento, da satisfação integral das chamadas “condições da ação”.

20. Posição dominante na Alemanha Federal: v.g., ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 549; JAUERNIG, ob. cit., p. 103. Abrem-se exceções para os casos dos §§ 306 (renúncia) e 330 (sentença contumacial requerida pelo réu) da ZPO.

21. BÜLOW, ob. cit., p. 7-8, 285 e s., especialmente p. 285-92.

O caráter forçoso de tal seqüência foi posto em dúvida por um setor da moderna doutrina alemã²². Negam alguns autores a obrigatória prioridade do juízo sobre os pressupostos processuais em relação ao juízo de mérito. Continua pacífico que ao órgão judicial não é lícito acolher o pedido se não concorrerem aqueles; mas a rejeição poderia basear-se indiferentemente na falta de qualquer pressuposto processual ou na inexistência de fundamento material para a pretensão deduzida, sem necessidade de subordinar-se a apuração desta inexistência à prévia negação daquela falta. Em resumo: pressupostos processuais e fundamentos de direito material formariam, em conjunto, uma classe única, a dos pré-requisitos do acolhimento do pedido, a serem examinados sem qualquer preocupação de ordem.

Semelhante concepção não tem reflexo no direito brasileiro. O julgamento do mérito, em sentido favorável ou desfavorável ao autor, postula sempre a concorrência dos pressupostos processuais. É firme, na doutrina e na prática, a noção de que a ausência de qualquer deles inibe o órgão judicial de lançar-se à análise do litígio. Com isso não se diz que o processo haja por força de extinguir-se sem exame do *meritum causae*: reconhecida, por exemplo, a incompetência, remetem-se os autos ao órgão competente, perante o qual prosseguirá sua marcha o mesmo feito, com perspectiva de conclusão normal. É evidente, contudo, que a impossibilidade de julgar-se o mérito enquanto subsista o defeito necessariamente condiciona a ordem da atividade cognitiva. Toda questão referente a pressuposto processual é, em qualquer caso, preliminar àquele julgamento²³.

7. Ao longo dos parágrafos anteriores já se fizeram observações esparsas acerca das conseqüências da falta de pressupostos processuais. É tempo de repassar o assunto, sob enfoque mais sistemático.

Começemos pelos denominados "pressupostos de existência". Se não há órgão dotado de jurisdição, afigura-se claro que tampouco há processo,

22. Vide, sobretudo, RIMMELSPACHER, *Zür Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen, 1966, p. 109 e s., seguido em parte por GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2.ª ed., Bielefeld, 1974, p. 323-4. Uma extensa crítica da teoria de RIMMELSPACHER em MARTIN, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1974, p. 32-4.

23. Sobre o conceito de "questão preliminar". BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, p. 765, e os outros trabalhos aí citados.

no sentido jurídico do termo. Ninguém tomará por tal o "processo simulado" que se realiza para fins didáticos, sob a "presidência" do professor, como ninguém se equivocará diante do "processo" instaurado perante oficial de justiça, ou de outros exemplos de sabor igualmente acadêmico. Menos abstrata é a eventualidade de atuar pessoa ainda não regularmente investida no cargo judiciário, ou dele já desligada (v.g., pela aposentadoria, de cujo decreto passou despercebida a publicação no jornal oficial). Mas o corolário é sempre o mesmo: nada do que se faça, em semelhantes condições, existe juridicamente. O "órgão" não pode sequer proclamar sua própria carência de jurisdição: a proclamação seria tão inócua como qualquer outro ato que ele pratique.

Já não se reveste de tanta simplicidade a questão, na hipótese de inexistência de parte, seja do autor (por exemplo: o advogado, munido de procuração, ajuíza a inicial sem ter notícia de que o outorgante viera a falecer), seja do réu (por exemplo: cita-se por edital pessoa que depois se verifica estar morta desde data anterior). Aí haverá lugar, sem dúvida, para um pronunciamento do órgão judicial, quando se advirta do problema; e é quanto basta para que se tenha de reconhecer que *algo*, no processo, *existe*, e até *vale*: negar ao juiz a possibilidade de pôr termo *validamente* à atividade processual, em semelhante emergência, seria tornar insolúvel o problema!²⁴. Considerações análogas caberiam no tocante à falta de demanda, isto é, ao processo ilegitimamente instaurado *ex officio*.

Ainda mais matizadas se tornam as cores quando se passa aos chamados "pressupostos de validade". A incapacidade da parte, cabendo ao autor a providência corretiva, e não a tomando ele no prazo marcado pelo juiz, acarreta a nulidade do feito (Código de Processo Civil, art. 13, n.º I). Se competir a medida ao próprio órgão judicial (art. 9.º, n.º I), e este deixar de tomá-la, a seqüência será igualmente a nulidade, que poderá, todavia, não atingir o processo inteiro, mas só os atos praticados com

24. Outra questão, que não enfrentaremos aqui, é a da condição jurídica da sentença eventualmente proferida na errônea suposição de que não faltasse o pressuposto, ou apesar de conhecida a falta, mas sem levá-la em conta. A doutrina alemã reputa-a "*wirkungslos*" (ao pé da letra, ineficaz): ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 214, 350; JAUERNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt am Main, 1958, p. 173-4 (com outras referências em a nota 120). Entre nós, em estudo ainda recente, intitulado "Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença", in *A nova lei de execução fiscal*, São Paulo, 1982, p. 188, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR arrola entre os casos de "nulidade absoluta" aquele em que, "falecida a parte e comunicada a ocorrência ao juiz, este ignora o óbito e dá seqüência ao processo sem convocar os sucessores para a habilitação incidente".

inobservância do dispositivo²⁵. Em qualquer caso, aqui também se tem de admitir que ao menos a decretação da nulidade possa ser válida.

