José Roberto
dos Santos Bedaque

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

3ª edição

Capítulo III

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.[1]

1. Embora não se possa atribuir-lhe a condição de criador dos pressupostos processuais, inegável tenha sido Bülow o sistematizador da categoria (cf. José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*, pp. 46-51). Para Bülow *processo* é essencialmente uma relação jurídica, que compreende direitos e obrigações recíprocos e que não se confunde com as relações de direito privado, pois conta com a participação do órgão publico. Além disso, ela se caracteriza pelo dinamismo, pois se desenvolve gradualmente; está em constante movimento e transformação. Tratando-se de relação jurídica autônoma, sua constituição está sujeita a determinados requisitos, denominados "pressupostos processuais", cuja existência deve ser apurada em

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.[2]

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.[3]

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.[4]

procedimento prévio (cf. Büllow, *La Teoria de las Excepciones y los Presupuestos Procesales*, pp. 1-17).

2. Cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito. L'Ordine di Esame delle Questioni nel Processo*, pp. 1-2.

3. Cf. Barbosa Moreira, "Sobre pressupostos processuais", in *Temas de Direito Processual: Quarta Série*, p. 84. Também observa o autor haver controvérsia sobre o próprio conteúdo desta categoria, havendo alguns requisitos considerados *pressupostos processuais* por alguns e *condições da ação* por outros (idem, p. 85). Aliás, a própria expressão "pressupostos processuais" gera controvérsia, exatamente porque a existência desses requisitos não é verificada previamente, em procedimento autônomo, tal como ocorria na construção original de Bülow, representada pela palavra alemã *prozessvoraussetzungen*. Por isso, alguns preferem a denominação "pressupostos da sentença de mérito" (cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito ...*, pp. 3 e ss.).

4. Cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito ...*, p. 5. No Brasil, como já observado inicialmente, prevalece a denominada "teoria do trinômio processual", segundo a qual, além dos pressupostos e do

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.

mérito, existem ainda as condições da ação. Na Itália todos os requisitos de natureza processual são reunidos em uma só categoria, dos requisitos necessários a que o processo proporcione ao juiz o exame do direito à tutela jurisdicional pleiteada (cf. Giuseppe Gherardelli, "Note sulla struttura e sulla funzione delle c.d. condizioni di proponibilità della domanda", *Rivista di Diritto Processuale* 1/96-98; v. também Bedaque, "Pressupostos processuais e condições da ação", *Justitia* 156/49).

As condições da ação serão objeto de capítulo próprio, tendo em vista a grande divergência ainda existente na doutrina processual a respeito da sua natureza, o que tem gerado decisões absolutamente dissociadas da realidade (cf. Capítulo IV).

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.[5]

5. "La burocratizzazione della tutela giurisdizionale si è espressa, dal punto di vista concettuale, nell'affermarsi della categoria del *procedimento*, come manifestazione della razionalità delle forme di esercizio del potere. (...). Ma la burocratizzazione della funzione giudiziaria risale al programma politico di razionalizzazione del *modus operandi* degli organi giurisdizionali, che è uno degli aspetti fondamentali dell'Illuminismo, in un arco di tempo che va dalle riforme prussiane di Frederico II (1746) a quelle austriache di Maria Teresa (1749), alla *grande loi* napoleonica del 1812" (Vittorio Denti, "Azione", *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, p. 2).

No dizer de respeitado doutrinador brasileiro, os pressupostos processuais exercem a função de filtro, impedindo a passagem de pretensões formalmente inviáveis.[6]

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

6. "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" (José Carlos Barbosa Moreira, "Sobre pressupostos processuais", in *Temas ...: Quarta Série*, p. 89).

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 équo e justo de solução de controvérsias.[7]

7. Nesse sentido, não procede a crítica dirigida por Michele Fornaciari a Rimmelspacher. Ambos desenvolveram idéias bastante originais sobre o tema, chegando a conclusões muito semelhantes quanto à possibilidade de ser julgado o mérito ainda que ausente requisito processual. Como a construção é acolhida em parte neste estudo, será melhor examinada mais adiante. Uma de suas premissas consiste em identificar os pressupostos com os interesses das partes – o que parece absolutamente correto, como se verá a seguir. Mas isso não significa que eles não tenham também um fim mediato, corretamente apontado por Rimmelspacher. Os pressupostos processuais podem ser vistos como exigências destinadas a assegurar a *pace giuridica*, na medida em que a presença deles garante regularidade ao instrumento. Admitir esse escopo maior dos pressupostos não significa negar que cada um deles tenha uma razão de ser própria. Visão geral do fenômeno, todavia, conduz à conclusão de Rimmelspacher (Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 98 e ss.).

