

**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

1. *Pressupostos processuais e mérito.* 2. *Função dos pressupostos processuais.* 3. *Classificação dos pressupostos processuais.* 4. *Concepção original da categoria dos pressupostos processuais.* 5. *Pressupostos processuais e interesse das partes.* 6. *Ausência de pressuposto processual e julgamento do mérito.* 7. *Ausência de capacidade para estar em juízo (capacidade processual) ou de capacidade postulatória.* 8. *Ausência de procuração e inexistência dos atos.* 9. *A correta dimensão dos pressupostos processuais.* 10. *Compatibilidade entre a tese e o Código de Processo Civil.* 11. *Pressupostos de existência do processo?.* 12. *Autor e pedido como requisitos de existência do processo.* 13. *Jurisdição e competência constitucional como requisitos de existência do processo.* 14. *Custas processuais: falta de recolhimento e inadmissibilidade de julgamento do mérito.*

**1. Pressupostos processuais e mérito**

Um dos grandes marcos da ciência processual, início da independência desse ramo do Direito, é a obra de Oskar von Bülow sobre as exceções processuais, com a qual o autor procurou demonstrar a existência de uma relação jurídica distinta daquela que constitui o objeto do processo. Examinar os pressupostos processuais equivale a estudar a autonomia dessa categoria, concebida inicialmente como relação jurídica processual.<sup>1</sup>

Os pressupostos processuais constituem, no entender da doutrina mais autorizada, um dos grandes pilares dessa Ciência. Explorar todos os seus aspectos resultaria, na verdade, em um tratado sobre processo.<sup>2</sup>

Não obstante isso, dúvidas acerca desse instituto ainda existem, sem solução satisfatória.

Em primeiro lugar questiona-se a própria utilidade da classificação, pois a grande maioria dos pressupostos não impede o nascimento da relação jurídica processual. Aliás, a ausência de algum deles é verificada no curso do processo. Não parece correto, pois, denominar “pressuposto do processo” elemento cuja existência é objeto de exame no próprio processo.<sup>3</sup>

Na verdade, *pressupostos processuais* para a doutrina brasileira – tal como ocorre na Itália – representam os requisitos de natureza processual, que não se confundem com aqueles pertinentes ao mérito, ou seja, os *pressupostos substanciais*. Não são pressupostos do processo, pois, como visto, sua existência é aferida no curso do procedimento. A expressão indica tão-somente a natureza dessa categoria – requisitos relacionados ao processo –, em contraposição aos substanciais, isto é, aqueles atinentes à relação substancial. Por isso, ainda que discutível a categoria, não se pode negar a homogeneidade da classificação.<sup>4</sup>

Para os objetivos pretendidos com a investigação que ora se faz, interessa sobremaneira determinar a verdadeira função dos pressupostos processuais. É preciso identificar o papel exercido por essa categoria de requisitos do processo, pois somente assim será possível aplicar corretamente as regras respectivas, bem como dar solução adequada aos casos em que um deles não esteja presente.

Esse é o principal objetivo do estudo. A afirmação de que a ausência de um dos pressupostos processuais normalmente leva à extinção do processo, impedindo o exame do mérito, é tão pacífica, que pode ser considerada um dos grandes dogmas da ciência processual. Antes de examinar a pretensão do autor, é preciso verificar se estão presentes os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito. Sem essa atividade prévia não há como decidir sobre o direito à tutela jurisdicional. A ausência de um desses requisitos, em outras palavras, impede a eliminação da crise de direito material, pois configura falha insanável no instrumento estatal, que não se mostra viável aos fins propostos.

Trata-se de postulado praticamente indiscutível até hoje, ao menos na doutrina brasileira.

Pretende-se, todavia, colocá-lo em debate, submetendo-o a prova mediante utilização de situações concretas. Ao fim da experiência tentar-se-á demonstrar o equívoco desse entendimento, que não pode ser aceito como regra inexorável do sistema.

Como os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito no Direito Brasileiro são divididos em duas categorias – os pressupostos processuais e as condições da ação –, inicia-se o tratamento da matéria por aqueles, até porque considerados logicamente anteriores a estas últimas.

Desde logo, necessário estabelecer a verdadeira função desta categoria, sua razão de ser. Em outras palavras, é fundamental investigar por que o nascimento e o desenvolvimento válido do processo submetem-se a determinados requisitos, distintos dos que informam a relação substancial.

Em síntese, antes de mais nada é preciso entender a categoria dos pressupostos processuais – o que implica verificar a utilidade da classificação para o sistema processual.

Somente com a compreensão desse aspecto teleológico do fenômeno será possível analisar as possíveis conseqüências da ausência de cada um deles.

Por isso, insiste-se em duas observações importantes. Além da divergência quanto ao conteúdo dos pressupostos processuais, há quem suspeite até mesmo da importância sistemática da classificação.

## **2. Função dos pressupostos processuais**

O legislador processual exige determinados requisitos para que o processo nasça e se desenvolva regularmente. Indaga-se, inicialmente, a razão de ser dessas regras sobre regularidade do instrumento.

O motivo não é outro senão a necessidade de conferir ordem ao processo, permitindo que seus sujeitos possam participar ativamente e influir no resultado. A técnica é importante para possibilitar que a relação processual se desenvolva de forma adequada, sem tumultos, a fim de que as partes sejam tratadas com igualdade, observando-se rigorosamente o contraditório. O procedimento legal está diretamente relacionado com o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado e com o escopo de conferir às partes instrumento dotado de garantias necessárias à correta solução do litígio.<sup>5</sup>

No dizer de respeitado doutrinador brasileiro, os pressupostos processuais exercem a função de filtro, impedindo a passagem de pretensões formalmente inviáveis.<sup>6</sup>

Mas se, por alguma razão, o filtro não funcionar corretamente e, embora não preenchido algum requisito formal, o processo seguir seu curso, devemos dar a esse fenômeno solução idêntica à que daríamos se a falha fosse detectada no momento próprio? Em outras palavras, qual a conseqüência gerada pela falta de um pressuposto processual verificada após a prática de vários atos do procedimento? Será, inexoravelmente, a extinção do processo (CPC, art. 267, IV)?

Parece que não. *Filtro* só cumpre sua função se impedir a passagem da substância indesejada. Se ela já ingressou no recipiente e já causou os danos, precisamos encontrar a melhor maneira de eliminá-los ou, pelo menos, abrandá-los, amenizá-los.

Deixando a metáfora de lado, a presença dos pressupostos processuais revela que o instrumento se encontra formalmente em ordem e está apto a proporcionar o resultado que dele se espera – ou seja, a solução da controvérsia com segurança e rapidez. Não há risco de, após a prática de inúmeros atos, que normalmente consomem tempo e energia, chegar-se à conclusão de que o processo não é apto a oferecer aos interessados a solução para os problemas por eles enfrentados em suas relações de direito material. Se observado o modelo legal, tudo leva a crer que o instrumento propiciará o resultado esperado.

Embora inegável seja este o objetivo final pretendido pelo legislador ao estabelecer requisitos para que o instrumento possa desenvolver-se regularmente, possível identificar em cada um dos pressupostos uma finalidade imediata.

Para proporcionar a quem necessita de um mecanismo apto a solucionar com justiça as situações de direito material litigiosas, concebe-se o processo segundo determinado modelo legal. A observância dos requisitos estabelecidos na previsão abstrata é essencial à regularidade do instrumento, principalmente porque confere segurança aos interessados na solução do litígio.

Esses pressupostos de validade do processo, todavia, para assegurar esse escopo maior, conferem proteção a determinados valores e interesses mais específicos. Na sua grande maioria, pretendem garantir a participação efetiva dos sujeitos parciais na formação do convencimento do julgador. São exigências destinadas a proporcionar às partes visão adequada da realidade substancial e possibilidade de defesa efetiva de seus interesses.

Mas também há pressupostos processuais voltados diretamente à garantia da própria atividade jurisdicional, propiciando ao juiz os meios necessários ao desenvolvimento de sua função.

Por isso, conclui-se serem os pressupostos processuais exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica – ou, em outras palavras, que ele represente método equo e justo de solução de controvérsias.<sup>7</sup>

Assim, verificada alguma falha quanto à constituição do processo, ela deve ser imediatamente corrigida, se possível, sob pena de impedir o prosseguimento desse método de trabalho.

Pode ocorrer, todavia, que esse controle inicial não seja feito de maneira correta. Não é raro o processo desenvolver-se e, ultrapassadas todas as fases do procedimento, verificar-se a ausência de algum pressuposto processual.

