

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

SÍLVIO YOSHIO FUNAKURA

ORIENTADOR: Prof. Dr. CAMILO ZUFELATO

**ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA CITAÇÃO E AS FORMAS
DE COMO IMPUGNAR SEUS VÍCIOS NO PROCESSO**

RIBEIRÃO PRETO – SP

2013

SÍLVIO YOSHIO FUNAKURA

ORIENTADOR: Prof. Dr. CAMILO ZUFELATO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E DE PROCESSO CIVIL

**ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA CITAÇÃO E AS FORMAS
DE COMO IMPUGNAR SEUS VÍCIOS NO PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Direito Privado e de Processo Civil da
Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de bacharel
em direito.

RIBEIRÃO PRETO – SP

2013

Nome: FUNAKURA, Sílvio Yoshio.

Título: Análise da Natureza Jurídica da Citação e as Formas de como Impugnar seus Vícios no Processo.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS..... | 17 |
| a. Desenvolvimento teórico segundo Oskar Von Bulow..... | 17 |
| b. Pressupostos processuais..... | 18 |
| c. Pressuposto processual objetivo..... | 21 |
| d. Pressuposto processual subjetivo..... | 25 |
| I. Pressuposto processual de existência..... | 28 |
| II. Requisitos de validade..... | 30 |
| 2. ATOS PROCESSUAIS..... | 33 |
| a. Princípios dos Atos Processuais..... | 35 |
| b. Citação..... | 36 |
| i. Efeitos da citação..... | 40 |
| ii. Citação direta x Citação indireta..... | 43 |
| iii. Citação como condição de eficácia do processo..... | 45 |
| iv. Falta ou nulidade de citação..... | 48 |
| c. Vícios do ato processual..... | 50 |
| i. Vícios transrescisórios | 53 |
| d. Revelia..... | 54 |
| i. Efeitos da revelia..... | 55 |
| ii. Citação ficta..... | 57 |
| 3. SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CITAÇÃO E AS FORMAS DE COMO IMPUGNAR SEUS VÍCIOS | 59 |
| a. Citação como pressuposto processual..... | 59 |
| b. Da sentença..... | 64 |
| i. Sentença nula..... | 66 |
| ii. Sentença inexistente..... | 72 |
| c. Querela nullitatis..... | 73 |
| d. Considerações finais..... | 79 |
| REFERÊNCIAS..... | 83 |

INTRODUÇÃO

A matéria aqui discutida é um dos temas que provocam os mais intensos debates e polêmicas na doutrina jurídica. A ciência processual encontra em seu cerne, vastos doutrinadores de renome que resguardam ambas as posições na relação jurídica, de modo que tal controvérsia ainda não se encontra devidamente pacificada no campo do direito.

A propositura da ação para prestação da tutela jurisdicional, seja para evitar a lesão seja para coibir a ameaça de direitos, origina o processo ao autor e neste ponto há pacificidade. De acordo com o art. 263 CPC, “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara”. Todavia, o que se pretende demonstrar no presente trabalho é a discussão acerca da natureza jurídica da citação e suas consequências no âmbito processual.

Grande parte dos autores influenciados pela doutrina italiana defendem a citação como pressuposto de existência. Na relação processual, a citação tem como principal efeito, concluir a sua estrutura tríplice, e desse modo contar com a presença dos 3 sujeitos indispensáveis ao devido processo legal com a preparação válida do provimento jurisdicional desejado.

Em consonância a tal entendimento, destacamos BUENO, C.S. (2011, p. 446): “O mais polêmico dos pressupostos processuais de existência é o relativo à citação. É ele que tem despertado maior interesse na doutrina e na jurisprudência”¹

Um forte argumento apresentado seria de que tanto o princípio do contraditório, como o da ampla defesa são elencados como “modelo constitucional do processo civil” e assim, seria difícil recusar a citação da categoria de pressuposto de existência. Pela dicção do art. 213 CPC “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”, e como tais princípios significam, sobretudo, a possibilidade de defesa em juízo diante de uma acusação, não seria possível conceber um processo juridicamente existente caso o réu não tenha sido citado.

Outros autores que podemos destacar, ainda em entendimento conforme, são WAMBIER, L.R. e TALAMINI, E. (2010, p. 208): “É também pressuposto processual de existência a citação do réu, embora a doutrina não seja absolutamente unânime a respeito”². A

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

² WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E.. Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

citação dará ao réu a ciência da existência do processo formulado e previamente a ela, o que existirá é apenas uma noção da relação jurídica que poderá vir a ser formada.

Portanto, não existiria decisão judicial ao réu que não participou do processo e dessa forma, o provimento jurídico seria ineficaz. Como o processo é uma relação entre juiz, autor e réu, sem a presença deste, faltar-lhe-ia um sujeito. O processo então, não estaria completo, podendo-se dizer que houve apenas a origem de uma relação processual e a demanda sem a citação do réu seria inexistente.

Não obstante, a crítica dirigida a tal entendimento seria nos casos em que o próprio autor foi derrotado e o réu não participou do processo por não ter sido citado. Neste caso, o autor não poderá alegar a inexistência do provimento, entendendo-se que o esboço da relação como dito anteriormente, seria o suficiente para vinculá-lo juridicamente. É sobre este fundamento que se direciona a pesquisa.

Segundo Fredie Didier Jr., a citação é o ato pelo qual se transmite, ao sujeito passivo da relação jurídico-processual, de que contra ele foi proposta uma demanda, tornando-o parte no processo. Possui, dessa forma, uma dupla função, qual seja, convocar o réu a juízo (“in ius vocatio”) e cientificá-lo do teor da demanda proposta (“edictio actionis”).

Como será dissertado, a citação não tem como escopo proporcionar a formação do processo, não sendo, portanto, um pressuposto processual de existência, mas sim um requisito de validade para todos os atos processuais seguintes. Mesmo que o processo já tenha sua existência jurídica a partir do momento em que foi instaurada a demanda, sem a citação e consequentemente sem réu, seriam ineficazes todos os atos subsequentes.

Assim, é neste ato de comunicação processual, que visa informar os atos do processo à parte, podendo eventualmente, estar acompanhada de uma conduta positiva ou de abstenção, que se centra toda a controvérsia proposta.

Podemos destacar DIDIER JR., F. (2011, p. 483), com o entendimento de que:

A citação não é pressuposto de existência do processo.

Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem³.

Em consonância a esta interpretação, no processo em que não houve citação e foi proferida a sentença, o ato será defeituoso e mesmo após o prazo da ação rescisória, será possível decretar a nulidade. Todavia, o fato de ser possível realizar tal determinação a qualquer momento, não se confunde com a inexistência jurídica.

Destarte, se a citação é materializada no próprio bojo do processo, não poderá ser considerada como pressuposto de existência, uma vez que está situada ulteriormente na linha do tempo da existência. De acordo com DINAMARCO, C.R. (2001, P. 504): “A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste”⁴.

Além disso, a invalidade ou ineficácia da sentença não atingirá o réu não citado e vencedor da demanda, visto que não estabelecido dano algum a ele (art. 249, §§1º e 2º CPC).

Ao ser analisado o artigo de SANTOS, E.F. (2007, P. 98 e 99): “Quando não se faz citação, ou se esta for nula de pleno direito, o processo não é inexistente, conforme pretendem alguns doutrinadores”⁵, podemos concluir o mesmo fato.

Este entendimento confronta-se diretamente com a argumentação já previamente delineada, da não plenitude da relação jurídica instaurada. Embora esta seja defeituosa, poderá ser formada angularmente entre autor e juiz, sendo que qualquer decisão proferida e transitada em julgado terá eficácia ao autor. Caso diverso ocorre com o réu.

Na hipótese da ação de investigação de paternidade, tal juízo ganha maior nitidez. Sendo o réu não citado, e provendo jurisdicionalmente a demanda a favor do autor, não haverá eficácia ao réu. No entanto, sendo declarado improcedente o litígio e transitado em julgado para o autor, a sentença será definitiva e o réu não sofrerá a incidência da “res iudicata”.