Como já esclarecido no capítulo anterior (cf. n. 33), não se pretende defender ou contestar a idéia do objeto único do processo, formado pelos pressupostos e pelo mérito – o que autorizaria a desconsideração da ordem estabelecida para o exame das questões. Não é esse o objetivo do trabalho, pois eventual não-observância da ordem de precedência, segundo se pensa, é excepcional e deve ocorrer, se possível no caso concreto, apenas quando o controle da regularidade tenha falhado. A conclusão deste estudo está fundada nos princípios da economia processual e da inexistência de nulidade sem prejuízo. Não há preocupação com a discussão a respeito da existência de objeto único, de um binômio ou de um trinômio. Sabe-se que no processo podem surgir questões de natureza eminente-

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.[8]

3. Classificação dos pressupostos processuais

Diverge a doutrina brasileira com relação ao significado da expressão "pressupostos processuais". Há a corrente restritiva, cujos

mente processual, relacionadas apenas à regularidade do instrumento, e questões inerentes à relação de direito material, também denominadas "questões de mérito". Normalmente a estas somente se chega se superadas as primeiras. Em caráter excepcional, é possível ignorar problemas de ordem processual e solucionar aqueles atinentes à situação substancial. É somente este o objeto da investigação. Este é o teorema, ou seja, o assunto principal do estudo, a proposição que se pretende demonstrar. Sobre a unicidade ou duplicidade do objeto do processo, cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 93-155.

8. A propósito, José Maria Tesheiner refere-se ao princípio da sanação, segundo o qual os fins do processo devem prevalecer sobre eventuais vícios (cf. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*, p. 3).

defensores limitam esses requisitos aos necessários à existência do processo: pedido feito por alguém e dirigido a outrem dotado de investidura.[9] 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)[10] 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 (litispendência e coisa julgada).[11]

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

9. Cf.: Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., p. 329; Luis Eulálio de Bueno Vidigal, "Pressupostos processuais e condições da ação", *Revista de Direito Processual Civil* VI/8-9; J. R. Franco da Fonseca, "Pressupostos processuais e condições da ação no Direito Internacional", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 104-106/48.

10. Teresa Arruda Alvim Wambier entende que apenas a incompetência absoluta e o impedimento configuram pressupostos processuais, pois a incompetência relativa e a suspeição são vícios sanáveis (*Nulidades do Processo e da Sentença*, 5ª ed., p. 40). Ser, ou não, sanável o vício não parece constituir critério adequado para distinguir os pressupostos processuais dos demais requisitos de desenvolvimento válido do processo. Primeiro – salvo algumas poucas exceções –, a ausência de qualquer pressuposto processual pode ser desconsiderada pela aplicação de técnicas destinadas a sanar o vício. Esta é, aliás, a tese a ser demonstrada. Além disso, a incompetência relativa e a suspeição, se alegadas, constituem óbice ao desenvolvimento regular do processo.

11. Cf. Bedaque, "Pressupostos processuais ...", *Justitia* 156/49-51; v. também: Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 321 e ss.; Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. I, pp. 509 e ss.

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.[12]

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.[13]

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

12. Correta a crítica de Michele Fornaciari a essa classificação, pois, em última análise, todo vício processual está relacionado à forma em sentido amplo. Prefere a classificação fundada nos efeitos causados pela falta do requisito (cf. *Presupposti Processuali e Giudizio di Mérito* ..., pp. 6 e ss.).

13. Cf. Barbosa Moreira, "Sobre pressupostos processuais", in *Temas ...: Quarta Série*, p. 93.

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.[14]

Esta visão, todavia, não é mais compatível com o direito processual, tal como o concebemos hoje. Ainda que se admita seja o proces-

14. Cf. Bülow, *La Teoría de las Excepciones* ..., pp. 4 e ss. Sobre essa doutrina, com amplas considerações quanto à distinção entre as duas fases nos ordenamentos da época, cf. Hélio Tornaghi, *Da Relação Processual Penal*, 2ª ed., pp. 67 e ss.

Deixando de lado a investigação sobre o acerto das informações históricas de Bülow, Barbosa Moreira destaca a herança deixada por essa construção: "O fato é que lançou fundadas 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" ("Sobre pressupostos processuais", in *Temas ...: Quarta Série*, p. 89; v. também Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 11 e ss.).

so uma relação jurídica,[15] 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.[16]

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.[17]

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".