Esse fenômeno impõe ao processualista outro tipo de raciocínio: qual o prejuízo causado pela falha formal? Ao invés de pura e simplesmente concluir-se pela extinção do processo sem julgamento de mérito, é preciso indagar se, não obstante o vício processual, não é possível a solução do litígio sem ofensa às garantias processuais das partes e aos valores considerados relevantes pelo sistema.

Muitas vezes o risco representado pela falta do pressuposto não se consumou, pois, naquela situação concreta, o interesse a ser preservado pelo requisito formal permaneceu incólume.

Indaga-se, então: por que desprezar o instrumento que, embora defeituoso, cumpriu seu mister?

Para melhor compreensão do problema, necessário examinar alguns dos pressupostos e verificar as conseqüências causadas pela ausência de cada um deles, bem como a possibilidade de desconsideração do vício, pela inexistência de prejuízo.<sup>8</sup>

### **3. Classificação dos pressupostos processuais**

Diverge a doutrina brasileira com relação ao significado da expressão “pressupostos processuais”. Há a corrente restritiva, cujos defensores limitam esses requisitos aos necessários à existência do processo: pedido feito por alguém e dirigido a outrem dotado de investidura.<sup>9</sup> A questão é praticamente estranha à doutrina estrangeira, que sequer se preocupa em distinguir pressupostos processuais de condições da ação. Também não há referência a pressupostos de existência e de validade.

No Brasil, todavia, predomina a denominada “corrente ampliativa”. Os *pressupostos processuais* seriam os requisitos de existência e desenvolvimento válido e regular do processo. Dividem-se em *subjetivos* e *objetivos*. Os primeiros referem-se ao juiz (investidura, competência e

imparcialidade)<sup>10</sup> e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória). Os *objetivos* dizem respeito aos atos do processo (petição inicial apta, citação válida e regularidade do procedimento). Alguns acrescentam a esse rol os *pressupostos negativos*, ou seja, fenômenos cuja ocorrência impede o desenvolvimento do processo (litispêndência e coisa julgada).<sup>11</sup>

Há quem classifique os requisitos de natureza processual em três espécies. A primeira é composta daqueles essenciais à própria existência do fenômeno processual. Os pressupostos processuais propriamente ditos seriam os necessários não ao nascimento, mas ao desenvolvimento da relação, cuja ausência leva à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Além deles, também haveria os requisitos de validade relacionados exclusivamente a um ou mais atos processuais. O não-preenchimento destes comprometeria apenas o ato defeituoso, não o processo como um todo.

Estes últimos seriam os vícios formais, ao passo que a falta de pressuposto processual configuraria vício não-formal.<sup>12</sup>

Existe, por certo, muita imprecisão sobre esse tema, o que levou um de nossos maiores processualistas a concluir que a expressão “pressupostos processuais” é insuficiente para identificar exatamente seu conteúdo. A única afirmação incontroversa nesta sede é sobre a natureza desses requisitos. Trata-se de matéria processual, a ser examinada preliminarmente ao mérito.<sup>13</sup>

Até mesmo esta última afirmação pode, todavia, não se confirmar, ao menos em termos absolutos. É o que se pretende demonstrar.

#### **4. Concepção original da categoria dos pressupostos processuais**

Para melhor compreender a categoria e eventuais críticas a ela dirigidas pela doutrina processual moderna, necessário investigar sua origem.

Como já visto, deve-se a Oskar von Bülow a sistematização dos pressupostos processuais como requisitos necessários ao nascimento da relação entre partes e juiz, diversa da outra, de direito material.

A partir dessa premissa, preocupou-se a doutrina – inclusive Bülow – com a prévia verificação dos pressupostos processuais, sem os quais a relação jurídica entre autor, juiz e réu não seria viável. Talvez tão importante quanto a decisão sobre a situação de direito material (*res in iudicium deducta*) fosse a verificação da regularidade do *iudicium*.

A autonomia da relação processual trouxe a necessidade de duplo exame, visto que distintos os objetos. Primeiro verificam-se os pressupostos processuais. Se estiverem todos presentes, passa-se ao julgamento da pretensão deduzida pelo autor. Essa antecedência lógica do aspecto processual em relação ao mérito é inafastável.

O formalismo romano levou à criação de dois procedimentos diversos. Primeiro havia a fase *in iure*, instaurada perante o pretor e destinada exclusivamente à verificação dos pressupostos processuais. Só depois, encerrada essa etapa e declarada a constituição da relação processual, era concedida a *actio* e formada a *litis contestatio*, com a fixação do objeto do processo, para julgamento pelo *iudex* (*apud iudicem*). Investigava-se antes a existência das condições necessárias a que se instaurasse o processo. Finda essa fase inicial com resultado favorável ao julgamento do caso, tinha início a atividade destinada ao exame da situação da vida a ser solucionada.

Muito embora essa cisão de procedimentos não tenha sobrevivido, inclusive no Direito Romano, manteve-se incólume o dogma da absoluta necessidade de exame prévio dos pressupostos do processo e a impossibilidade de, ausente qualquer deles, obter-se decisão sobre a situação de

direito material.<sup>14</sup>

Esta visão, todavia, não é mais compatível com o direito processual, tal como o concebemos hoje. Ainda que se admita seja o processo uma relação jurídica,<sup>15</sup> sua natureza instrumental deve sobrepor-se aos requisitos formais. A concepção de Bülow está demasiadamente apegada à necessidade de configurar o processo como relação, cuja validade pressupõe a presença de determinados requisitos, a serem examinados em procedimento próprio (*Vorbereitungsverfahren*), diverso do processo propriamente dito, em que se realizaria o juízo de mérito (*Hauptverfahren*), fenômeno análogo ao processo formular romano.<sup>16</sup>

Talvez por essa razão se deva abandonar ou conferir menor relevância à idéia de “relação jurídica processual”, sendo suficiente para a explicação do processo a noção de “procedimento”, no qual estão habilitados a participar, em contraditório, aqueles cuja esfera jurídica possa ser afetada pelo ato final. A característica fundamental do processo consiste na estrutura dialética do procedimento.<sup>17</sup>

A concepção de *processo* como relação jurídica acaba servindo como justificativa para o formalismo. Tratemo-lo como simples procedimento, previsto em lei, para possibilitar a solução da crise de direito material pela função jurisdicional do Estado. Por isso tem-se insistido na expressão “método estatal de solução de controvérsias”. É possível que essa visão do fenômeno facilite a revisão do formalismo, restabelecendo seu verdadeiro papel no sistema processual.

A noção de “relação jurídica” é útil apenas para expressar a existência de vínculo jurídico entre os sujeitos do processo, que devem pautar sua conduta pelas regras que o regulamentam.<sup>18</sup>

Precisamos deixar de fingir que o instrumento que inventamos é mais importante que o objeto a que ele serve. A relevância do processo está – insisto – na sua aptidão para solução dos conflitos trazidos ao exame do juiz de modo seguro e rápido. A técnica e as formas previamente concebidas pelo legislador constituem meros meios para possibilitar que esse método de trabalho possa desenvolver-se com segurança. Sua observância, portanto, está diretamente relacionada a esse valor.

Percebe-se nitidamente que a orientação tradicional, cuja sobrevivência se deve à ausência de reflexão adequada sobre seus fundamentos, está impregnada da visão formalista que marcou a denominada “fase científica” do direito processual, necessária, talvez, enquanto não firmada a idéia da autonomia. Hoje, conferir importância exagerada à técnica e à forma significa inverter os reais valores do fenômeno processual. Mais importante que o *iudicium* é encontrar a solução adequada à *res in iudicium deducta*. Concebe-se o instrumento na suposição de que ele servirá melhor ao seu fim se observadas determinadas regras. Mas se, apesar de não atendida alguma, verificar-se a possibilidade de o resultado coincidir com o escopo, desconsidera-se a irregularidade e subordina-se a forma à finalidade.