Ademais, DINAMARCO, C.R. (2009, P. 522) nos ensina a respeito da citação que:

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

⁴ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

⁵ SANTOS, Ernane Fidélis. Nulidade dos atos processuais. *Revista brasileira de direito processual*, Belo Horizonte, Fórum, n. 59, p. 97-109, jul./set. 2007.

Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela e portanto sem réu na relação processual, seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e seus efeitos finais, quando desfavoráveis ao demandado.

O processo não terá sua formação a partir da citação. Para Dinamarco, de um lado podemos estabelecer os dados puramente empíricos e fenomenológicos quanto à existência do processo, e de outro, a valoração política e jurídica do processo podendo este ser apto ou não a efetiva produção de resultados do exercício jurisdicional.

Por isso, podemos inferir a sua fundamental relevância na busca pela efetividade dos princípios do contraditório, ampla defesa e bilateralidade da audiência, ao figurar como um instrumento possibilitador de ciência dos atos processuais. Sem o conhecimento da propositura da demanda, dos atos da parte contrária ou mesmo do pronunciamento do juiz, não seria possível a devida reação por parte do réu. Portanto, é preciso que o indivíduo tome conhecimento do ato, e para tanto é que este meio de comunicação processual atua.

Levando em consideração toda a dinâmica da matéria, a pesquisa ganha maiores contornos devido a constante oposição entre grandiosos processualistas civis da atualidade

Há de se ressaltar também, que tal posicionamento, transcende os limites no âmbito civil e atinge a seara penal, todavia não será este o principal foco do trabalho. O enfoque fundamental que se pretende manifestar aqui será o embate processualista civil quanto a natureza jurídica da citação e a posterior conclusão baseada nas pesquisas realizadas.

Diante do exposto, a citação poderia ser considerada como um pressuposto processual de existência, como respeitáveis doutrinadores defendem, dentre eles Arruda Alvim, Nelson Nery Junior, Luiz Rodrigues Wambier e Cassio Scarpinella Bueno; ou então como um requisito de validade, posição esta protegida, dentre outros, por Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr. e Candido Rangel Dinamarco.

Por fim, ao final do trabalho, consideraremos também as consequências que os vícios relativos a citação são capazes de ensejar.

A definição relativa a natureza jurídica da citação só tem sentido se o seu enfoque tiver como fundamento propiciar a análise de seus vícios e posterior conclusão acerca do modo de impugnação dos processos viciados. Ou seja, o estudo da natureza jurídica dos vícios da citação só terá sua finalidade atingida quando estudado também os efeitos provocados por

tal matéria. Nada obstante, as formas de impugnação de um processo eivado de vícios citatórios é outra disciplina que também sofre os mais diversos entendimentos.

Diante dessas considerações, em linhas gerais, a sistemática processual brasileira prevê dois tipos de meios responsáveis pela impugnação de sentenças judiciais existentes, quais sejam, os recursos e a ação rescisória. Em ambos os casos a utilização destes instrumentos possibilitam a discussão da validade e da justiça da sentença, sendo que enquanto a utilização dos recursos deve ser realizada no momento interno ao processo (até o trânsito em julgado), na ação rescisória, o seu manejo ocorrerá após o prazo de 2 anos do trânsito em julgado.

Embora a ação rescisória seja um bom instrumento para impugnação de decisões maculadas por vícios citatórios, a sua aplicabilidade só ocorrerá nos casos de processos submetidos a nulidade. A ausência dos requisitos de validade de um processo enseja, no lapso temporal de 2 anos, a impugnação via ação rescisória.

Todavia o mesmo fato não ocorrerá nos casos de processos inexistentes provocados pela ausência de pressupostos processuais de existência. Como será tratado em capítulo próprio, as sentenças proferidas em processos despidos de tais requisitos não transitarão em julgado, afinal são consequências de uma relação inexistente. Como a própria sentença também inexistente, por razões óbvias, não caberá ação rescisória sobre ela, sobre algo que não possui existência no mundo jurídico.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico brasileiro se encarregou de adotar a ação de nulidade da sentença, também denominada de “querela nullitatis”, instituto este que ao nosso ver, seria o responsável pela anulação das sentenças inexistentes.

Em que pese a ação anulatória não ter sido regulamentada expressamente no direito processual civil pátrio, a sua existência e utilização são comuns na jurisprudência dos tribunais e doutrina brasileira. No entanto, no que tange a sua aplicabilidade, o entendimento não é tão pacífico assim.

Há doutrinadores com os mais diversos entendimentos, desde os mais abrangentes considerando o cabimento da ação nas mais variadas hipóteses, até aqueles mais restritivos. Apenas de forma exemplificativa, para ilustrar este contexto inicial, podemos citar TEREZA

ARRUDA ALVIM⁶, com uma interpretação mais liberal. Segundo a própria autora, a ação rescisória caberia apenas de sentenças transitadas em julgado e como as sentenças inexistentes não transitam em julgado, não poderão ser objetos da ação. Neste caso, seria cabível a ação denominada por ela de: “ação declaratória de inexistência”.

Como para a referida autora a citação figura como um pressuposto processual de existência tal como a capacidade postulatória ou jurisdição, as sentenças proferidas em processos com estes defeitos, serão consideradas inexistentes e objetos da “ação declaratória de inexistência”. O mesmo ocorre para as sentenças em que houve citação nula aliada à revelia e para aquelas que não tenham sido citados um litisconsórcio necessário unitário.

De outro lado, FREDIE DIDIER JR., numa interpretação muito mais restritiva, entende que as hipóteses de ajuizamento da “querela” devem ser ainda mais delimitadas:

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial *existente* pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*. É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, *em processo que correu à sua revelia*, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I e art. 741, I CPC). Nestes casos a decisão judicial está contaminada por *vícios transrescisórios*.

O meio de impugnação previsto para tais decisões é a ação de nulidade denominada *querela nullitatis*, que se distingue da *ação rescisória* não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da *ação rescisória*).⁷

Como podemos perceber, no âmbito processual, a impugnação das decisões maculadas pelos vícios citatórios sofre muitas divergências quanto a sua interpretação. Por fim, podemos também destacar o entendimento de GAJARDONI, F. F., quanto ao cabimento da “querela nullitatis”. Para ele, apenas em feitos que ausentes os pressupostos processuais de existência seria possível a sua utilização, ensejando uma outra linha de entendimento igualmente respeitável, a qual possui traços semelhantes ao nosso entendimento (somente no que se refere a impugnação de sentenças inexistentes):

⁶ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III, p. 455, 456 e 457.

As sentenças proferidas em feitos que ausente um ou mais desses requisitos jamais passam em julgado, pois, na verdade, são frutos de uma relação jurídica processual inexistente. Consequentemente, se a relação jurídica processual é inexistente, a própria sentença o é, sendo impossível, pois que seja rescindida, já que não cabe ação rescisória sobre algo que não existe.

Por essa razão, a qualquer momento, em qualquer grau de jurisdição, sem necessidade de ação própria ou através dela (“querela nullitatis” ou, na melhor expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, ação declaratória de inexistência), essas sentenças podem ser declaradas inexistentes e, se operavam algum efeito, deixam de produzi-lo de imediato.

Tão somente nesses casos é que pode se cogitar da “querela nullitatis”. E, “data venia” dos doutos, em mais nenhum.⁸

Todavia, no que tange às sentenças relativas a falta de motivação, em que a citação esteja viciada (pressuposto processual de validade) ou que não estejam presentes as condições da ação, não estarão submetidas à declaração de inexistência, pois segundo suas próprias palavras:

Tais sentenças existem. E não só formalmente, mas também materialmente. Se houve vício, estamos então no campo da nulidade. E sentenças existentes, mas nulas, são rescindíveis no prazo legal. Superado o prazo decadencial, como dito, o sistema prefere a segurança jurídica do que a justiça/legalidade da decisão, razão pela qual essas sentenças, mesmo nulas, tornam-se imodificáveis. E aqueles efeitos que já operavam antes da superação do prazo de rescindibilidade passam a ser definitivos.⁹

Neste aspecto, nosso entendimento não se coaduna ao ilustre tratadista.