15. Conclusão rejeitada por muitos (cf. Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7ª ed., p. 75, para quem os processualistas "hanno sempre stentato, a causa dell'imponenza del fenomeno (la trave nel'occhio proprio...), a definire il *processo* lo schema stesse della disciplina di loro competenza – e sono rimasti fermi, ancora durante alcuni decenni di questo secolo, al vecchio e inadatto *cliché* pandettistico del *rapporto giuridico processuale*").

16. Por isso – afirma Michele Fornaciari – a precedência do exame dos requisitos de admissibilidade em relação ao mérito não se considerava um problema, mas a única solução possível,visto que a relação jurídica somente seria viável se observadas as exigências legais. O apego exagerado à idéia de relação jurídica, conseqüência do formalismo, não admitia alternativa: "È infatti evidente che, una volta descritto il processo come rapporto giuridico ed i presupposti processuali come i requisiti di validità di esso, la priorità del rito rispetto al merito, nonché logica conseguenza della ricostruzione, era addirittura già contenuta in essa: se il processo in tanto viene validamente in essere, in quanto sussistano i presupposti processuali, è ovvio che l'accertamento di questi ultimi deve avvenire fuori dal processo e preliminarmente ad esso; il processo, in quanto esito di tale accertamento, non può essere al contempo il luogo dove questo si svolge" (Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 12-13).

17. Cf. Fazzalari, *Istituzioni* ..., 7ª ed., pp. 73 e ss.

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.[18]

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.[19]

18. Cf. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., pp. 132-133.

19. Como bem observa Miguel Teixeira de Souza, a partir do momento em que os pressupostos processuais passaram a ser considerados como requisitos ao exame do mérito, examinados no interior do próprio processo, não mais se justifica o dogma da precedência: "Ou seja, comparativamente à construção originária de Bülow, que concebe os pressupostos processuais como exteriores ao *iudicium* e que, por isso, reserva um procedimento preparatório para a sua apreciação, a doutrina moderna, que aceita a atribuição de um valor de existência a um proces-

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).

so no qual faltam os correspondentes pressupostos processuais, desloca-os para o interior do processo e modifica-lhes a função condicionante, que deixa de incidir sobre a existência do processo e passa a recair sobre a suscetibilidade do proferimento de uma decisão de mérito nesse processo" ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)", *RePro* 63/69-71).

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.[20]

Mas, se a finalidade da exigência de determinado requisito é proteger a parte, outro é o raciocínio a ser adotado pelo juiz, caso

20. Cf., neste Capítulo, n. 13.

o processo já reúna elementos suficientes a uma decisão de mérito favorável ao beneficiário daquele pressuposto ausente.[21]

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.[22]

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".[23]

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

21. Michele Fornaciari inclui a competência territorial entre os pressupostos cuja razão de ser não está diretamente relacionada ao objetivo de assegurar a justiça da decisão de mérito (cf. *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 41 e ss.).

22. Nesse sentido, cf. Humberto Theodoro Júnior, "As nulidades no Código de Processo Civil", *RePro* 30/52. João Gilberto Gonçalves Filho propõe, com alguns limites, a flexibilização das regras de competência, mesmo de natureza absoluta, em prol do princípio da eficiência (cf. *O Princípio Constitucional da Eficiência* ..., pp. 206 e ss.).

23. Cândido Dinamarco, "Notas à Tradução" de Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, nota 28, pp. 42-43.

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 inexiste 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?[24]

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.

24. Miguel Teixeira de Souza admite que, não demonstrada a presença de pressupostos processuais destinados à proteção do autor, seriam admissíveis o exame do mérito e o "proferimento de uma decisão de procedência ou de improcedência sem que tenha sido definida concludentemente a existência de um desses pressupostos" ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/76-77). Verificada a situação de *non liquet* com relação a um deles, seria admissível o exame do mérito, e até a sentença de improcedência. Mas, se o tribunal estiver convencido da ausência, poderá julgar o mérito apenas se for para acolher a pretensão: "Em conclusão: relativamente aos pressupostos cuja função é proteger os interesses do autor, a observância do dogma da prioridade só se justifica quando o tribunal conclui, por sua exclusiva iniciativa e sem recurso à resolução de uma situação de *non liquet*, pela inexistência de um desses pressupostos e quando, verificados esses condicionalismos, não é possível proferir uma sentença condenatória. Isto é, esses pressupostos não constituem condições para o proferimento de uma decisão de procedência, pois a sua inexistência impede apenas a produção de uma decisão absolutória. Assim, o tribunal pode proferir uma sentença de procedência se estiverem preenchidos todos os pressupostos orientados para a defesa dos interesses do Estado e do réu, mesmo que faltem aqueles que visam a acautelar a posição processual do autor" (idem, ibidem).