Ora, se o processo já existe, resta saber se a decisão de mérito é possível. E, para solução dessa questão, necessário ponderar que muitas vezes, em razão de outros princípios, a ausência do requisito processual não deve constituir óbice ao julgamento da pretensão.<sup>19</sup>

O rigor atribuído a essa construção doutrinária e o prestígio conferido ao dogma da relação jurídica, cujos requisitos de existência e validade são sempre e invariavelmente imprescindíveis, aproximam o processualista do poeta, tal como definido por Fernando Pessoa. Após o desenvolvimento de um processo, reunidos os elementos necessários à solução do litígio, verifica-se, tardiamente, a falta de algum requisito processual, seja pressuposto, seja condição da ação. Mesmo concluindo que essa ausência não impediu que o instrumento proporcionasse aos interessados plena possibilidade de participação e ao juiz total visão do fenômeno substancial sobre que incidirá sua decisão, invalida-se o processo ou extingue-se-o sem exame do mérito, colocando a perder tudo o que se realizou até então, apenas em homenagem à técnica processual. Por isso, *o processualista, como o poeta, é um fingidor. Finge tão completamente, que finge não poder julgar*

*o mérito, o mérito que deveras sente.*

### **5. Pressupostos processuais e interesse das partes**

O exame dos denominados “pressupostos processuais”, tal como estudados pela doutrina nacional – principalmente aqueles considerados essenciais ao desenvolvimento válido e regular da relação processual –, revela serem quase todos requisitos voltados a assegurar o interesse das partes (inexistência de suspeição, capacidade de estar em juízo, capacidade processual, capacidade postulatória, citação válida, observância da forma do ato). Talvez se possa afirmar que apenas a competência absoluta e a ausência de impedimento do juiz digam respeito mais diretamente ao interesse do próprio Estado, que pretende seja o processo conduzido por alguém capaz de assegurar a solução correta da controvérsia. Algumas vezes, por razões ligadas à função estatal, determinados juízes não são considerados aptos para conduzir este ou aquele processo. E, mesmo quanto ao impedimento, algumas regras visam à proteção das partes (CPC, art. 134, IV, V e VI).

Há, pois, pressupostos processuais destinados a garantir o correto exercício da atividade jurisdicional. A observância destes é imprescindível ao julgamento de mérito, razão por que não há alternativa à regra da precedência do exame da matéria processual. Nesses casos não se cogita da possibilidade de o vício ser ignorado, passando-se ao exame do mérito. Nesse momento não se há de pensar em instrumentalidade das formas ou inexistência de prejuízo. O interesse público determina sejam anulados os atos processuais praticados perante juiz absolutamente incompetente ou impedido, sendo inadmissível a sentença de mérito.

Outro problema consiste na sentença proferida por este juiz. Se, não obstante a ausência de competência ou a presença de determinados fatos que comprometam objetivamente a imparcialidade, ele julga o mérito, qual a conseqüência? Em princípio, estaremos diante de sentença nula, cujo vício poderá ser reconhecido enquanto não esgotado o prazo para a ação rescisória. Também inaplicáveis quaisquer daqueles princípios destinados à preservação dos atos processuais. Esta sentença somente se convalidará após o término do prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado.

Mesmo nessa hipótese, todavia, a conclusão pela nulidade do ato comporta ponderações. Penso, por exemplo, em situações como o julgamento por juiz absolutamente incompetente, em conformidade com súmula vinculante. Imagino também sobre a possibilidade de aplicação do art. 515, § 3º, no julgamento do recurso pelo tribunal competente: anula-se a sentença e passa-se imediatamente ao exame do mérito. Nem aqui, portanto, a afirmação peremptória de nulidade do ato merece apoio irrestrito. Dependendo das especificidades do caso concreto, talvez seja possível afastá-la.

Tratando-se de incompetência decorrente de regras constitucionais, controverte-se a respeito da natureza do vício, havendo quem sustente a inexistência da sentença. A questão será abordada oportunamente.<sup>20</sup>

Mas, se a finalidade da exigência de determinado requisito é proteger a parte, outro é o raciocínio a ser adotado pelo juiz, caso o processo já reúna elementos suficientes a uma decisão de mérito favorável ao beneficiário daquele pressuposto ausente.<sup>21</sup>

Nessa medida, somente nas hipóteses de incompetência absoluta o vício não poderá ser ignorado, pois não se admite cogitar da inexistência de prejuízo. Nesse caso, porque destinada a assegurar interesse do próprio Estado, não das partes, inadmissíveis a desconsideração do vício e o julgamento do mérito. Deverão os autos ser remetidos ao juiz competente, a quem cabe verificar quais os atos a serem anulados ou, eventualmente, convalidados.<sup>22</sup>

### **6. Ausência de pressuposto processual e julgamento do mérito**

---

Já se disse que ainda está por ser feito trabalho destinado à análise sistemática das conseqüências decorrentes da ausência de cada um dos denominados “pressupostos processuais”, principalmente no que se refere à possível inexistência do processo. Segundo tal opinião, o exame do tema por esse ângulo é fundamental para que possamos extrair da “teoria dos pressupostos processuais todo o proveito útil que ela é capaz de oferecer ao direito processual e à boa administração da justiça”.<sup>23</sup>

A consciência da natureza instrumental do processo desperta no intérprete tais preocupações. Por essa razão, procurou-se desenvolver algumas idéias sobre o tema, a partir desse ângulo.

Considerado entendimento exposto no item anterior a respeito da função dos pressupostos processuais, já se pode estabelecer a premissa fundamental da investigação. A opinião doutrinária praticamente unânime, e sustentada em caráter absoluto, segundo a qual é inadmissível o exame do mérito se ausente algum desses requisitos deve ser revista. Tratando-se de exigência processual destinada à proteção do interesse das partes, antes de anular atos do processo, ou até extingui-lo, impõe-se a verificação sobre a existência de dano ao interesse tutelado. É perfeitamente possível que, não obstante a falta do pressuposto, não haja prejuízo para o destinatário da proteção. Nesse caso inexistente razão para incidência da sanção prevista para a ocorrência do vício.

Admitida esta tese, muitas vezes terá o juiz de examinar, à luz do direito material, qual das partes tem razão. Só depois – e dependendo da conclusão a que chegar – reconhecerá, ou não, a falha de natureza processual.

Razoável que, concluída a fase probatória e convencendo-se o juiz da existência do direito substancial afirmado na inicial, seja o processo extinto, sem julgamento do mérito, por falta de capacidade postulatória do próprio autor?<sup>24</sup>

Na hipótese imaginada, a não-observância de todas as exigências pertinentes ao método estatal de solução de controvérsias, destinadas a torná-lo seguro e eficiente para as partes, acabou sendo irrelevante, visto que o resultado de mérito beneficiará a parte prejudicada em sede processual.

Pode ocorrer, ainda, que a ausência de prejuízo seja aferida no curso do processo, antes mesmo do julgamento e independentemente do resultado dele.

A título de exemplo, recorre-se à regularidade da petição inicial, apontada como pressuposto processual objetivo. Devem ser observados os requisitos do art. 282 do CPC, entre os quais está a descrição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. Não satisfeita essa exigência, e não regularizado o vício na forma do art. 284, a inicial será indeferida (parágrafo único).

Mas, e se o vício passar despercebido ao julgador e o réu, citado, além de não argüi-lo, apresentar contestação, esclarecendo os fatos com base nos quais o autor pretende a tutela jurisdicional?<sup>25</sup> Não há razão para extinção do processo apenas por que formalmente não atendido determinado requisito de sua validade.

Além disso, há determinados direitos – denominados pela doutrina italiana de *autodeterminati* – cuja característica principal é a impossibilidade de subsistirem simultaneamente mais de uma vez entre os mesmos sujeitos e com idêntico conteúdo. A propriedade, por exemplo, não pode pertencer ao mesmo tempo e com exclusividade a mais de uma pessoa. Nesses casos, como a demanda é identificada apenas pelo conteúdo do direito deduzido,<sup>26</sup> ainda que o autor não descreva o fato constitutivo da aquisição do direito, a nulidade é perfeitamente sanável, pois não compromete o contraditório, na medida em que o direito é identificado apenas com a descrição do objeto.<sup>27</sup>

Retornando à questão do julgamento de mérito e a falta de pressuposto processual, em sede doutrinária defende-se a possibilidade de que tal se dê, inclusive com sentença de improcedência, ainda que o pressuposto ausente destine-se à proteção do autor.<sup>28</sup>

Esta conclusão só é parcialmente correta. Merece alguns reparos, para adequar-se à posição

sustentada neste estudo e ao sistema positivo brasileiro. De fato, a ausência de pressuposto processual nem sempre impede o exame do mérito. Mas a afirmação comporta restrições.

Em primeiro lugar, a possibilidade de julgamento de mérito só ocorre se a falha não for identificada no momento procedimental próprio. Como já visto, não se coaduna com o princípio da economia processual o prosseguimento de processo irregular, pois há risco de que o mérito não possa ser examinado. Esse resultado representa a frustração dos objetivos do instrumento e deve, na medida do possível, ser evitado. Por isso, se a extinção do processo sem julgamento do mérito for inevitável, quanto antes ela ocorrer, menor será o dano. Apenas se não realizado o controle da regularidade processual oportunamente é que o juiz deve indagar se a parte prejudicada pelo requisito faltante não será beneficiada no plano material.