Entendemos que em ambos os casos, ou seja, tanto nas sentenças inexistentes como nas nulas especificamente no que tange aos vícios que delimitam o exercício pleno de direitos do cidadão, o regular trânsito em julgado do processo seria demasiadamente nocivo ao prejudicado e, sobretudo, aos princípios relativos ao devido processo legal do qual decorrem a ampla defesa, contraditório; além do princípio da bilateralidade da audiência que representa uma especificação da isonomia.

⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág. 20.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág. 15.

Como será ilustrado posteriormente, nestes casos a relativização da coisa julgada prevalecerá.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

a. DESENVOLVIMENTO TEÓRICO SEGUNDO OSKAR VON BÜLOW

A importância do estudo sobre a origem de determinadas ideias é indiscutível e tal relevância se acentua quando são analisadas aquelas que alcançaram grande difusão sobre determinada matéria. São os referenciais que viabilizam a criação de textos inovadores e esta leitura deve estar vinculada a ideias previamente estabelecidas caso se queira tornar mais qualificado o processo de conhecimento.

Ao considerarmos a multiplicidade de posicionamentos doutrinários divergentes no que se refere ao nosso objeto de pesquisa, a decomposição de todos os elementos formadores de sua concepção faz-se necessária. Dessa forma a investigação remontará ao século XIX, particularmente para a obra intitulada: “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” de Oskar Von Bülow.

O desenvolvimento doutrinário dos pressupostos processuais deve-se primordialmente a ideologia propagada na sua obra. Foi só a partir de então que o termo ganhou autonomia e o direito processual adquiriu uma posição de destaque frente aos domínios do direito material.

Dentre as inovações que favoreceram o surgimento do direito processual podemos destacar fundamentalmente o estabelecimento de uma nova relação jurídica por Bülow, designada agora como processual, diversamente da material existente até então. Muitos afirmavam ser o processo uma mera relação de direitos e obrigações recíprocas falando-se apenas em relações de direito privado. Todavia, no raciocínio de Bülow, estas relações são distintas das processuais.

Enquanto nas relações de direito privado o liame surge a partir de direitos e obrigações; no processo, surge da vinculação e cooperação dos envolvidos com a atividade judicial. Como neste caso a relação é de direito público, o processo será uma relação jurídica pública.

Outro fator diferenciador entre relação jurídica processual e demais relações de direito, reside na percepção de que naquela há um caráter evolutivo, ou seja, o processo é uma relação que avança gradualmente a partir do direito de ação e está em constante movimento e

transformação. Como afirma Lopes Jr. “é uma relação contínua, que avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, em uma sequência de atos logicamente concatenados”¹⁰.

Esta é uma peculiaridade da relação jurídica processual, que pode ter de certa forma cooperado para a falta de conhecimento de sua natureza jurídica contínua. Conforme o entendimento de Bülow o avanço gradual do processo deve ser inerente nesta relação jurídica para a culminação no seu desenvolvimento. Logo, a força motriz inicial residiria no direito de ação.

A ideia de “*litiscontestatio*” também é fundamental em sua teoria, ou seja, é a partir de um contrato de direito público, que o tribunal será obrigado a tomar as providências necessárias para o direito deduzido em juízo, e as partes serão coobrigadas a colaborar ao se submeterem aos resultados dessa atividade.

Portanto, para vários doutrinadores é com Bülow que a ciência do processo ganha ênfase na medida em que ela se estrutura nos pressupostos processuais. Segundo Chiovenda, a teoria de Bülow fundou-se também de certa forma em Hegel ao definir o processo como uma relação de direito público entre as partes e o juiz. Assim, o direito processual adquiriu o status de “autônomo” representando a partir daí o rompimento da ciência material com a processual.

Em outras matérias processuais, tal influência também é observada como podemos inferir nas palavras de Lopes Jr. “a teoria do processo como relação jurídica é o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução de conteúdo democrático-liberal do processo [...]”¹¹.

b. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Como já previamente delineado, o desenvolvimento do gênero “pressupostos processuais” deu-se em grande parte pelo jurista Oskar Von Bülow. Tal como é preciso verificar determinados fatos na relação jurídica deduzida, é necessário também que se examine a presença de elementos imprescindíveis a existência da relação jurídica processual. Embora alguns doutrinadores os denominem de outra forma, estes são chamados de pressupostos processuais.

¹⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.38.

¹¹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.36.

Ao se propor uma ação, serão constituídos vínculos jurídicos entre as partes e o juiz formando uma relação jurídica diversa daquela de direito material sobre o qual discutem os litigantes. Como o processo é também uma relação jurídica do ponto de vista interno (embora externamente seja um procedimento), poderá apresentar problemas equivalentes às outras relações jurídicas que surgiram e foram resolvidas. Daí a importância no enfoque dos pressupostos processuais. De uma maneira superficial, poderíamos caracterizá-los como matéria do processo a ser analisada previamente ao mérito.

No mesmo raciocínio da ação, o processo também deve preencher determinadas hipóteses para que possa existir. Na realidade é ainda mais que isso, deve preencher além dos pressupostos de existência, os requisitos que permitem o desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que só a partir de então, o direito de ação pode ser executado.

No entanto, para que seja possível o provimento judicial de determinada demanda, é necessário que se provoque a jurisdição de forma a instaurar uma atuação do magistrado. Dessa forma, preliminarmente ao provimento ou denegação do pedido, devem ser verificados se os requisitos estão presentes, uma vez que se ausentes, não será possível ao juiz nem sequer examinar a situação deduzida.

Neste momento inicial, merecem um exame mais atento as denominações acerca da terminologia: “pressuposto” e “requisito”. É comum falar-se em pressupostos de existência e pressupostos de validade. Tecnicamente, para DIDIER JR. (2011, p. 236):

Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de “pressupostos de validade”. “Pressupostos processuais” é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência¹².

Por isso, adotando este entendimento, os pressupostos deveriam se relacionar apenas com a existência, bem como os requisitos deveriam se relacionar com a validade do ato.

Nada obstante, a expressão “pressupostos processuais” já está amplamente consagrada na doutrina, de forma que ela pode se referir tanto aos pressupostos processuais de existência como aos requisitos de validade. É por esta razão que podemos concluir, de acordo com

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

Fredie Didier Jr que “pressuposto processual lato sensu” seria um gênero e são estes pressupostos amplamente considerados que abrangem tanto os “requisitos de validade” como também os “pressupostos processuais stricto sensu” (estes relacionados à existência do processo).

Determinada a terminologia, cabe ressaltar que a matéria referente aos pressupostos processuais, ainda não recebeu da doutrina uma sistematização adequada. A concepção de pressupostos para os processualistas alemães por exemplo, é diversa da brasileira constando, entre outras singularidades, a legitimidade das partes que para nós faz parte das condições da ação.

Inúmeras são as classificações utilizadas pelos processualistas referentes a este tema. Vicente Greco Filho, em sua obra “Direito Processual Civil Brasileiro – V. 2”¹³ propõe apenas uma divisão entre “pressuposto processual subjetivo” e “pressuposto processual objetivo”. Enquanto este se refere a um pedido formulado ao juiz, a citação do réu e inexistência de fato impeditivo (como litispendência, coisa julgada, compromisso arbitral); aquele pode se referir tanto as partes (tríplice capacidade) quanto ao magistrado (jurisdição, competência e capacidade subjetiva, também chamada de imparcialidade).

Moacyr Amaral Santos em “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – V. 1”¹⁴ também propõe uma divisão semelhante com ligeiras alterações. Enquanto os “pressupostos processuais subjetivos” se subdividem entre juiz (órgão investido de jurisdição, competência originária ou adquirida, imparcialidade do juízo) e partes (capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade de postular em juízo); os “pressupostos processuais objetivos” comportam duas subdivisões: pressupostos extrínsecos (inexistência de fatos impeditivos como a litispendência, convenção de arbitragem, falta de tentativa prévia de conciliação ou falta de pagamento das despesas feitas pelo réu), e pressupostos intrínsecos (subordinação do procedimento as normas legais relacionados a petição inicial, citação, instrumento de mandato).

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, V. 2, p. 57 e 58.