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 esta 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?[25] Não há razão para extinção do processo apenas porque 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,[26] ainda que o autor não descreva o fato constitutivo da aquisição do direito, a nulidade é perfeitamente sanável, pois não compromete o contraditório, na

25. Cândido Dinamarco relata exatamente a ocorrência dessa hipótese em sua experiência como Desembargador do TJSP. O vício, é claro, foi desconsiderado. A propósito da não-observância dos requisitos da inicial no processo civil italiano, Vittorio Denti defende a incidência do art. 162 do CPC, inspirado, segundo alguns, na idéia de que o processo deve atingir a decisão de mérito, sendo a extinção por problemas processuais (*absolutio ad instantia*) solução de caráter excepcional, admissível apenas se inevitável ("Appunti sulla citazione e le sue nullità", in *Studi in Onore di Luigi Montesano*, vol. I, p. 109). Esse dispositivo simplesmente determina ao juiz, se possível, a renovação dos atos atingidos pela nulidade. A proposta defendida neste estudo é bem mais abrangente. Pretende-se o reconhecimento da irrelevância de todo e qualquer vício processual do qual não resulte prejuízo aos objetivos do ato.

26. Cf.: José Rogério Cruz e Tucci, *A **Causa Petendi** no Processo Civil*, 2ª ed., pp. 117-118; Guilherme Freire de Barros Teixeira, *O Princípio da Eventualidade no Processo Civil*, pp. 195 e ss.. V. também Bedaque, *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., pp. 123.

medida em que o direito é identificado apenas com a descrição do objeto.[27]

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.[28]

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

27. Segundo Proto Pisani e Remo Caponi os direitos absolutos em geral são individualizados apenas com base em seu conteúdo, do bem que constitui seu objeto, não da relação jurídica que o originou: "Il fatto costitutivo non è necessario per la loro individuazione, e pertanto, sul piano logico, la mancata indicazione del fatto costitutivo non dovrebbe comportare la nullità della domanda giudiziale e il rigetto della stessa per motivo di rito, bensì un rigetto in merito ex art. 2697 c.c., per mancata prova del fatto costitutivo" (*Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, p. 76). Tanto lá como cá, todavia, o direito positivo adotou solução diversa (CPC italiano, art. 164, 4º *comma*; CPC brasileiro, arts. 282, 284 e 295) – o que não impede seja ignorado o vício se dele não resultar prejuízo à defesa da parte contrária.

Para Guilherme Freire de Barros Teixeira é desnecessária a indicação do fato constitutivo nesses casos, não se aplicando o princípio da eventualidade, destacando, todavia, a necessidade de observância do contraditório (cf. *O Princípio da Eventualidade* ..., pp. 199-200).

28. Por entender que a maioria dos pressupostos processuais visa a "salvaguardar os interesses das partes, garantindo um equilíbrio de forças e de oportunidades entre os litigantes", Miguel Teixeira de Souza afirma que "é neste enquadramento funcional dos pressupostos que se deve procurar (ou infirmar) os fundamentos da necessidade de apreciação prévia desses mesmos pressupostos" ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/73). Aliás, observa o ilustre processualista português, com total propriedade, que o fato de tais pressupostos destinarem-se à proteção do interesse das partes não é conflitante com a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a ausência deles. Trata-se, segundo ele, de justificável opção legislativa (idem, ibidem). Acrescento que o legislador confere esse poder ao juiz, entre outras razões, em atenção ao princípio da economia processual. Não quer correr o risco de permitir o desenvolvimento de um processo provavelmente inútil, evitando, assim, dispêndio desnecessário de dinheiro e energia.

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.[29]

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,

29. Michele Fornaciari chega a conclusão análoga, admitindo sentença favorável ao autor cuja capacidade processual não esteja demonstrada. Refere-se também ao interesse processual, que será objeto de exame no Capítulo IV (cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 27-38). Nega, todavia, a possibilidade de sentença desfavorável a autor não representado de forma regular: "Eppure, come già si disse a suo tempo, non pare dubbio che non sia possibile pronunciare una sentenza di rigetto tralasciando la questione circa la capacità dell'attore: si determinerebbe esattamente la situazione che la previsione del requisito in questione vuole evitare" (idem, p. 164).

Também Maria José de Oliveira Capelo ("Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação", *Studia Iuridica* 15/47-48) dirige crítica semelhante ao pensamento de Miguel Teixeira de Souza.

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 argüição 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 inexiste 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.[30]

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.

30. Contra: Miguel Teixeira de Souza, que considera inexistir para a parte interesse processual (cf. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/75-76; no mesmo sentido: Michele Fornaciari. *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 25-26).