A outra observação refere-se à possibilidade de improcedência do pedido mesmo se ausente pressuposto destinado à proteção do autor. Esta conclusão é inaceitável, visto que a parte não teve à sua disposição instrumento seguro para solução da controvérsia, com observância do contraditório efetivo e equilibrado.<sup>29</sup>

O reconhecimento de que a finalidade dos pressupostos processuais é a proteção ao interesse das partes no processo não pode implicar a impossibilidade de qualquer delas alegar a ausência de um desses requisitos, ainda que relacionado ao interesse da parte contrária.

Como já visto, o princípio da economia processual impede o prosseguimento do processo se existente risco de não ser alcançado seu objetivo. Daí o dever do juiz, se detectar a falta de um dos pressupostos e a impossibilidade da eliminação do vício, de extinguir desde logo o processo, evitando a prática de atos desnecessários.

Admite-se, portanto, seja a falha apontada por ambas as partes, independentemente do beneficiário da exigência. Claro, desde que isso ocorra no momento procedimental adequado. Se o processo desenvolver-se até o final, outros fatores influirão no raciocínio. Agora, a questão deverá ser resolvida à luz da instrumentalidade das formas, da ausência de prejuízo e da economia processual.

Aliás, exatamente em razão da ressalva final, a conclusão não é incompatível com o reconhecimento de que a maioria dos pressupostos processuais destina-se a evitar prejuízo aos sujeitos parciais (autor e réu), que não possuem conhecimento técnico suficiente para conduzir o processo de forma adequada. Como a ausência de um desses requisitos pode causar dano ao autor, o que implicaria anulação do processo, admite-se seja o vício deduzido na contestação. Isso porque ao réu interessa impedir o quanto antes o desenvolvimento de processo inviável. Mas, se a falha passou despercebida a todos e o processo seguiu seu curso normal, eventual arguição extemporânea feita pelo réu será analisada segundo os princípios acima referidos.

Justifica-se a última afirmação: a parte não pode beneficiar-se de uma falha processual se nenhum prejuízo sofreu, sob pena de haver inversão de valores, representada por decisão favorável a quem não tem razão no plano material.

Esse raciocínio, todavia, só é válido se o juiz já estiver em condições de julgar o mérito a favor da parte a quem a forma visa a proteger. Insiste-se nesse ponto, que configura certa restrição à tese de que inexistente ordem de precedência entre pressuposto processual e mérito. Se a ausência do requisito for identificada no início do processo, ainda que por provocação de quem não seja o destinatário da proteção, não pode o juiz eximir-se de examinar a questão, pois devia tê-lo feito de ofício.<sup>30</sup>

Prevalece, aqui, o princípio da economia, pois é provável que este processo não tenha condições de terminar com pronunciamento sobre a situação substancial, e não convém correr o risco da prática de atos desnecessários.

Necessário examinar, todavia, outras implicações decorrentes da premissa aqui estabelecida. É o que se tentará a seguir.

### **7. Ausência de capacidade para estar em juízo (capacidade processual) ou de capacidade postulatória**

Verificadas a incapacidade processual ou a irregularidade de representação<sup>31</sup> do autor, se não sanado o vício o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito. Visando à proteção do próprio sujeito ativo, o juiz não permite o prosseguimento sem que o pressuposto esteja preenchido, pois há risco de que a falha possa prejudicá-lo. Por isso, a nulidade determinada pelo art. 13, I, do CPC, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, IV), destina-se – ao contrário do que pode parecer – à proteção do incapaz.

Daí as considerações desenvolvidas em outra oportunidade sobre essa questão: “Para o desenvolvimento válido e regular do processo, imprescindível que a parte tenha capacidade processual, isto é, esteja apta a participar pessoalmente do contraditório instaurado perante o juiz. Trata-se, segundo a doutrina, de pressuposto processual subjetivo. Preenchem esse requisito as pessoas capazes, consideradas tais aquelas não incluídas no rol dos arts. 3º e 4º do CC. Elas possuem capacidade processual e podem postular sozinhas a tutela jurisdicional, constituindo, para tanto, alguém apto a representá-las em juízo, dotado de capacidade postulatória (v. art. 36). Aqueles considerados incapazes pelo legislador civil não estão, obviamente, excluídos do processo. Possuem capacidade de ser parte, mas necessitam ser representados ou assistidos por seus representantes legais, pois não têm, segundo as regras de direito material, aptidão para a prática de atos jurídicos. Nessa medida, não podem constituir advogado. Por isso, estão impedidos de atuar pessoalmente ou sozinhos no processo. Se absolutamente incapazes, só podem participar da relação processual, como autoras ou rés, mediante seu representante legal, que pratica os atos da vida civil em nome delas, substituindo-as. Já a incapacidade relativa implica tão-somente assistência pelo representante legal. O ato é praticado pelo próprio incapaz, mas na companhia, assistido, pelos pais, tutor ou curador. Embora por razões diversas, tanto quanto os absolutamente incapazes, as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados mas com capacidade de ser parte não podem praticar atos da vida civil. Necessitam ser representados no processo, em conformidade com o disposto no art. 12”.<sup>32</sup>

Se, porém, o vício de representação do autor passar despercebido e o julgamento de mérito o beneficiar, não deve a falha processual impedir este resultado. Aplicam-se, aqui, todas as afirmações já feitas a respeito da ausência de prejuízo e irrelevância de defeitos do procedimento.

Por essa mesma razão – ou seja, a regularidade da representação e a capacidade postulatória visam à proteção da parte –, não pode ser aceita sem restrições a regra do art. 13, II, do CPC. Verificada a falha em relação ao réu, considerá-lo revel e sujeitá-lo aos efeitos estabelecidos pelo legislador para essa situação processual (art. 319) significa apenar a parte sem condições de defender-se adequadamente.

Com este fundamento interpretou-se restritivamente a norma mencionada: “Embora o *caput* do dispositivo ora comentado faça expressa referência a incapacidade processual, a citação do incapaz é feita na pessoa de seu representante legal (art. 215) ou do curador especial (arts. 9º e 218, §§ 2º e 3º). Ora, se é obrigatória a designação de curador especial ao réu incapaz que não tenha representante legal, verificada a falha no curso do processo, providência idêntica deve ser adotada. Citado o representante legal do incapaz, a ausência de resposta pode configurar conflito de interesses, impondo a necessidade de nomeação do curador especial, providência a ser requerida pelo Ministério Público (art. 82, I). Nessa medida, a revelia somente pode ser imposta às pessoas jurídicas ou aos entes despersonalizados com capacidade processual, todos previstos no art. 12”.<sup>33</sup>

Mas nada impede que, não obstante ausente a capacidade processual ou postulatória do réu, o juiz conclua pela improcedência do pedido, pois tal solução é o melhor resultado que ele poderia esperar do processo. Não se justifica, portanto, que o vício processual constitua empecilho a que o sujeito passivo obtenha tutela jurisdicional favorável, impedindo a invasão indevida de sua esfera jurídica.

As conclusões são idênticas para a hipótese da ausência de advogado (capacidade postulatória).

#### **8. Ausência de procuração e inexistência dos atos**

O art. 37, parágrafo único, do CPC poderia ser apontado como óbice à desconsideração da falta de pressuposto processual, pois considera inexistentes os atos praticados por advogado sem mandato.<sup>34</sup>

Aceita esta conclusão, serão absolutamente inadmissíveis a procedência ou improcedência do pedido se as partes não estiverem regularmente representadas. E, se o vício for identificado somente após sentença já transitada em julgado, o ato judicial não poderá produzir efeito algum, pois tão inexistente quanto o processo em que praticado.

Imagina-se hipótese em que, não obstante defendido por advogado sem procuração, o réu consiga demonstrar a improcedência do pedido condenatório. Deverá o juiz reconhecer o vício e aplicar o art. 37, parágrafo único, do CPC.

E mais: extinto o processo e transitada em julgado eventual sentença de improcedência, proferida inadvertidamente, o autor verifica não estar o réu regularmente representado pelo advogado que o defendeu. Poderá propor novamente a demanda, pois o processo anterior inexistiu e não há mais possibilidade de convalidar os atos nele praticados.<sup>35</sup>

Por tais razões, deve o dispositivo ser interpretado de modo a compatibilizar a solução legal dada ao problema da ausência de mandato com as especificidades decorrentes da natureza instrumental do processo. Não há como desconsiderar o efeito substancial produzido pelo método estabelecido para a solução de controvérsias somente porque identificado defeito relacionado a requisito exigido para proteção de um dos sujeitos que dele participam. É preciso verificar se a falha comprometeu a garantia. Se não, ela passa a ser irrelevante, pois a forma não é mais importante que a substância.