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 334.

Candido Rangel Dinamarco em primorosas obras “Instituições de Direito Processual Civil II”¹⁵ e “Instituições de Direito Processual Civil III”¹⁶ denomina tais pressupostos como “pressupostos de constituição” ou de “desenvolvimento válido e regular do processo”. Enquanto os “pressupostos de existência” se referem a propositura da demanda e investidura jurisdicional do destinatário; os “pressupostos de viabilidade”, ou seja, os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional postulado, relacionam-se a regularidade da propositura da demanda, tríple capacidade do demandante e personalidade jurídica do demandado (qualidade de juiz pelo destinatário).

Cassio Scarpinella Bueno, na obra “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil”¹⁷ sugere outra classificação entre “pressupostos negativos” (litispendência, coisa julgada, perempção, convenção de arbitragem, falta de caução ou outra prestação exigida por lei) e “pressupostos positivos”. Estes se subdividem em “pressuposto de existência do processo” (provocação inicial, jurisdição, citação – entendido como pressupostos de existência do exercício da função jurisdicional em relação ao réu); e “pressuposto de validade do processo” (aptidão da provocação inicial, competência do juízo, imparcialidade do juiz, tríple capacidade e citação válida).

Enfim, como exposto, podemos encontrar inúmeras classificações na doutrina quanto aos pressupostos processuais. Por isso, preferimos utilizar a classificação adotada por José Orlando Rocha de Carvalho e adaptada por Fredie Didier Jr. já que esta pesquisa mais se identificou com o nosso posicionamento, embora todas as outras estejam também consagradas em primorosos trabalhos e sejam igualmente respeitáveis.

c. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS OBJETIVOS

Determinadas circunstâncias de fato e de direito devem estar presentes para que haja a formação regular de uma relação processual. Tais circunstâncias denominadas de pressupostos processuais conferem a devida regularidade na relação para a posterior elocução de uma sentença de mérito válida.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. II, p. 59 e 215.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 3 vs. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, v. III, p.129 e 130.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 446.

Os pressupostos processuais objetivos, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior “relacionam-se com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, segundo a sistemática do direito processual civil”¹⁸. Eles podem ser subdivididos em intrínsecos ou extrínsecos de modo que:

1. Pressupostos Processuais Objetivos

- a. Intrínsecos
- b. Extrínsecos (Negativos)

Os pressupostos processuais objetivos intrínsecos são verificados dentro da relação processual e se relacionam basicamente ao formalismo processual, entendido aqui, de acordo com OLIVEIRA (1997, p. 06/07) como:

Compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais¹⁹.

Podemos destacar de forma exemplificativa: a petição apta, uma vez que para o desenvolvimento regular e válido da relação processual é necessário determinados requisitos do pedido (previstos em lei) endereçado ao órgão prolator da sentença; o respeito ao princípio do contraditório; e a comunicação dos atos processuais. No que tange a esta última, é primordial algumas considerações gerais a respeito da citação, embora tal temática ainda será objeto de posteriores indagações. É através dela que o demandado tomará conhecimento da ação, todavia não é o ato fundamental para a formação do processo. A propositura da demanda cria uma relação processual imperfeita entre o autor e o juiz, e a citação a converte em uma relação trilateral, sendo necessário apenas que ela seja executada conforme a lei processual.

De outro modo, os pressupostos processuais objetivos extrínsecos, são fatores externos, fatos estranhos que influenciam a relação jurídica processual, “dizem respeito à *inexistência de fatos impeditivos*” (SANTOS, 2008, p. 334).

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, p. 82.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06/07.

Por isso são chamados também de pressupostos negativos, ou seja, não podem ocorrer para que se estabeleça regularmente o procedimento, pois sua presença impede o julgamento de mérito. Nas palavras de DIDIER JR. (2011, p. 249):

o reconhecimento da existência de algum desses fatos inexoravelmente levará à extinção do processo – salvo se disser respeito a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, p. ex.), hipótese em que haverá inadmissibilidade parcial da causa, sem a extinção do processo, que prosseguirá em relação à parcela restante.²⁰

Podemos destacar neste caso: a litispendência, segundo o art. 267, V CPC, causa extintiva sem resolução de mérito devido a tríplice identidade entre os processos em curso; e a coisa julgada, que impede a repositura de outra ação (já decidida) com mesmas partes, pedido e causa de pedir.

Há de se considerar, a parte neste momento, a perempção e a convenção de arbitragem como pressupostos negativos, vez que suscita discussões na doutrina jurídica brasileira.

A perempção é caracterizada pela perda do direito de demandar, quando o autor abandona a causa por mais de 30 dias e o processo é extinto por três vezes (sanção processual). Dessa forma, de acordo com o art. 268, parag. un. c/c art. 267, III CPC, se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo por não promover os atos e diligências que lhe competir por mais de 30 dias, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto. Nada obstante, é permitido que o autor invoque o seu direito desde que seja matéria de defesa em ação proposta pelo réu. Nas palavras de WAMBIER e TALAMINI (2010, p. 211):

a doutrina majoritária não relaciona a perempção dentre os pressupostos processuais negativos, por considera-la fenômeno que atinge apenas o autor, não se constituindo, portanto, em pressuposto negativo para o réu, que poderá ser autor em idêntica ação. Trata-se, segundo a doutrina majoritária, de fato impeditivo para que, por iniciativa do autor, se forme relação jurídica processual válida.

Esta característica afasta a perempção dos pressupostos processuais, que, de um modo geral, se caracterizam por atingir igualmente autor e réu, e dizem

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 249.

respeito, de perto, à própria formação da relação processual e aos seus elementos.²¹

Da mesma forma suscitava dúvidas a convenção de arbitragem instituída pela lei nº 9.307/76. Em linhas gerais, o importante avanço dessa medida representou benefícios ao direito, uma vez que, dentre outros motivos, procurou evitar o inchaço que as demandas provocavam no sistema judiciário já que o estabelecimento de regras é incapaz de prevenir todos os conflitos e insatisfações da sociedade. Ademais, o interesse das grandes corporações e as soluções rápidas que demandavam os contratos firmados entre empresas, tornavam insuficientes a utilização do judiciário brasileiro.

Dispõe o art. 267, VII CPC que a convenção de arbitragem extingue o processo sem resolução de mérito, todavia o art. 301, §4º CPC normatiza que o juiz deve conhecer todas as matérias de ofício enumeradas (dentre elas a perempção, litispendência e coisa julgada) com exceção do compromisso arbitral. Neste ponto é necessário esclarecer que a convenção de arbitragem é dividida em duas espécies: cláusula compromissória (art. 4º da lei 9.307/76), é a convenção tendente a submeter litígios futuros à arbitragem – litígios determináveis – e por isso tem natureza jurídica de promessa; e o compromisso arbitral (art. 9º da lei 9.307/76), é a convenção tendente a dirimir conflitos presentes e determinados pela arbitragem.

A doutrina então passou por intensas discussões se o legislador teria esquecido de suprimir no §4º do art. 301 CPC a expressão “compromisso arbitral” pela “convenção de arbitragem”. Nada obstante, atualmente é pacífico o entendimento de que houve apenas um lapso na mudança. Segundo WAMBIER e TALAMINI (2010, p. 213/214):

Assim, tem-se entendimento de que tanto a existência de cláusula compromissória como a de compromisso arbitral, precisam ser alegadas pela parte, não podendo o juiz conhecer da matéria de ofício. E é razoável que seja assim. Afinal, as partes podem de comum acordo desistir da via arbitral antes compromissada e optar pela solução judiciária. O mesmo ocorre quando, embora existindo o prévio compromisso de submissão do conflito à arbitragem, uma delas ingressa com ação perante o judiciário, e a outra não invoca o prévio compromisso. Tacitamente, ambas terão renunciado a arbitragem.

²¹ WAMBIER, Luiz Rodriguez; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211.