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

Verificadas a incapacidade processual ou a irregularidade de representação[31] 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,

31. Incluem-se na previsão legal tanto as hipóteses de incapacidade quanto de ausência de advogado, denominada doutrinariamente de "capacidade postulatória" (cf. meus comentários ao art. 13 no *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 80).

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".[32]

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

32. Bedaque e outros, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 80. Por isso, não pode ser aceita a conclusão de Miguel Teixeira de Souza quanto à ausência de prova da capacidade processual ativa. Propõe o ilustre jurista a continuidade do processo, porque cabia ao autor o ônus da prova. Não demonstrada essa situação, a decisão deve ser pela desnecessidade da proteção, e não pela extinção do processo. Também entende inadmissível seja o vício alegado pelo réu, pois a exigência legal visa à proteção do autor (cf. Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/76-77). Essa construção desconsidera dois aspectos essenciais do problema: não é possível a continuidade do processo, pois o autor pode ser incapaz – o que retira dele a possibilidade de participar em igualdade de condições com o réu; além disso, o vício deve ser reconhecido de ofício – motivo pelo qual não pode o juiz simplesmente ignorar a alegação do réu.

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".[33]

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.[34]

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

33. Bedaque e outros, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 81. No mesmo sentido Miguel Teixeira de Souza, para quem a ausência de qualquer pressuposto processual destinado à proteção dos interesses do réu não constitui óbice à extinção do processo sem julgamento de mérito ou até à sentença de improcedência, pois tais resultados o favorecem. Mas o juiz está absolutamente impossibilitado de proferir decisão favorável ao autor (Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/77-78).

34. Para Teresa Arruda Alvim Wambier o processo nessas condições é inexistente, sendo nulos os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que exerça atividade incompatível com a Advocacia, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.906, de 4.7.1994 (cf. *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 44-46). Segundo José Maria Tesheiner o caso é de ineficácia, não de inexistência, pois o juiz terá de proferir sentença, extinguindo o processo (*Pressupostos Processuais* ..., p. 60).

Penso, todavia, tratar-se de sentença eficaz, embora nula. Se favorável à parte não-representada, considera-se sanado o vício, pois quem teria legitimidade para impugnar a sentença não tem interesse. Decisão contrária poderá ser atacada de qualquer forma e a qualquer tempo pela parte cujo advogado não juntou procuração aos autos, pois se trata de terceiro, não sujeito à coisa julgada.

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.[35]

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.[36]

O problema é outro, segundo parece. À exceção da competência, todos os demais pressupostos processuais visam à proteção das par-

35. Registra-se, aqui, a tendência da jurisprudência no sentido de conceder prazo à parte para regularizar a representação processual (STJ, 4ª T., REsp 594.426 (2003/0175891-5), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 6.4.2004, v.u.; STJ, 3ª T., REsp 555.561-MG (2003/0094705-6), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.6.2004, v.u, *Revista da AASP* 2.404/370-371). Esta deveria ser a solução também para a hipótese de recurso interposto por advogado sem procuração, motivo pelo qual considero excessivamente formalista o teor da súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe em sentido contrário (cf. Capítulo II, n. 24, nota 124).

36. Cf.: Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, pp. 72-73; Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., vol. II, p. 330.

tes, 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.[37]

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.[38]

37. É, substancialmente, a posição de Miguel Teixeira de Souza: "O tribunal pode proferir uma decisão absolutória quando não está concludentemente averiguada ou quando está verificada a inexistência de um dos pressupostos processuais destinados a acautelar os interesses do réu, pelo quê, relativamente a esses pressupostos, não se justifica qualquer prioridade na sua apreciação" ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/78).

38. A denominação é de Galeno Lacerda. Daí o silogismo supostamente adotado pelo legislador processual: "Embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo tal, número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido" (Galeno Lacerda, "O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/11). A idéia do ilustre processualista gaúcho é não só integralmente acatada, como se propõe sua extensão a todos os requisitos ligados à técnica processual, não apenas às nulidades em sentido estrito. Pela incidência dos dispositivos do Código de Processo Civil (arts. 243 e ss.) às demais espécies de nulidades, especificamente aquelas decorrentes da ausência de pressupostos processuais, manifesta-se José Maria Tesheiner (*Pressupostos Processuais* ..., p. 29). José Orlando Rocha de Carvalho considera essencial distinguir *pressupostos processuais* de *requisitos processuais*, pois somente estes, que dizem respeito à validade do processo, estariam sujeitos aos princípios relativos às nulidades, como a convalidação e a sanatória (cf. *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 158 e ss.). Não dá o devido destaque, todavia, à principal conseqüência desta acertada conclusão – qual seja, a incidência dos princípios que compõem o denominado "sobredireito proces-

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.[39]

sual", como instrumentalidade das formas e ausência de nulidades sem prejuízo, cuja função é evitar que vícios irrelevantes acabem comprometendo o processo, independentemente de qualquer alteração legislativa e sem necessidade de procurar no sistema processual alguma conspiração liberal-individualista, baseada no Estado burguês, contra os fins sociais do processo.