Desnecessário considerar a falta de tal pressuposto como causa de nulidade relativa, por ser o interesse tutelado predominantemente da parte. Esta seria a razão determinante da possibilidade de ser sanado o vício.<sup>36</sup>

O problema é outro, segundo parece. À exceção da competência, todos os demais pressupostos processuais visam à proteção das partes, inclusive a própria citação, cuja finalidade é possibilitar ao réu o exercício do direito de defesa. Nem por isso a não-observância de requisitos inerentes a esse ato causa nulidade relativa. É absoluta, mas passível de ser relevada se não causar prejuízo à parte interessada.

Mais uma vez revela-se discutível o dogma da impossibilidade de o processo terminar com sentença de mérito se ausente pressuposto processual. Haverá casos em que somente após examinada a questão à luz do direito material terá o juiz condições de concluir a respeito da natureza da sentença a ser proferida.<sup>37</sup>

Observa-se apenas que, como já ressaltado, a prioridade no exame dos pressupostos processuais existe desde que a identificação do vício ocorra no momento adequado (CPC, arts. 284, 295, 327-329 e 331). O raciocínio proposto somente deve ser admitido se a verificação ocorrer

depois, na tentativa de salvar o instrumento. Aplicam-se nesses casos as normas processuais superiores (arts. 244 e 249, § 2º), que impedem o reconhecimento de vícios decorrentes da não-observância de dispositivos inferiores.<sup>38</sup>

Na verdade, o legislador processual pretende que todas as questões processuais estejam solucionadas no máximo até o momento anterior à abertura da fase instrutória. Em princípio, portanto, vícios processuais que impeçam o exame do mérito devem ser objeto de exame tão logo seja possível, de preferência de plano. Ultrapassadas as fases processuais adequadas ao exercício dessa atividade, só excepcionalmente uma questão processual deve impedir o julgamento do mérito, pois este é o resultado esperado e em função do qual o processo jurisdicional existe. Ganham relevância, então, o princípio da instrumentalidade das formas e a idéia de que as regras processuais existem principalmente para proteção do contraditório. Deve-se atentar para o fato de que, acima de tudo – e desde que atendidas as premissas aqui fixadas –, a sentença de mérito, que define a situação substancial, é a única que corresponde aos escopos da atividade jurisdicional.

### ***9. A correta dimensão dos pressupostos processuais***

Tanto quanto as denominadas “condições da ação”, a presença dos pressupostos processuais é imprescindível ao exame do mérito. As duas categorias integram o juízo de admissibilidade do processo, ou seja, constituem requisitos necessários a que o instrumento atinja seu escopo de pacificação social. A ausência de qualquer deles, todavia, pode revelar-se indiferente em determinadas situações – conclusão a que se chega mediante aplicação dos princípios destinados a reger o sistema das nulidades processuais, especialmente os da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo.<sup>39</sup>

Idêntica a conclusão – e com maior razão – se ao final, já em condições de examinar o mérito, surgir no espírito do juiz dúvida quanto à existência de algum pressuposto processual. Deverá ele identificar a quem o requisito visa a proteger. Se ao réu, nada obsta à improcedência; se ao autor, possível o acolhimento do pedido.<sup>40</sup>

Esse modo de ver o problema não é aceito pela doutrina brasileira, que rejeita a construção, surgida na Alemanha, consistente na existência de uma única classe de questões, formada pelos pressupostos processuais e pelos fundamentos substanciais do pedido. Todos seriam pré-requisitos ao acolhimento da pretensão, cujo exame não obedece a qualquer ordem.<sup>41</sup>

Trata-se de posição adotada praticamente por todos processualistas, que sequer cogitam de qualquer controvérsia a respeito. A defesa de tese oposta torna-se ainda mais difícil em razão da posição assumida por José Carlos Barbosa Moreira, um dos mais renomados estudiosos do direito processual, conhecido pela coerência de seu pensamento, desenvolvido sempre com base em argumentos muito sólidos, quase irrefutáveis.

A despeito da dificuldade, prossegue-se na tentativa de demonstrar a possibilidade de o mérito ser julgado apesar da ausência de requisitos de admissibilidade desse julgamento.

Como vem sendo sustentado no decorrer da exposição, o problema não é tanto negar a ordem de precedência lógica entre a matéria processual e a substancial. Nem parece correto afirmar que somente a improcedência possa ser reconhecida mesmo se ausente um pressuposto processual.<sup>42</sup>

O exame dos requisitos processuais deve anteceder, sim, a análise do mérito, pois a regularidade do processo constitui requisito para seu desenvolvimento. O método de solução de controvérsias foi concebido pelo Estado segundo determinada técnica, considerada a mais adequada aos fins pretendidos. Por isso, o modelo deve, em princípio, ser observado.

O controle da regularidade, porém, deve ser realizado o quanto antes, para evitar a prática de atos possivelmente desnecessários e inúteis. É preciso, pois, que a atividade destinada a identificar

eventual óbice formal ocorra no momento procedimental adequado.

Caso esse cuidado não seja tomado, e o processo siga seu curso normal, com reprodução integral da realidade substancial, é preciso verificar se a falha processual continua impedindo o exame do mérito. Em outras palavras, é necessário verificar se a não-observância de exigências de natureza processual ofendeu determinados valores fundamentais do sistema processual.

Feita essa investigação, que muitas vezes depende do juízo a respeito do próprio pedido, terá o juiz condições de solucionar adequadamente a questão.

Por isso, sustenta-se a possibilidade de a ordem não ser observada, bem como de ser ignorada a falta de pressuposto processual, com o conseqüente julgamento do mérito. Esta proposta visa a extrair do instrumento a maior utilidade possível, mesmo que para tanto seja necessário ignorar vícios ou falhas processuais, se, pelas circunstâncias concretas, a violação à técnica revelar-se irrelevante.

Não se defende, aqui, apenas a possibilidade de, presentes certas circunstâncias e havendo dúvida quanto a determinado pressuposto processual, ser invertida a ordem se já houver condições de julgamento sobre o mérito. Eventual alteração da ordem natural somente será admissível se já existirem condições para julgamento de mérito favorável à parte prejudicada pela falta do pressuposto.

Embora se reconheça a existência da precedência entre questões processuais e de mérito, afirma-se possa ser ignorada essa regra. Toda vez que, não identificado o vício formal no momento próprio, embora devidamente demonstrada sua ocorrência, o processo prosseguiu e o julgamento de mérito apresenta-se possível, sem prejuízo a determinados valores perfeitamente identificados, deve ser ignorada a falha.<sup>43</sup>

Em síntese, defende-se a idéia de que, embora defeituoso, o instrumento pode atingir o resultado desejado. Sustenta-se a possibilidade de a ausência de pressuposto processual não levar, de forma inexorável, à extinção do processo sem julgamento do mérito. Propõe-se seja conferida à regra do art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC abrangência muito maior do que normalmente se lhe atribui. Para tanto, busca-se a razão de ser das exigências formais do processo, o que torna possível ignorar os defeitos que, por não comprometerem valores substanciais do instrumento, tornaram-se irrelevantes.

## ***10. Compatibilidade entre a tese e o Código de Processo Civil***

O raciocínio anteriormente desenvolvido aplica-se tanto às denominadas “nulidades de forma” como também às “de fundo”, estas causadas por vícios não-formais.

Se o juiz pode desconsiderar o vício nas situações em que for decidir, no plano substancial, a favor daquele a quem a decretação da nulidade aproveitaria (CPC, art. 249, § 2º), é porque o sistema admite o exame do mérito ainda que ausente requisito necessário ao desenvolvimento regular do processo.

Tal conclusão parte da premissa de que a regra citada não se refere exclusivamente à nulidade de determinado ato, mas abrange todo e qualquer defeito de natureza processual, seja ele decorrente da ausência de algum pressuposto processual ou de condição da ação. Essa interpretação extensiva parece-me não só admissível, como mais adequada à natureza instrumental dos requisitos formais do processo.<sup>44</sup>

Não se desconhece que a falta de procuração, por exemplo, compromete a própria presença do autor no processo e, conseqüentemente, a demanda inicial. Como ele não está regularmente representado, a rigor, não propôs a demanda. Além disso – e talvez o mais importante –, não participa do contraditório, o que tornaria ilegítimo o pronunciamento judicial, pois proferido sem

sua presença.<sup>45</sup>

Mas também é impossível ignorar que a pretensão deduzida por quem não representa o autor pode ser acolhida sem que o vício seja detectado. Ou, ainda, que, mesmo percebendo o vício antes de julgar, o juiz conclua pela procedência do pedido. Nesses casos a ausência do autor no contraditório não o prejudicou. Ao contrário, ele será beneficiado pela sentença, que reconhece em seu favor situação de vantagem no plano material.