Sob esse prisma, a existência de convenção arbitral funciona como um impedimento, e não como pressuposto processual negativo, pois precisa ser alegada pelo réu, no momento oportuno, para que o juiz possa conhecer da matéria.²²

c. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS

Podemos qualificar os pressupostos processuais subjetivos como aqueles ligados aos sujeitos do processo. Por razões metodológicas, os pressupostos processuais subjetivos foram aqui divididos entre os relacionados ao juiz e os relacionados às partes de modo que:

1. Pressupostos Processuais Subjetivos
 - a. Referentes ao Juiz
 - i. Órgão Investido de Jurisdição
 - ii. Competência
 - iii. Imparcialidade
 - b. Referentes às Partes
 - i. Capacidade de ser Parte
 - ii. Capacidade Processual
 - iii. Capacidade Postulatória

Primeiramente, no que tange a tais pressupostos referentes ao juiz, destacamos o órgão investido de jurisdição, a competência e a imparcialidade.

Desde os primórdios da civilização era permitido aos homens a resolução de seus conflitos através da força física ou coerção, de forma que a “lei do mais forte” imperava na organização do grupo. Os que detinham maior força bruta levavam vantagens sobre os mais fracos, de modo que o deslinde do litígio era solucionado pela imposição dos desejos do litigante frente ao litigado. O surgimento de um Estado permitiu que novas formas de resolução de conflitos de interesses fossem criados uma vez que a manutenção da paz e do bem comum eram fundamentais para uma convivência harmoniosa e pacífica. É neste sentido que o poder judiciário do Estado e sua função jurisdicional ganham maiores contornos.

A Jurisdição pode ser definida como o poder estatal na aplicação do direito a lide, de forma a solucionar a pretensão resistida e assim resguardar a ordem jurídica. Em outras

²² WAMBIER, Luiz Rodriguez; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 213/214.

palavras é o “Poder do Estado de fazer Justiça, de dizer o direito (jus dicere)” (FUHRER, 1995, p. 45). Desse modo, o “órgão investido de jurisdição” é aquele pelo qual se emana o direito outorgado pela constituição.

Quanto a “competência”, é necessário que o juiz a tenha de forma originária ou adquirida, já que é um requisito de validade do procedimento conduzido pelo magistrado e, conseqüentemente, da decisão prolatada. Tal como a “imparcialidade”, a “competência” é pressuposto que deriva da garantia ao princípio do juiz natural, segurança jurídica contra as possíveis arbitrariedades estatais.

Por fim, a “imparcialidade” também deve ser vista como requisito processual de validade, de forma que, ato emanado por juiz parcial pode ser invalidado. É fundamental a ideia de que o julgador deve se ater ao processo de modo a direcioná-lo a um desfecho válido e seguro. Para tanto, exige-se não apenas o seu notável saber jurídico com a aplicação do direito ao caso concreto, mas também o apego inexorável a sua imparcialidade, sem a qual, o processo transformar-se-á em um instrumento de iniquidades ao favorecer os mais poderosos impondo prejuízos aos oprimidos sob o manto protetor do Estado. Há duas espécies de parcialidade, quais sejam o impedimento e a suspeição. Como ela não gera extinção do processo, verificado o vício, os autos são remetidos ao substituto legal e os atos praticados pelo magistrado impedido ou suspeito serão invalidados.

Como já previamente delineado, os pressupostos processuais subjetivos foram subdivididos entre os relacionados ao juiz e os relacionados às partes. Visto os pressupostos referentes ao juiz, caberá agora analisar a outra linha de classificação.

No tocante aos pressupostos referentes às partes, destacamos a capacidade de ser parte, a capacidade processual e a capacidade postulatória.

A “capacidade de ser parte” alude a possibilidade de demandar ou ser demandado em juízo, é a aptidão de ser sujeito na relação processual. Por estar intrinsecamente ligada a existência de “personalidade civil”, é sob este viés que daremos enfoque. Enquanto que para a pessoa natural, tal personalidade se origina do nascimento com vida, estando a salvo também, desde a concepção, os direitos do nascituro; para a pessoa jurídica, a personalidade é adquirida com a inscrição do seu ato formativo. Destarte, além destes que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, a legislação também considera a massa falida, o condomínio, o “nondum conceptus” (ainda não concebidos – prole eventual), o espólio, a

herança jacente, a sociedade em comum e certos órgãos públicos despersonalizados (MP, PROCON, TC...).

Ainda em relação a esta temática, não se exige para a existência do processo a capacidade de ser parte do réu nem a sua identificação na petição inicial. Em consonância a este entendimento e pelos argumentos que expõe FREDIE DIDIER JR. (2011, p. 240):

Primeiro, porque há processo sem réu, como ocorre em diversas hipóteses de jurisdição voluntária (pedido de alteração de nome, por exemplo). Segundo, porque o processo nasce com a demanda, e não com a presença do réu em juízo. Terceiro, porque acaso o autor demande sem indicar o réu, o magistrado o intimará para regularizar a petição inicial e, depois, se não o fizer, extinguirá o processo por defeito do instrumento da demanda²³.

Por isso entendemos que o fato do réu existir influencia a eficácia da relação jurídica com terceiros, mas não na sua existência. Ainda nas palavras de FREDIE DIDIER JR. (2011, p. 240):

Diante da inexistência de réu, deve o magistrado, sem análise do mérito, extinguir o processo, que já existe, por falta de requisito processual de validade, que é a formulação correta da demanda. A existência do réu é fundamental para a eficácia da sentença contra ele proferida: se o réu já estava morto e não foi providenciada a sucessão, a sentença será ineficaz para os sucessores. A existência do réu é também fundamental para a existência do ato processual citação, que o tem como elemento de existência: é pressuposto de existência do ato citação²⁴.

A “capacidade processual” relaciona-se com a possibilidade de se praticar atos processuais de forma autônoma, independentemente de um representante ou assistente. Por isso, aquele que pode agir sozinho em juízo é o detentor da capacidade processual. “A capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado²⁵”.

Desse modo, todo aquele que detém capacidade processual, também possui capacidade de ser parte, já que aquela pressupõe esta, todavia o contrário não é verdadeiro. O recém-

²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 240.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 240.

²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 238.

nascido tem capacidade de ser parte, uma vez que possui personalidade civil, nada obstante, não ostentará capacidade processual visto suas restrições (é necessária a representação).

Cabe ressaltar que nos casos das pessoas jurídicas incide o fenômeno da “representação” em juízo e não “representação”, uma vez que tais pessoas não são processualmente incapazes. Semelhante caso se encontra no direito administrativo ao se indagar a natureza jurídica do vínculo entre o agente público com a administração. De acordo com a Teoria da Imputação Volitiva (representação), o agente é imputado na vontade do Estado, ou seja, quando ele age, será o próprio Estado atuando.

Como a capacidade processual é um requisito de validade, nos termos do art. 13 CPC: “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”.

Por sua vez, a “capacidade postulatória” pode ser definida como aptidão para requerer perante os órgãos investidos de jurisdição (*ius postulandi*). Em virtude de ser imprescindível a capacidade técnica para que se desenvolva validamente todos os atos processuais, é uma capacidade privativa dos advogados inscritos regularmente nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e o MP. Embora hajam atos que não requeiram capacidade técnica como o ato de testemunhar, os atos postulatórios exigem (ao solicitar providências ao Estado-juiz).

Não obstante, há de se ressaltar também que mesmo quanto aos atos postulatórios existe certa mitigação, pois em alguns casos, mesmo os não advogados e não integrantes do MP detêm capacidade postulatória, como assim o é nos Juizados Especiais Cíveis, nas causas trabalhistas e no habeas corpus.

Da mesma forma que a “capacidade processual”, a “capacidade postulatória” também é um requisito de validade. Por isso, a falta de capacidade postulatória gerará efeitos a depender da análise do polo em questão: para o autor, implicará a extinção do processo se não sanada; para o réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; para o terceiro, a exclusão da causa.

I. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA

Como já previamente exposto, a matéria dos “pressupostos processuais” sofreu as mais diversas adaptações no decorrer do tempo. Grande parte delas derivam da teoria de Galeno de Lacerda, todavia todas tem o propósito de auxiliar no estudo do sistema processual

vigente. É necessário levar em consideração neste momento que todo o conteúdo relativo a cada instituto já foi estudado, cabendo agora classificar apenas os pressupostos subjetivos e objetivos nas maiores categorias, quais sejam, os “pressupostos processuais de existência” e os “requisitos de validade”.