39. Fredie Souza Didier Júnior trata as condições da ação como espécies do gênero "admissibilidade do processo". E afirma ser a inadmissibilidade sanção de invalidade do procedimento, cuja decretação somente deve ocorrer em caráter excepcional, ou seja, se configurado algum prejuízo (cf. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – O Juízo de Admissibilidade do Processo*, pp. 28 e ss.). Ainda que discutível a equiparação da inadmissibilidade à sanção (cf. Capítulo V, nota 172), a conclusão do professor baiano coincide, em linhas gerais, com a adotada neste trabalho.

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.[40]

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.[41]

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

40. Barbosa Moreira afirma taxativamente que, se houver dúvida séria sobre a existência de algum pressuposto processual, deve o processo ser extinto sem apreciação do mérito (cf. "Sobre pressupostos processuais", in *Temas ...: Quarta Série*, p. 89). Tal solução é adequada se o exame da relação de direito material revelar que o resultado seria contrário aos interesses da parte prejudicada pela falta do pressuposto processual.

41. Essa proposta, aqui parcialmente acolhida, não teria reflexo no Direito Brasileiro segundo Barbosa Moreira, para quem só se pode julgar o mérito se concorrerem os pressupostos processuais, havendo de ser observada rigorosamente a ordem imposta pelo sistema quanto ao exame dessas duas categorias: "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 julgamento" ("Sobre pressupostos processuais", in *Temas ...: Quarta Série*, p. 90). Quanto ao Direito Italiano, cf. Proto Pisani e Remo Caponi, *Lineamenti ...*, pp. 148-149.

a improcedência possa ser reconhecida mesmo se ausente um pressuposto processual.[42]

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.

42. Com relação a esta última assertiva, cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 28-38.

a improcedência possa ser reconhecida mesmo se ausente um pressuposto processual.[42]

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.

42. Com relação a esta última assertiva, cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 28-38.

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.[43]

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 au-

43. Quem defende a admissibilidade de inversão da ordem refere-se a situações em que, não obstante já possível juízo de mérito, existe necessidade de apuração do pressuposto processual. Insistir na investigação da matéria processual iria de encontro à economia processual, especialmente se o requisito faltante visa a atender a esse princípio (cf. Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 35-36). Parece-me ser possível conclusão mais ampla: mesmo que já identificada a falta de pressuposto processual, nada obsta ao julgamento do mérito a favor daquele a quem o requisito visava a proteger.

sência 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.[44]

44. Teresa Arruda Alvim Wambier, ao que parece, limita o alcance da regra apenas às nulidades formais, não incidindo se o vício disser respeito aos chamados "requisitos de admissibilidade" do julgamento de mérito, ou seja, pressupostos processuais e condições da ação (cf. *Nulidades do Processo ...*, 5ª ed., p. 198). Também Comoglio, Ferri e Taruffo, examinando o art. 156 do CPC italiano – semelhante ao dispositivo ora invocado –, concluem não incidir a regra em relação aos denominados "requisitos não-formais", como pressupostos processuais e condições da ação, por se referirem ao próprio poder de invocar a tutela jurisdicional. Como os atos processuais são conseqüência do exercício desse poder, assume ele relevância formal indireta na validade daqueles: "Poiché, in definitiva, non potrebbe mai reputarsi formalmente valido un atto comunque posto in essere nell'esercizio di un potere viziado (o, peggio, ancora inesistente)" (*Lezioni sul Processo Civile*, p. 443).

Assim também Vittorio Denti, para quem não são aplicáveis aos denominados "vícios não-formais", decorrentes da ausência de requisitos ou pressupostos subjetivos dos atos processuais das partes, as regras sobre nulidades decorrentes de vícios formais, porque a invalidade tem origem no próprio poder de constituição do processo; tem a ver com o exercício da ação. Nessa medida, não haveria como o ato atingir o escopo (cf. "Invalidità", *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, vol. I, p. 711).