Estamos diante de situação em que alguém, sem ter pedido, obteve tutela jurisdicional. O problema deve ser solucionado no plano da eficácia. Aquele em favor de quem foi reconhecido o direito poderá, caso queira, valer-se dos efeitos da tutela jurisdicional. Se o fizer é porque os aceitou.

Nada obsta, aliás, a que formule ele pretensão incompatível com o objeto da primeira demanda (peça bem da vida diverso, por exemplo). Nesse caso, significa haver recusado a eficácia da sentença proferida em processo de que não participou. Tal comportamento implica renúncia ao direito reconhecido naquela decisão.

Não parece tão importante – ao menos segundo a visão do problema aqui apresentada – considerar os pressupostos processuais e o mérito compreendidos de forma unitária na idéia de *objeto do processo*.

O exame da matéria processual deve, sim, preceder aquele realizado no plano substancial, pois o vício do instrumento pode comprometer o resultado que dele se espera. E não se pode correr riscos – razão por que o controle da regularidade processual deve ser feito tão logo proposta a demanda.

O problema reside nas hipóteses em que isso não ocorre e o vício é identificado quando já há condições para julgamento do mérito ou após proferida a sentença. Mesmo assim deve prevalecer o dogma da precedência, ou neste momento devem ser levados em conta outros princípios do processo, como os da economia e da ausência de prejuízo? Esta é a preocupação deste trabalho, cuja conclusão, já externada várias vezes, é pela possibilidade de o vício ser ignorado, mediante aplicação de tais princípios.<sup>46</sup>

### ***11. Pressupostos de existência do processo?***

Para compreensão do tema, necessário desenvolver outras considerações sobre os pressupostos processuais, mais especificamente sobre aqueles imprescindíveis à própria existência do processo.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado por quem se disponha a examinar os requisitos de natureza processual, sem os quais não se admite possa o mecanismo estatal de solução de controvérsias atingir seu objetivo, refere-se a essa categoria de requisitos.

É preciso reconhecer que, admitida a categoria dos pressupostos de existência, teremos de considerá-los como condições exteriores ao fenômeno processual. Sem eles sequer haverá processo.

Aliás, etimologicamente, “pressuposto” significava tão-somente pressuposição, ou seja, suposição antecipada, desígnio, propósito, tenção. Mais recentemente passou a ser utilizado no sentido de circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro.<sup>47</sup> Em Direito usa-se o termo para indicar requisito que deve existir antes de um determinado ato, para que ele possa produzir determinados efeitos. Tratando-se da relação processual, *pressupostos* seriam os requisitos existentes anteriormente ao ato mediante o qual se pede a tutela jurisdicional – ou seja, a demanda.<sup>48</sup>

Por isso, nem do ponto de vista semântico procede a crítica dirigida à expressão “pressupostos de validade”, que deveria ser substituída por “requisitos processuais”, supostamente mais precisa

---

para identificar seu objeto. Se *pressuposto* é circunstância ou fato que necessariamente antecede outro, não há imprecisão em considerar a categoria dos fatos sem os quais o processo pode existir, mas não é válido. Em outras palavras, o fenômeno antecedente pode condicionar a existência ou a validade do subseqüente. Em ambos os casos, lícito falar-se em “pressuposto”.<sup>49</sup>

Diante dessas idéias, é preciso verificar se realmente podem ser identificados requisitos cuja existência anterior seja necessária a que a demanda tenha como conseqüência o nascimento de um processo.

Se verificarmos os denominados “pressupostos de existência” do processo – pelo menos os assim considerados pela doutrina –, veremos que todos, à exceção de um, são examinados no seu interior. A falta de algum deles pode impedir o julgamento do mérito, mas o fenômeno jurídico ao qual se convencionou denominar “processo jurisdicional” já existe.<sup>50</sup> Eles, portanto, não são requisitos sem os quais o processo não se forma.

Impõe-se, portanto, sejam revistos esses conceitos.

Na verdade, os requisitos estabelecidos pelo legislador para que o processo possa desenvolver-se regularmente, até a entrega ou denegação da tutela jurisdicional pleiteada, não são necessários à existência da relação processual.<sup>51</sup>

A distinção entre *pressupostos de existência* e *pressupostos de validade* do processo deve ser feita nestes termos: aqueles são os requisitos que devem existir antes da propositura da demanda, para que o processo possa nascer; estes são os requisitos necessários a que o processo possa desenvolver-se até alcançar seu escopo.<sup>52</sup>

Dentre todos os indicados pela doutrina, poucos são os que, ausentes, impedem o nascimento do processo. Reitera-se o que já se afirmou. Talvez o único pressuposto real de existência seja a *investidura do órgão jurisdicional*.<sup>53</sup> Os demais são necessários ao julgamento do mérito, e sua ausência determina a extinção de processo existente.<sup>54</sup>

Trata-se, pois, dos pressupostos de admissibilidade do exame do mérito, que, ao lado das condições da ação, são considerados intrínsecos ao processo.

Mesmo em relação à investidura, não se exclui a possibilidade de aproveitamento de atos praticados sem a participação do juiz. Imagine-se a hipótese de citação realizada por ordem de quem já se encontrava aposentado quando proposta a ação. Em seguida, o réu intervém e contesta, sem suscitar preliminares. Ao assumir suas funções, o juiz regularmente investido examina os autos e verifica tratar-se de questão exclusivamente de direito. A rigor, não haveria processo até então. Não vejo óbice, todavia, a que sejam considerados os atos anteriormente praticados, pois o preenchimento posterior do requisito de existência do processo, no caso, não implica ofensa ao contraditório.

Extrai-se daí que as construções abstratas de fenômenos processuais não podem ser levadas às últimas conseqüências, sob pena de comprometerem a própria finalidade instrumental do processo. Devem ser sempre compatibilizadas com seu escopo. Se necessário para adequar-se ao fim, o rigor conceitual é passível de flexibilização.

## ***12. Autor e pedido como requisitos de existência do processo***

Até quem restringe drasticamente o rol dos pressupostos de existência inclui a demanda entre eles.<sup>55</sup>

Mesmo o pedido e a pessoa que o formula são imprescindíveis ao desenvolvimento válido, não à existência do processo. É perfeitamente possível, em tese, imaginarmos a relação processual

iniciar-se sem esses requisitos e ser extinta exatamente pela ausência de um deles.<sup>56</sup>

E mais: não fica afastada a hipótese de verificar-se o julgamento de mérito apesar de ausente requisito tido como de existência pela doutrina. Basta pensar na possibilidade de o processo iniciar-se de ofício, sem provocação formal de alguém.

A afirmação parece incompatível com o sistema processual brasileiro. E realmente é. Mas a realidade nem sempre se submete às previsões abstratas do legislador. Essas situações rebeldes existem e precisam ser enfrentadas em sede doutrinária, sob pena de a teoria mostrar-se incapaz de solucionar problemas diversos daqueles que normalmente ocorrem.

Vamos, pois, ao excepcional, talvez improvável, mas possível. A curiosidade científica impõe tais divagações. Se elas se mostrarem úteis, ainda que seja uma única vez, o pesquisador dar-se-á por satisfeito. Se não apresentarem resultado prático, devem ser abandonadas. Neste caso, ficariam reservadas exclusivamente ao campo acadêmico, como simples hipóteses de raciocínio.

Passemos, então, ao exemplo.

Documentos são enviados pelo Correio ao juiz, que determina sua autuação. O réu, intimado a se manifestar, não comparece. Por se tratar de questão de direito, o processo é julgado antecipadamente, com denegação do suposto direito material de quem deveria ter ocupado o pólo ativo. Ele apela, e o réu, intimado, apresenta resposta ao recurso, sem argüir qualquer vício processual.

A situação ventilada retrata verdadeira teratologia processual. Ninguém deduziu formalmente pedido de tutela jurisdicional, inexistente petição inicial elaborada em conformidade com as exigências legais, o réu não foi citado, mas simplesmente intimado.

Não se trata de demanda ajuizada irregularmente – vício que pode comprometer o desenvolvimento do processo, mas não impede seu nascimento. No caso, o autor não formulou pedido algum perante a Justiça Estadual. O processo, na verdade, foi instaurado de ofício, por decisão proferida nos autos de outra relação processual.<sup>57</sup>

Não obstante todos esses vícios, a rejeição do pedido, o comparecimento posterior das partes e a ausência de prejuízo ao exercício dos poderes e faculdades processuais são suficientes para legitimar o resultado. Temos, aqui, a solução da crise de direito material por método absolutamente irregular, se considerarmos as exigências quanto aos pressupostos processuais. Do ponto de vista doutrinário, então, esse instrumento representa a negação daquilo que se concebe por *processo*. Apesar de tudo isso, ele deve ser admitido, porque produziu o resultado desejado pelo legislador e pela doutrina ao exigirem determinados requisitos para a validade do processo.<sup>58</sup>

A hipótese imaginada pode apresentar variações.