Os pressupostos processuais de existência referem-se a constituição do processo sem os quais não se origina a relação jurídica processual. É imprescindível que eles existam previamente para que resulte a relação processual, pois a ausência de qualquer deles que seja, já será o suficiente para a conclusão de que não há um processo instaurado.

Preliminarmente, consideraremos os sujeitos que integram a relação processual classificando-os na espécie “pressupostos processuais de existência subjetivos”, quais sejam o “órgão investido de jurisdição” (juiz) e as partes (capacidade de ser parte). Em um segundo momento, abordaremos a categoria “pressupostos processuais de existência objetivos”, ou seja, a “existência da demanda” de modo que, nos mesmos moldes do esquema sistemático formulado por Fredie Didier Jr, em primorosa obra “Curso de Direito Processual Civil”²⁶:

1. Pressupostos Processuais de Existência
 - a. Subjetivos
 - i. Juiz: Órgão Investido de Jurisdição
 - ii. Parte: Capacidade de Ser Parte
 - b. Objetivos
 - i. Existência de Demanda

Para que o órgão seja investido de jurisdição é necessária a investidura do juiz e a sua competência. Considera-se inexistente a decisão prolatada por aqueles que não tenham sido investidos de jurisdição pela posse no cargo e não tenham sido aprovados em virtude de nomeação ou concurso. A relação processual só é válida se o magistrado foi investido de jurisdição na forma legal (princípio da investidura).

No que tange a capacidade de ser parte, podemos defini-la como relativa a personalidade judiciária. É a possibilidade de alguém pleitear em juízo como demandante, demandado, assistente, ou seja, a aptidão de ser sujeito no processo ou assumir situações jurídicas processuais contraindo direitos e obrigações (ser assistente, autor, réu...). Por isso, esta concepção está muito relacionada a aquisição da personalidade jurídica.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 238.

Como já exposto anteriormente, enquanto nas pessoas naturais tal personalidade inicia-se com o nascimento com vida; nas pessoas jurídicas, a aquisição é adquirida com o registro ou inscrição de seu ato formativo. Assim como o direito reconhece a personalidade ao ser humano, deve também considera-la aos agrupamentos humanos nos quais os interesses transcendem a esfera individual. Nas palavras de VENOSA, S.S. (2011, p. 236) acerca da Teoria da Realidade Técnica:

[...] o ser humano é o centro fundamental de interesse e vontade a quem o Direito reconhece personalidade. Como o indivíduo, porém, não pode cumprir todas as atividades a que se propõe senão unindo-se a outros, o Direito deve reconhecer e proteger os interesses e a atuação do grupo social.

Relativamente ao pressuposto processual objetivo “existência de demanda”, devemos inicialmente considerar que a jurisdição é inerte. Portanto, para que o processo tenha origem, é necessário um ato de provocação, um ato inicial de procedibilidade sem a qual não há processo, que salvo raras exceções (caso do inventário e partilha nos termos do art. 989 CPC), não tem início de ofício.

Dessa forma, a ideologia deste pressuposto deve ser concebida como o ato de pedir e não necessariamente com o conteúdo. Como a demanda é o ato de propositura da ação, sem ela o processo será inexistente. Cumprida primeiramente esta circunstância, passar-se-á para um segundo momento relacionado com a regularidade de sua formulação (requisito de validade).

II. REQUISITOS DE VALIDADE

Os requisitos de validade são particularidades que devem ser observadas para que o processo já constituído passe a ter validade, ou seja, cumpra sua finalidade.

Do mesmo modo em que foi organizado o tópico anterior, consideraremos os sujeitos que integram a relação processual classificando-os na espécie “requisitos de validade subjetivos”, quais sejam o juiz (competência e imparcialidade) e partes (capacidade processual e capacidade postulatória). Posteriormente, foi abordada a categoria “requisitos de validade objetivos”, subdividindo-os em: “pressuposto intrínseco” (respeito ao formalismo processual); e “pressuposto extrínseco” (perempção, litispendência, coisa julgada, convenção

de arbitragem...) de modo que, nos mesmos moldes do esquema sistemático formulado por Fredie Didier Jr²⁷ e como também anteriormente estudado:

1. Requisitos de Validade

- a. Subjetivos

- i. Juiz: Competência e Imparcialidade

- ii. Partes: Capacidade Processual e Capacidade Postulatória

- b. Objetivos

- i. Intrínseco: Respeito ao Formalismo Processual

- ii. Extrínseco: Perempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 238.

2. ATOS PROCESSUAIS

Ao ser constituído um processo, a primeira ideia que surge é a ideia do movimento basicamente a partir de uma origem direcionada a determinado propósito. Como tal movimento tem como causa a atividade dos sujeitos integrantes praticando atos das mais diversas finalidades, serão considerados apenas os atos processuais quando tais atos disserem respeito à relação processual e nela exercerem efeitos jurídicos diretos e imediatos.

A qualidade que torna o ato como processual, deve ser analisada à luz da relação jurídica se é ou não inerente a ela, uma vez que independe se tal ato foi realizado dentro ou fora do processo. A análise deve recair na relevância com que o ato interferiu no mesmo. Por isso, segundo CARNELUTTI (*Instituzioni del processo civile italiano*, nº 282), a eleição de foro no compromisso arbitral deve ser considerada um ato processual embora tenha sido constituída fora do processo. De outra sorte, o reconhecimento do pedido mesmo que realizado dentro do processo, não seria um ato processual.

Nada obstante, LIEBMAN (*Manuale*, p. 197) possui entendimento contrário, já que atos processuais só podem ser assim considerados quando realizados em juízo em determinada relação processual. Desse modo, a eleição de foro no compromisso arbitral não seria ato processual.

No que diz respeito a atos e fatos processuais, podemos dizer que todo fato que influencia na repercussão e andamento natural do processo independentemente da vontade humana é um fato processual. A morte de uma das partes ou até mesmo o adiamento dos prazos para apresentação de recursos devido a um feriado, são exemplos de fatos processuais. Os atos processuais são praticados pela vontade humana e a sua eficácia que podem ter natureza constitutiva, modificativa ou extintiva, é que repercutirá sobre a situação jurídica dos integrantes da lide.

Em relação a distinção básica entre atos jurídicos e negócios jurídicos, consideramos primordialmente o fato de que nos negócios a lei delimita uma margem de liberdade a autonomia privada. É neste limite de atuação que os participantes poderão criar, modificar ou extinguir direitos. A lei concede a possibilidade dos particulares escolherem atos e consequências jurídicas de acordo com os seus próprios interesses, diferentemente dos atos jurídicos em que os efeitos estão pré-estabelecidos em lei.

Estas classificações são relevantes na medida em que, como entende LIEBMAN (*Manuale*, nº 102) e corroborado por OVÍDIO BATISTA DA SILVA:

...os atos processuais revestem-se de um indispensável *formalismo*, onde a função da vontade passa a ser secundária, de tal modo que se possa, por este meio, conceder aos figurantes um mínimo de segurança e agilidade no desenvolvimento da relação processual, que seria simplesmente impossível de obter se cada ato processual pudesse ficar sujeito a ser invalidado em virtude de erro ou por outros defeitos que em geral viciam a vontade do agente e que autorizam, nas relações de direito material, as pretensões e ações de invalidade²⁸.

Portanto, ato processual é a manifestação de vontade de algum integrante do processo que tem por fim produzir efeitos determinados diretamente pela lei constituindo, modificando ou extinguindo a relação processual tanto intrinsecamente (liame que une autor, juiz e réu) como extrinsecamente (procedimento previsto em lei).

Dada a quase infinita variedade de atos processuais, torna-se extremamente difícil sua classificação mesmo que em critérios gerais. Segundo GRECO FILHO, dois critérios podem estabelecer as linhas mestras dessa classificação: o critério objetivo e o subjetivo²⁹. O critério objetivo parte de um enfoque mais científico devido ao conteúdo e natureza que a modificação causou na relação processual. São exemplos, os atos postulatórios (em que se pleiteia algo perante o juiz); atos negociais (transação das partes em face do juiz que atinge o mérito da demanda); atos probatórios (relacionados a produção de provas)... No entanto, como o próprio autor reconhece, tal perspectiva apresenta o inconveniente de não ser exaustivo.