Fabio Marelli admite de modo bastante restritivo a incidência direta do art. 156 do CPC italiano aos vícios não-formais, mas aponta tendência da doutrina moderna no sentido de generalizar a regra da instrumentalidade das formas, considerando-a aplicável a qualquer tipo de vício. Refere-se especificamente à conclusão de Proto Pisani nesse sentido (cf. Fabio Marelli, *La Conservazione degli Atti Invalidi nel Processo Civile*, pp. 120-126). Já Ferruccio Auletta defende interpretação extensiva do dispositivo, pois, ao afirmar que a nulidade *jamais* será decretada se o ato atingir a finalidade, sem qualquer limitação, o legislador não restringiu o alcance da proposição normativa às nulidades formais (*Nullità e Inesistenza degli Atti Processuale Civile*, pp. 149-150). Assim também Chiara Besso (*La Sentenza Inesistente*, p. 28).

Penso que a questão comporta solução intermediária, sem apego a dogmas formais. Se, não obstante identificada a ausência que diga respeito ao exercício do poder, o problema puder ser substancialmente sanado, a irregularidade de forma torna-se irrelevante. Assim, por exemplo, se possível aferir a vontade do titular do direito, eventuais problemas de representação ou legitimidade devem ser relevados se a resposta for a ele favorável (cf. Capítulo V, nota 58). Pela incidência do princípio a todo e qualquer tipo de nulidade, seja de forma ou de fundo, pois deve prevalecer nesta sede o denominado "instrumentalismo substancial", cf. Daniel Roberto Hertel, *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: a Instrumentalidade Substancial das Formas*, pp. 21 e 114 e ss.

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.[45]

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

45. Vittorio Denti, contrário à possibilidade de vício dessa natureza ser considerado sanável pela ausência de prejuízo – princípio aplicável apenas às nulidades formais –, chama a atenção para esse aspecto da questão: "La inesistenza o la invalidità della procura alle liti non tanto viziano la costituzione in giudizio, quanto piuttosto vietano di considerare la parte legalmente 'presente' nel processo, e quindi richiamano l'aplicazione della regola generale del contraddittorio, che riguarda non soltanto il convenuto, ma anche l'attore" ("Invalidità", *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, vol. I, p. 712).

– 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.[46]

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.

46. Michele Fornaciari apresenta extensa relação de autores e julgados contrários à tese do objeto único do processo e, conseqüentemente, à inexistência de precedência obrigatória quanto à matéria processual. Trata-se de entendimento amplamente majoritário, sendo poucos os que admitem a inversão dessa ordem (cf. *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., pp. 14-18, nota 27). Como já sustentado no texto, o problema não está na unicidade ou duplicidade do objeto do processo. Embora se reconheça haver pelo menos duas questões de natureza diversa – requisitos de admissibilidade e mérito –, defende-se a relativização do dogma da precedência, à luz dos princípios da instrumentalidade, da falta de prejuízo e da economia.

Vittorio Denti, invocando lição de Calamandrei, figura entre os que consideram inadmissível o julgamento de mérito se não resolvidas as questões *prejudiciais de rito*: "L'invalidità dell'atto processuale, dunque, se non sanata, dà luogo ad una questione pregiudiziale di rito, come eccezione, od ostacolo, all'esercizio del potere del giudice di decidere nel merito" ("Invalidità", *Enciclopedia del Diritto. Aggiornamento*, vol. I, p. 713). Como para o saudoso processualista de Pavia os vícios não-formais são incompatíveis com a idéia de convalidação pelo alcance do escopo, conclui-se ser ele adepto do entendimento majoritário quanto à precedência obrigatória das questões processuais em relação às de mérito.

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.[47] 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.[48]

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".[49]

47. Cf. Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. 3; Cândido de Figueiredo, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 10ª ed., vol. II; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed.

48. Cf. Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., vol. I, p. 39.

49. Louvável a tentativa de José Orlando Rocha de Carvalho em distinguir o que é necessário à existência daquilo que constitui requisito de validade do processo. Apenas não vejo mal algum em continuarmos utilizando a expressão "pressupostos de validade", pois, além de consagrada, não apresenta a apontada imprecisão etimológica. *Pressuposto* é aquilo que se supõe existir não apenas para dar existência a alguma coisa, mas também para conferir-lhe validade. De qualquer modo, a divergência semântica não parece relevante desde que – e nisso concorda-se com o autor – fique estabelecida a distinção entre o que se considera necessário à existência do processo e o que condiciona a validade dele, seja este último fenômeno denominado "pressuposto de validade" ou "requisito processual" (cf. José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 63 e ss.). A possível impropriedade da expressão "pressuposto processual" já fora apontada por Calamandrei, visto que seu significado, a rigor, correspon-

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.[50] 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.[51]

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.[52]

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*.[53] Os demais são necessários ao julga-

de a condição cuja ausência impede a própria formação da relação processual. Não obstante – e com essa ressalva terminológica –, optou por adotá-la, porque já consagrada pelo uso (cf. "Istituzioni di diritto processuale civile", in *Opere Giuridiche*, vol. IV, p. 189).