Se a improcedência se verifica sem a participação do suposto titular do direito, a sentença existe e é eficaz. Seus efeitos, todavia, serão impugnáveis por quem não interveio, a qualquer tempo e por qualquer meio processual.

Pense-se, ainda, na possibilidade de ser reconhecido o direito de quem não foi autor, com a participação efetiva do réu no contraditório. Se eventual sentença condenatória transitar em julgado, poderá o beneficiado iniciar a execução, embora não tenha sido parte no processo cognitivo. E o réu, que compareceu, não poderá mais alegar o vício.

Em qualquer dessas situações houve processo, apesar de inexistente pedido formalmente deduzido por alguém.

Com esses argumentos, considera-se o pedido como requisito de desenvolvimento válido e regular do processo, cuja ausência pode até tornar-se irrelevante se percebida quando já possível o julgamento de mérito favorável à parte ausente ou após o ingresso dela no processo, ainda que sem deduzir formalmente petição inicial. Também se já proferida a sentença, com reconhecimento do

direito de quem deveria ter sido autor, admissível concluir pela irrelevância da falha.

Tudo leva à conclusão, portanto, de que o pedido deduzido na demanda inicial não constitui requisito de validade do processo.<sup>59</sup>

Por isso, rejeita-se a conclusão de que, ausente pedido, a sentença é inexistente. O processo iniciado de ofício equipara-se substancialmente ao julgamento *ultra* ou *extra petita*. Como já sustentado em outra oportunidade, a violação à regra da correlação torna-se irrelevante se observado o contraditório em relação ao excesso. Nem nulidade há, pois, ao contrário do que se sustenta, a necessária adstrição da sentença aos elementos objetivos da demanda não decorre do denominado “princípio dispositivo”, nem da inércia da jurisdição, mas da impossibilidade de o julgamento abordar aspectos do litígio não submetidos ao contraditório.<sup>60</sup>

O mesmo ocorre se, embora não respeitado o princípio da demanda, o réu é citado, comparece e participa do processo, com observância de todas as garantias constitucionais.

Não pode ser aceita, portanto, a tese da inexistência.<sup>61</sup>

É verdade que, embora existente o processo iniciado de ofício, sem pedido formalmente deduzido por alguém, há nulidade por violação a regras processuais (arts. 2º e 262 do CPC). A inércia, ao menos no processo civil, não está prevista em sede constitucional.<sup>62</sup>

Tratando-se de nulidade, embora grave, admissível a incidência dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo. Se o vício for percebido somente após o encerramento da fase instrutória, tendo o réu apresentado defesa e havendo participação no contraditório de quem deveria ter sido autor, não há razão para desconsiderar todos os atos praticados, visto que o não-atendimento a requisito formal não implicou violação aos valores fundamentais do devido processo legal. Também se a intervenção se der apenas em segundo grau, tendo em vista recurso interposto pelo réu vencido, o tribunal deve desconsiderar o vício se concluir pela manutenção da sentença.

Em todas essas situações é fundamental que a vontade de quem deveria figurar no pólo ativo desde o início possa ser extraída dos autos, seja em razão de sua intervenção no processo, seja porque ele pretende valer-se dos efeitos da sentença.

Caso contrário seria ilegítima a interferência estatal na esfera jurídica de quem não a deseja. Possível relevar as irregularidades formais, não a falta de pedido – entendido este do ponto de vista substancial, isto é, a intenção de receber a tutela jurisdicional.

Mas, mesmo se o beneficiário da sentença permanecer ausente, decorrido o prazo para a rescisória nada mais poderá ser feito, pois o processo e a decisão, embora nulos, existiram. Neste caso teremos decisão judicial transitada em julgado favorável a alguém que não pediu tutela jurisdicional e sequer participou do processo em que ela foi concedida. Nada impede, todavia, venha ele a valer-se dos efeitos do ato judicial que o favorece, não sendo admissível ao réu resistir com fundamento na inexistência do processo iniciado sem a manifestação de vontade do interessado.

A ausência de liame jurídico com o autor, que não provocou a atividade jurisdicional, torna-se irrelevante com a sentença de procedência. Embora se trate de processo anômalo, em que a relação é bilateral (juiz/réu), esse vício não impede a produção dos resultados esperados. Seja lá o nome que se dê a esse fenômeno, que não preenche o esquema mínimo da relação trilateral, ele foi apto a produzir efeitos substanciais. Não se pode desprezar esse resultado, especialmente porque favorável a quem, em tese, foi prejudicado no plano processual.<sup>63</sup>

Também o exemplo do falecimento do autor antes da propositura da ação dá ensejo a reflexões úteis à sistematização dos denominados “pressupostos de existência” do processo. Dúvida não há de que, descoberto o fato, o juiz deverá extingui-lo mediante sentença – o que significa a existência do

fenômeno jurídico.

Trata-se de hipótese análoga àquela em que o autor não é dotado de capacidade para ser parte, como as Câmaras Municipais ou Secretarias de Estado. Com relação às Câmaras, aliás, reconhece-se a elas personalidade judiciária para a defesa de seus interesses institucionais, havendo controvérsia a respeito da configuração dessa situação.

Pois bem. Se o juiz concluir, em determinada situação concreta, pela ausência de interesse institucional do ente autor, irá extinguir o processo sem julgamento de mérito. Processo, então, existiu.

Além disso, se procedente o pedido formulado pela Câmara, embora não verse a controvérsia sobre tais interesses, não há por que desconsiderar a sentença se o réu participou do contraditório e teve oportunidade de exercer o direito à ampla defesa.

Com tais argumentos pretende-se demonstrar a existência do processo sem autor.<sup>64</sup> Mas não só. Quer-se também justificar a possibilidade de a sentença nele proferida tornar-se válida e eficaz, desde que o resultado beneficie o ente ausente.

O mesmo ocorre se proposta demanda a réu falecido. Embora inexistente um dos sujeitos da relação processual, ela existiu, e exatamente por essa razão será extinta.<sup>65</sup> Aliás, se alguém formular pedido de tutela jurisdicional visando ao reconhecimento de determinado direito, por exemplo, sem sequer apontar outrem para ocupar o pólo passivo, processo existirá. Se não regularizada, a inicial será indeferida, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito (CPC, arts. 284 e 295, I, e parágrafo único, II).

Podemos ir além na formulação de hipóteses. Não identificado o vício representado pela ausência de pessoa no pólo ativo do processo, que teve início sem que alguém tivesse formulado pedido, o juiz pode proferir sentença de procedência. O ato será válido e eficaz, podendo os herdeiros valer-se de sua eficácia. Ao réu não cabe mais alegar a ausência desse requisito processual, pois ele participou do contraditório e teve oportunidade de deduzir as defesas substanciais. Aliás, à luz do princípio da eventualidade, tinha o ônus de fazê-lo. Não sofreu prejuízo, mantendo-se íntegros os valores fundamentais cuja observância constitui a razão de ser da técnica processual.

Desnecessário transferir a titularidade ativa da demanda, nesses casos, ao advogado, pois ele não tem como suportar os efeitos substanciais da sentença, na medida em que não é parte na relação controvertida. Se rejeitada a pretensão, ele suportará os ônus da sucumbência, visto que deu causa indevida ao processo (princípio da causalidade). Mas, para extrair da sentença possíveis conseqüências no plano material, em caso de procedência, é preciso admitir como beneficiários os próprios herdeiros.<sup>66</sup>

Se improcedente o pedido, a sentença existe, mas é nula. Pode ser desconstituída mediante recurso ou ação rescisória. Como as pessoas que deveriam ter figurado no pólo ativo, inicialmente ou como sucessores, são terceiros, a eficácia do ato não vem acompanhada de imutabilidade, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada. Poderão resistir a ele, portanto, valendo-se de qualquer via processual apta a evitar que os efeitos da decisão atinjam sua esfera jurídica.

### ***13. Jurisdição e competência constitucional como requisitos de existência do processo***

Diante desse quadro, o *pedido*, formulado por *alguém*, dirigido a um *juiz* é, em princípio, o esquema mínimo para o nascimento regular de um processo. Não obstante isso, a ausência de alguns desses requisitos pode ser ignorada se observados os valores que a técnica processual visa a proteger. Iniciado procedimento, mesmo de ofício, perante alguém investido da função

jurisdicional, é perfeitamente possível seu desenvolvimento até o ato final, que, dependendo do caso, poderá ser convalidado, tornando-se apto a produzir seus efeitos normais.