Por sua vez, o critério subjetivo parte de um enfoque segundo o sujeito do processo, ou seja, atos das partes, do juiz ou dos auxiliares da justiça. No que se refere às partes, devemos considerar além do autor, réu e litisconsortes, também os assistentes simples e representantes do MP. Tais atos são subdivididos em espécies, denominados atos postulatórios (meio para que as partes obtenham um pronunciamento judicial); atos instrutórios (praticados pelas partes por meio de provas com o fim de demonstrar o direito lesado); atos dispositivos (faculdades estabelecidas às partes para abdicarem de direito ou vantagem processual); atos reais ou materiais (condutas concretas realizadas pelas partes –

²⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, tomo I, p. 145.

²⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 7.

como entrega de documentos ou comparecimento a oitiva)... Os atos processuais do juiz também podem ser analisados segundo as categorias: atos decisórios ou provimentos (em que o magistrado decide assuntos inerentes a relação processual ou da própria lide); atos de documentação ou atos reais.

a. PRINCÍPIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Princípio significa ideia básica, um entendimento que serve como parâmetro para nortear os mais variados assuntos, fundamentos, teorias pelos quais se estruturam sistemas, ou seja, são preceitos fundamentais que servem de sustentação ao sistema processual dando forma e caráter a ele.

Os princípios são aplicados aos mais diversos assuntos no âmbito do processo civil e até mesmo em outras ciências do direito. Todavia, delimitemo-nos àqueles relacionados aos atos processuais.

O primeiro de tais princípios é a tipicidade dos atos processuais, uma vez que tais atos devem ser orientados segundo determinado modelo previsto em lei. Por isso que ao se interpor algum recurso, todas as suas configurações devem ser observadas cabendo aos sujeitos envolvidos atuarem de acordo com os padrões preconcebidos.

É fundamental também o respeito ao princípio da publicidade que permite a todos, ressalvado os processos que caminhem sob segredo de justiça, a acompanharem os atos realizados em audiência. Nesta situação de sigilo, a tutela relativa a intimidade e decoro das partes assume maior relevância perante o interesse público e natureza da lide. Logo, apenas aqueles que possuem interesse jurídico poderão consultar os autos do processo.

Por fim, o princípio da instrumentalidade das formas preconiza que se a lei expressamente exigir determinada forma, é esta quem deve ser observada, todavia, o nosso ordenamento abre a exceção para aqueles atos que mesmo realizados de outra forma, não estarão sujeitos a nulidade, e poderão ser considerados válidos se preenchida a finalidade essencial.

Como vemos, a comunicação de tais atos processuais surge como ferramenta de primordial relevância visto que apenas assim os prazos começarão a fluir simultaneamente em relação aos ônus e às partes. Assim, o desencadeamento dos diversos atos ocorrerá até a extinção integral do processo.

Embora em determinados casos é necessário apenas a comunicação de um ato originário para que, em seguida, sejam gerados os ônus previamente estabelecidos na lei; em outras situações, o magistrado além de dar a ciência deste ato originário, concederá concomitantemente o mando para a satisfação de outros. É dessa forma, que ganhará corpo o procedimento analisado sob seu aspecto externo, como concatenação lógica de atos na relação jurídica processual, previstos nos moldes da lei. O ato antecedente provocará um consequente e assim sucessivamente até o fim do processo.

Destarte, em alguns casos, a lei estabelece previamente os atos que sucederão ao impulso originário e por isso, a ordem do magistrado terá natureza primordial de ciência. Em outras situações o mando deve estar necessariamente exposto para que se origine a obrigação de se praticar o ato. A este, estará mais presente o aspecto de ordem, neste sentido exemplifica GRECO FILHO:

...basta que a parte seja intimada da sentença, isto é, tenha conhecimento dela em caráter oficial, para que se desencadeie o ônus de recorrer, sob pena de a decisão transitar em julgado, tornando-se imutável; em sentido diverso, para que se efetive um arresto ou penhora, o juiz determina que o oficial de justiça assim proceda, o mesmo acontecendo ao perito para que elabore o laudo em certo prazo etc. Em qualquer caso, porém, estão sempre presentes esses dois aspectos, a ciência e a ordem, predominando na aparência, uma ou outra...³⁰

b. CITAÇÃO

O sistema processual vigente em nosso país, no que diz respeito a comunicação dos atos processuais, pode ser resumido basicamente em dois pilares de sustentação: a citação e a intimação. De forma bem simples, até mesmo porque não será o objeto de nosso estudo, a intimação vem prevista no art. 234 do Código de Processo Civil como “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos, do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”. Em regra, este ato é exercido através de advogados, de modo que a informação sobre os acontecimentos do processo serão repassados àqueles relacionados a ele (autor, réu, testemunha, peritos...).

A citação, definida no art. 213 do Código de Processo Civil como “ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender” sofre grande crítica por parte da

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 28.

doutrina devido a insuficiência na sua redação. Ela por exemplo, não seria adequada para explicar a citação no processo de execução visto que o réu é citado para adimplir com sua obrigação materializada no título executivo e não para se defender, como normatiza o artigo em questão. É por estas razões que GRECO FILHO (1995, p. 30) entende ser “o ato de chamamento do réu a juízo e que o vincula ao processo e seus efeitos”, bem como CÂMARA (2008, p. 251) que define a citação em termos mais abrangentes como “o ato pelo qual se integra o demandado à relação processual, angularizando-a. Em outros termos, proposta a demanda em juízo, a citação é o ato que outorga ao demandado a qualidade de parte no processo...”.

Devemos nos atentar ao fato também de que o referido artigo refere-se a “réu ou o interessado”, já que em nosso ordenamento jurídico, a citação não é realizada para o autor, ou seja, cita-se para a parte figurar no polo passivo da lide. Em regra, quem será chamado a juízo será o sujeito passivo da demanda, no entanto, muitas vezes é possível que terceiros tenham interesse na vinculação dos efeitos do processo que não ocupam na posição de réu.

Nosso Estado democrático de direito garante a todos os cidadãos um processo livre e igualitário por meio da Constituição Federal ao normatizar em seu art. 5º, LIII “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, a citação figura como garantia fundamental por ser um meio ou instrumento que transmite ao réu as informações a respeito da demanda e os interesses do autor.

Por ser um ato solene de cientificação, a ausência de formalidades previstas em lei a torna nula, anulando também todos os atos posteriores que se seguirem. Destarte, a presença do réu no processo embora seja comum dizer que supre ou sana a sua falta, não é exatamente esta a terminologia que deveria ser empregada, já que ato nulo não se sana. De acordo com GRECO FILHO:

O que ocorre é a substituição do ato formal de se levar ao réu o conhecimento da demanda, a citação, pelo conhecimento espontâneo reconhecido pelo comparecimento do demandado para responder. Se, contudo, o conhecimento espontâneo não foi pleno e perfeito, o réu poderá comparecer apenas para arguir a nulidade da citação, e, no caso de ser ela decretada, considera-se feita da data da intimação da decisão que decretou o vício, não havendo necessidade de repetir-se a diligência, porque o

comparecimento importa em conhecimento, ainda que incompleto. Decretada a nulidade, os prazos serão devolvidos ao réu³¹.

Portanto, é certo na doutrina brasileira que a falta ou nulidade de citação podem ser supridas caso haja o comparecimento espontâneo do réu nos termos do art. 214, §1º do CPC sendo certo também o entendimento pelo caput do mesmo artigo de que a citação válida é de primordial relevância para o desenvolvimento regular do processo. Nada obstante, ainda não é pacífico o entendimento quanto a consideração da citação válida como requisito de validade ou até mesmo nos casos em que ela não esteve presente, a sentença de mérito proferida ser inexistente ou inválida. Mas estas indagações serão objeto de estudos posteriores.