A incompetência nunca faz nulo o processo: consoante já se recordou, mesmo a absoluta invalida unicamente os atos decisórios (art. 113, § 2.º). A suspeição, repita-se, não afeta a validade de ato algum. Tal como a seu respeito, não traça o Código regra expressa a respeito do impedimento, pelo ângulo aqui considerado; note-se, entretanto, que é rescindível a sentença de mérito proferida por juiz impedido (art. 485, n.º II), e essa circunstância autoriza a conclusão de existir nulidade antes do trânsito em julgado²⁶.

8. De quanto ficou dito extraem-se elementos para uma nova revisão crítica, em parte já sugerida nos itens anteriores. A quem leia o *caput* e o § 3.º do art. 267 do Código de Processo Civil, ocorrerá naturalmente supor dois traços básicos no regime dos pressupostos processuais: primeiro, a falta de qualquer deles produziria a extinção do processo sem julgamento do mérito; segundo, o defeito seria passível de conhecimento *ex officio* pelo juiz. Vai-se testar, à luz de outros dispositivos, a verdade dessa suposição, no tocante a cada um dos requisitos em geral catalogados pela doutrina entre os pressupostos processuais, e obtêm-se resultados variáveis. A disciplina aplicável aos diversos casos nem sempre coincide com o padrão do art. 267; e nem sequer existe coincidência entre a disciplina aplicável a um caso e a aplicável a outro. Em nenhuma das hipóteses de ausência de pressuposto relativo ao órgão é exato que o processo se extinga sem julgamento do mérito: se falta jurisdição, não há processo a ser extinto; se falta competência ou imparcialidade, o mérito não pode ser julgado por *aquele* juiz, mas o corolário não é a extinção, e sim a substituição do juiz incompetente ou parcial por outro que não o seja, uma vez reconhecido o defeito. Por outro lado, a incompetência absoluta é declarável de ofício; a relativa, não. E assim por diante.

25. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 357.

26. No mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, v. VI, São Paulo, 1981, p. 30, que estende a inferência a todos os atos decisórios. Longe demais vai HÉLIO TORRAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 418, onde se averba de "inexistente" qualquer ato praticado pelo juiz impedido, "a não ser para declinar". Se o impedimento tornasse inexistente a sentença, não se compreenderia a inclusão da hipótese entre as de rescindibilidade: sentença inexistente não transita em julgado, nem pode constituir objeto de rescisão (não se rescinde o nada).

Tudo isso torna muito esbatida, ao nosso ver, a significação dos pressupostos processuais como categoria jurídica. A utilidade prática da reunião de várias figuras sob o mesmo rótulo consiste em permitir o tratamento conjunto: o que se disser de substancial acerca de qualquer delas poderá dizer-se de todas. Subsistirão, é óbvio, as diferenças específicas, de alcance, contudo, acidental; nos pontos mais importantes, haverá necessariamente comunhão. Destarte, fixado o regime genérico, bastará afirmar, de tal ou qual espécie, que pertence ao gênero, para que desde logo se saiba a disciplina a que ela se sujeita.

Quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito — e só. Quem se acreditar habilitado a extrair mais dos dizeres do art. 267 estará assumindo o risco de comer gato por lebre: o regime do suposto gênero apenas se ajusta a número reduzido de “espécies”. Sempre se poderá objetar, evidentemente, que se trata de exceções, ou argumentar que é normal fenômeno o da prevalência das regras especiais sobre a geral. Se, todavia, as exceções são tantas, e tão importantes, que pouco espaço resta à margem delas, alguma desconfiança parece justificar-se.

O caso da competência é exemplar, porque o requisito consta de todas as enumerações doutrinárias: nenhum autor que se ocupe de pressupostos processuais deixa de incluí-lo no rol. E, no entanto, só à custa de notável dose de alheamento aos dados do direito positivo se ousará sustentar que a validade *do processo* depende realmente dele.

Acrescente-se a isso a percepção das divergências entre os vários regimes “específicos”, e ter-se-ão boas razões para encarar com um grão de ceticismo a entronização de categoria tão heterogênea e de tão escassa coesão interna. É cômodo, sem dúvida, falar de “pressupostos processuais”, nos esquemas didáticos; e não apresenta maior inconveniente, desde que se tome o cuidado de pôr os pingos nos is. Menos razoável afigura-se ornar o conceito de notas constantes que a preocupação da simetria inculca a certa arquitetura doutrinária, mas que nenhuma confirmação encontram na realidade do *ius positum*. Confrontado com essa realidade, o conceito revela-se pobre em compreensão. Aceitemo-lo pelo que vale: estaremos a prestar-lhe, na justa medida, a homenagem que merece.

Novembro de 1984.