Assim, deve ser reconhecida a existência do processo, embora ausente pressuposto apontado como necessário ao próprio nascimento dele (pedido e parte, por exemplo).<sup>67</sup> Também é preciso aceitar a possibilidade de o vício não impedir o pronunciamento do juiz sobre a relação de direito material, formulando a regra concreta a ser imposta às partes.

Nessa medida, admissível que o desencadeamento de atos perante o juiz se torne mecanismo eficaz de solução de controvérsias ainda que ausentes outros requisitos de existência do processo. Basta tenha se efetivado o contraditório, com plena participação dos interessados. Se a deficiência técnica do método de trabalho não impediu a consecução do resultado desejado, melhor desconsiderá-la.

Reconhece-se que muitas das situações aqui ventiladas, embora possíveis, ficam restritas ao âmbito da imaginação. A experiência demonstra, todavia, que as teratologias processuais são muito mais comuns do que se pensa. De qualquer modo, o objetivo é simplesmente demonstrar a inconsistência de afirmações peremptórias quanto à inexistência do processo se ausentes determinados requisitos.

Em síntese, nem mesmo a ausência de petição inicial constitui causa de inexistência do processo. A atividade jurisdicional, em princípio, não atua de ofício, devendo ser provocada por quem pretenda a tutela jurisdicional. No âmbito do processo civil a inércia da jurisdição é afastada pela demanda, materializada na petição inicial. Tais afirmações, embora corretas, não podem ser aceitas como regras absolutas. Mesmo sem pedido formalmente deduzido, podem ser imaginadas situações em que um processo tenha início e se desenvolva, com pleno exercício da atividade jurisdicional, culminando com sentença de mérito. E daí? Seria correto desconsiderar completamente esse fenômeno? Parece que não. Outros princípios devem ser levados em conta, para não contrariarmos a visão instrumentalista do processo.<sup>68</sup>

Daí por que o único requisito de existência do processo, sem o qual a sentença é mero fato, destituído de efeito jurídico, é a *jurisdição*, isto é, a presença de um juiz, regularmente investido dessa função.

Segundo alguns, equipara-se à falta de jurisdição a incompetência hierárquica e a constitucional. A tese é sedutora se pensarmos em situações extremas, como o acolhimento de ação direta de inconstitucionalidade de lei federal por juiz de primeiro grau. Mas também há hipóteses controvertidas, envolvendo competência das Justiças, cujas regras igualmente têm assento constitucional.<sup>69</sup>

A situação agravou-se sobremaneira após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, pois a competência da Justiça do Trabalho foi substancialmente ampliada, não primando o dispositivo pela clareza. Afirma-se ser competente a Justiça Especializada para julgamento das demandas versando sobre *relação de trabalho* – o que seria mais abrangente que *relação de emprego*. Os contratos de prestação de serviços envolvem relação de trabalho.

A questão é controvertida, havendo processos versando sobre essa matéria sendo julgados em ambas as Justiças. Pois bem. Definida a competência de uma delas, todas as sentenças proferidas por juízes da outra seriam inexistentes, sendo irrelevante o transcurso do prazo de dois anos, pois elas não teriam transitado em julgado.

Tal conclusão parece-me excessivamente prejudicial ao sistema, pois, afinal de contas, havia controvérsia sobre a competência naquele momento.<sup>70</sup>

#### **14. Custas processuais: falta de recolhimento e inadmissibilidade de julgamento do mérito**

---

A antecipação das despesas necessárias à realização dos atos processuais constitui requisito de desenvolvimento do processo (CPC, art. 19 e §§), podendo ocorrer até a extinção sem julgamento de mérito, visto que não praticado ato imprescindível ao seu prosseguimento (CPC, art. 267, III). Essa consequência é precedida de prévia e pessoal intimação da parte (CPC, art. 267, § 1º).<sup>71</sup> A lei prevê, na verdade, o cancelamento da distribuição em caso de não-recolhimento das custas iniciais (CPC, art. 257); mas essa providência será adotada mediante sentença.<sup>72</sup>

O recolhimento antecipado das custas pelo autor, ao propor a ação, é regulado de forma específica no âmbito de cada Justiça.

Pode ocorrer, todavia, que o processo tenha início sem o pagamento das custas e a falha passe despercebida. Ao final, verificada a omissão e recusando-se o autor a cumprir o ônus sem motivo justificado, necessário saber qual a solução tecnicamente adequada: extinguir o processo sem julgamento do mérito ou examinar a pretensão do autor, remetendo informações à Fazenda para adoção das providências destinadas ao recebimento do crédito?

Em relação a determinados atos o não-pagamento das custas acarreta consequência expressamente prevista na lei. O preparo, por exemplo, é requisito extrínseco de admissibilidade do recurso. A não-realização do respectivo pagamento acarreta a deserção, impossibilitando o exame do mérito (CPC, art. 511).

Em outras situações o efeito do não-atendimento de imposição legal é outro. Se a parte responsável pelos honorários do perito não depositar o valor determinado pelo juiz, a prova não se realizará (CPC, art. 33, parágrafo único). Mas, entregue o laudo apesar de não efetuado o pagamento, não irá o juiz desconsiderar a prova. O perito dispõe de título executivo extrajudicial para postular o recebimento do crédito (CPC, art. 585, V).

Com relação às custas iniciais poderia ser adotada solução análoga. Não houvesse vedação expressa ao julgamento do mérito, presentes os demais requisitos de admissibilidade desse exame, o juiz examinaria a pretensão do autor, comunicando o ocorrido à Fazenda Pública para as providências destinadas à constituição do crédito tributário.

Mas tal alternativa não se mostra possível no sistema brasileiro. Tanto quanto o preparo constitui requisito de admissibilidade do recurso, o adiantamento das custas iniciais pelo autor é imprescindível ao julgamento do mérito.<sup>73</sup>

Doutrina e jurisprudência têm abrandado o rigor do art. 257, admitindo o recolhimento das custas iniciais mesmo após decorrido o prazo de 30 dias, por ausência de prejuízo, sendo preferível aproveitar aquele mesmo processo, o que evita a repositura da demanda.<sup>74</sup>

O tema comporta ainda outra reflexão, à luz das premissas adotadas nesta investigação.

Se o juiz, embora não realizado o preparo inicial, estiver em condições de emitir pronunciamento sobre o mérito, deverá relevar a falha processual e colocar fim ao litígio, mesmo porque o descumprimento do ônus da antecipação ficou superado, uma vez que a partir de então surge a obrigação do vencido pelo pagamento das despesas já realizadas?

Para solução deste problema, necessário fixar alguns dados para raciocínio.

Porque o descumprimento do ônus passou despercebido, o processo desenvolveu-se até o final, possivelmente com produção de prova – o que implicou a realização de todos os gastos necessários a que ele atingisse essa fase. Se aplicada a regra processual, haverá a extinção do processo, com cancelamento da distribuição. O autor só poderá repropor a demanda se recolher as custas relativas ao processo extinto (CPC, art. 268) – o que não impede a constituição do crédito tributário.

Como o beneficiário da exigência processual é a Fazenda Pública, credora do valor correspondente às custas, o óbice imposto pelo legislador ao julgamento de mérito não pode ser desconsiderado, sob pena de causar prejuízo a terceiro, destinatário da proteção conferida pelo sistema processual. Considerada legítima a exigência de custas processuais – o que não é objeto de

discussão nesta oportunidade –, o Código de Processo Civil estabelece regras destinadas a assegurar o respectivo pagamento: ônus de antecipação, obrigação do vencido e impossibilidade de a parte voltar ao Poder Judiciário sem ter recolhido as custas relativas a processo anteriormente extinto.

Nessa medida, não pode o juiz ignorar todo esse sistema protetivo e julgar o mérito sem prévio recolhimento das custas iniciais. Haveria efetivo prejuízo ao Estado, que ficaria sem o mecanismo de pressão representado pela exigência do art. 268. A decisão de mérito impediria a repositura da ação, restando ao credor tributário tão-somente cobrança judicial. Já, se extinto o processo sem esse exame existe a possibilidade de o autor formular novo pedido de tutela jurisdicional, desde que recolha as custas devidas. Como esta alternativa contribui para a satisfação espontânea da obrigação, impõe-se seja adotada a solução prevista pelo legislador processual.

Só se admite a desconsideração de requisitos processuais se o julgamento do mérito não trazer dano algum àquele a quem a regra pretende beneficiar.