50. Cf. Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/69-79.

51. A afirmação é feita exclusivamente à luz do processo de conhecimento, pois, ao menos em princípio, no processo de execução não há exame do mérito, embora os requisitos de natureza processual sejam também exigidos.

52. Cf. Crisanto Mandrioli, *Corso* ..., 2ª ed., vol. I, p. 39.

53. "In assenza di un giudice non si ha processo, quand'anche, per avventura, sussistessero tutti gli altri requisiti e si fosse seguito rigorosamente il Codice di Procedura Civile" (Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito* ..., p. 6). Crisanto Mandrioli completa esse pensamento com

mento do mérito, e sua ausência determina a extinção de processo existente.[54]

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

uma indagação: quais requisitos devem existir antes da propositura da ação, para que ela possa dar vida a um processo? E responde: "A ben guardare, un requisito solo: che quel soggetto al quale la domanda verrà proposta sia un giudice, ossia, sia investito di potere giurisdizionale o abbia, como si suol dire, *giurisdizione*... Solo ove mancasse questo requisito (perchè si trattasse, ad esempio, di un prefetto, di un professore, di un vescovo ecc.), la successiva proposizione della domanda non darebbe luogo ad alcun processo perchè quel non-giudice potrebbe benissimo astenersi dal compiere una qualsiasi attività. In ogni altri caso, il giudice è sempre tenuto ad un'attività che è già processo, anche se deve arrestarsi subito" (*Corso* ..., 2ª ed., vol. I, p. 39). Ele considera também o pedido de tutela jurisdicional como pressuposto de existência do processo (idem, pp. 40 e 44-45).

54. Roque Komatsu registra a perplexidade gerada pela propositura da ação após a morte do autor e refere-se à opinião de que o órgão investido de jurisdição seria o único pressuposto processual de existência. Mas parece não apoiar esta afirmação, pois em seguida refere-se à necessidade de uma demanda para a existência do processo (cf. *Da Invalidade no Processo Civil*, pp. 233-234). Coloca-se em dúvida, todavia, esta conclusão, visto que, embora manifesta a irregularidade, é perfeitamente possível imaginar processo iniciado por determinação judicial fora das hipóteses admitidas pelo legislador, conforme se verá a seguir. Nem mesmo a demanda, portanto, pode ser incluída entre os pressupostos de existência do processo. Daí parecer acertada a conclusão restritiva: o órgão investido de jurisdição é o único requisito necessário à existência do processo. Todos os demais, se ausentes, determinam a extinção de fenômeno fático e jurídico: o processo. E mais: o vício pode até mesmo ser relevado – posição também defendida aqui. Nessa medida, o processo não só existe mesmo sem pedido ou autor, como pode alcançar seu escopo maior, representado pela eliminação da crise de direito material.

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.[55]

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.[56]

55. Calamandrei, por exemplo, entende imprescindível à formação do processo ao menos dois elementos: um órgão jurisdicional e uma demanda a ele dirigida, na forma estabelecida pela lei processual (cf. "Istituzioni ...", in *Opere Giuridiche*, vol. IV, p. 187). Ainda que se aceitasse a inclusão da demanda entre os pressupostos de existência, não parece correta a menção à forma, pois a não-observância dela leva ao indeferimento da petição e à extinção do processo já existente.

56. Miguel Teixeira de Souza informa estar essa conclusão em conformidade com a tradição histórica do Direito Romano moderno. Para ele os pressupostos processuais condicionam apenas o conteúdo da sentença. Sem eles o mérito não será examinado, ao menos em princípio. Mas haverá casos em que, não obstante a ausência de algum, deve ser julgado o mérito. É exatamente por isso que o autor combate o dogma da prioridade, pois, se a parte não tiver interesse em impugnar o julgamento no plano substancial, não há razão para considerar inadmissível esse resultado porque ausente requisito processual destinado a favorecê-la (cf. Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais ...", *RePro* 63/70-71). Esta conclusão justifica-se à luz dos princípios da instrumentalidade das formas (em sentido amplo) e da economia processual. Foi adotada pela reforma do Código português (art. 388º, n. 3), que serviu de modelo para o novo Código de Processo Civil de Macau. O mérito deve sempre prevalecer sobre as questões de forma, sendo consagrado em lei o abandono do dogma da prioridade dos pressupostos processuais (arts. 230º, n. 3, e 563º, n. 1) (cf. Isabel Alexandre, "Sul nuovo Codice di Procedura Civile di Macao", *Rivista di Diritto Processuale* 2/400).