Quanto a classificação da citação, pode também ser vista como real ou ficta. A citação real é realizada por mandado contendo todos os requisitos do art. 225 CPC que o oficial de justiça deverá cumprir. Neste momento ele se dirigirá à residência do réu ou onde este se encontre e lhe entregará a contrafé, ou seja, a cópia da petição inicial. Embora ela seja pessoal, dirigida ao próprio réu, ao seu representante legal ou ao seu procurador devidamente habilitado, também poderá ser realizada perante o mandatário ou administrador em casos de ausência do réu. Este então tomará ciência de que contra ele corre um processo e caso assim não o faça, o oficial de justiça poderá comprovar o conhecimento do fato pelo réu por ser investido de fé pública.

Como esta citação pode gerar constrangimentos e incômodos à pessoa comunicada, o Código de Processo Civil se encarregou de, em certas situações, tutelar o respeito a intimidade e privacidade dos comunicados. Assim, de acordo com o art. 217 “Não se fará, porém, a citação, salvo para evitar o perecimento do direito” a todos àqueles que estiverem presenciando um culto religioso; ao cônjuge e parentes do morto no dia do falecimento e nos 7 (sete) dias seguintes; aos noivos nos 3 (três) primeiros dias de bodas e aos doentes, enquanto perdurarem o seu grave estado.

Em consonância ao entendimento anterior, também não será feita a citação quando o réu for demente ou não esteja em condições de recebê-la nos termos do art. 218 CPC. Para os legalmente interditados, a citação deverá ser feita em nome de seu curador, todavia, caso não seja esta a situação, o oficial deverá devolver o mandado pormenorizando a ocorrência. Ainda no mesmo artigo em seu §1º, o juiz então nomeará um médico para examinar o citando e

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 29 e 30.

apresentar o laudo dentro de 5 (cinco) dias. Havendo então a necessidade, até mesmo nos casos em que o réu se encontre gravemente enfermo ou impossibilitado de manifestar sua vontade, o magistrado concederá um curador observando quanto a sua escolha, a preferência estabelecida em lei civil. Neste caso, o curador estará vinculado à causa e será ele próprio quem se encarregará da defesa do réu.

Outra forma de citação real é feita através de carta precatória ou rogatória quando o réu se encontrar em comarca diversa ou com domicílio que ultrapassa os domínios jurisdicionais do magistrado. O juízo deprecado então receberá a carta e o oficial de justiça procederá da mesma forma descrita anteriormente na citação por mandado.

A citação pelo correio, também é real, por requisitar o efetivo recebimento da carta. O art. 223 CPC, normatiza a respeito do procedimento que deve ser adotado: o escrivão remeterá as cópias da petição inicial e despacho do juiz ao citando, constando a advertência de que não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor, além também de constar o prazo para resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço.

Em geral, ela poderá ser feita para qualquer comarca do país, no entanto, o art. 222 do Código de Processo Civil, traz exceções nos casos de ações de estado; quando for ré pessoa incapaz ou pessoa de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; ou quando o autor a requerer de outra forma. Nestes casos a citação não poderá ser feita pelo correio. Frustrada esta modalidade de citação restará então a citação por mandado e caso continue sem produzir resultados, acarretará a citação por hora certa ou por edital.

Tanto a citação por hora certa como a citação por edital são consideradas citações fictas. Nestes casos, não há absoluta certeza se o réu realmente receberá a comunicação do fato, todavia faz-se necessária para impossibilitar o perecimento do direito do autor. Como ela é admitida somente após comprovada a ineficácia da citação real, não seria viável que fosse denegada a justiça ao autor diante da incapacidade em encontrá-lo. O processo neste caso continuará com a nomeação de um curador à lide segundo o art. 9º, II do CPC, responsável por gerenciar a defesa do réu e assegurar assim uma demanda equilibrada observando os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa constantes em nossa Constituição Federal.

A citação por hora certa, disposta no art. 227 CPC, ocorre quando:

...por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

No momento determinado, conclui o art. 228 CPC, o oficial de justiça deverá comparecer novamente ao domicílio, independentemente de novo despacho e caso o citando não esteja presente, procurará saber as razões de sua ausência, dando por feita a citação. A certidão de ocorrência é elaborada e o oficial deixará a contrafé com alguém da família ou até mesmo algum vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

A citação por edital ocorre quando, nos termos do art. 231 CPC, o réu for desconhecido ou incerto; quando ignorado, incerto ou inacessível (é inacessível o país que recusa cumprimento de carta rogatória) o lugar em que ele se encontra; e nos casos expressos em lei.

Geralmente os casos mais comuns ocorrem quando a tentativa de citação pessoal por mandado não surte efeito. O oficial poderá comprovar a condição do réu ser pessoa incerta ou até mesmo declará-lo em lugar não sabido.

Por fim, podemos concluir nas palavras de GREGO FILHO:

...apesar de ficta ou presumida, uma vez feita e completada, a citação por edital ou a citação com hora certa têm o mesmo valor processual da citação real, gerando sentença com força de coisa julgada e força executiva sem qualquer restrição. A solução é diferente nos países que adotam o chamado “processo contumacial”.³²

i. EFEITOS DA CITAÇÃO

De acordo com o art. 219 do Código de Processo Civil, “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”. Desse modo, para fins de organização, podemos classificar os efeitos da citação em dois grandes gêneros

³² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 65.

denominados de: “efeitos processuais”, quais sejam, tornar prevento o juízo, induzir litispendência e fazer litigiosa a coisa; e “efeitos materiais”, ou seja, constituir em mora o devedor e interromper a prescrição.

Em linhas gerais, a prevenção decorre da fixação de um juízo perante outros, quando todos eles seriam, em tese, competentes também. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Prevenção é a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente já pertencia a dois ou vários, inclusive a ele. Podendo a causa, ou causas, ir ter a qualquer desses juízes potencialmente competentes, por algum modo ficam os demais excluídos e resta competente só aquele a quem a atividade tiver sido concretamente atribuída. O latim “proe venire” significa chegar antes: o juiz que chegou primeiro, recebendo a causa ou o recurso, considera-se prevento³³.

Portanto, de acordo com o referido artigo, no caso de comarcas diversas, a fixação da competência ocorrerá no juízo onde primeiro houve a citação válida. Nada obstante, em casos de mesma comarca (competência territorial), o art. 106 do Código de Processo Civil, institui que será prevento o juízo, aquele que primeiro despachou a petição inicial. A prevenção exclui a competência dos demais juízos ao fixar a competência de um, sendo tal regra, também aplicável nos casos de ações conexas em que a parte ordena a reunião das ações propostas em separado (art. 105 CPC).

A litispendência é o ajuizamento de duas ou mais ações, idênticas entre si, por possuírem as mesmas partes, mesma causa de pedir (próxima ou remota) e mesmo pedido (mediato e imediato) consoante o art. 301, §§1º e 2º do CPC. Logo, haverá a reprodução de uma ação idêntica a outra em curso, e como a primeira ação já havia sido ajuizada, a outra não poderá prosseguir, culminando na extinção do processo sem julgamento de mérito constante no art. 267, V do CPC. O fenômeno de se existir um processo em andamento, produz, em contrapartida, a impossibilidade de haver outro idêntico.

Assim, a citação válida é quem determinará o momento da litispendência, como leciona Humberto Theodoro Júnior:

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – 4ª ed. São Paulo, Malheiros 2004. p. 442/443.

Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente (...).

Demonstrada, pois, a ocorrência de litispendência ou de coisa julgada (isto é, verificada a identidade de partes; de objeto e de causa petendi) entre dois processos, o segundo deverá ser extinto, sem apreciação do mérito³⁴.

O último dos efeitos processuais, é tornar a coisa litigiosa, ou seja, o bem jurídico em litígio entre as partes, fica vinculado ao processo, de modo que não será permitido aos litigantes alterá-lo ou aliená-lo. Quando o bem material em disputa é coisa infungível, o vínculo direto que será formado entre o processo e o resultado é efeito da citação válida. Por isso, qualquer alteração no que diz respeito a titularidade do bem e sua alienabilidade, resultará em ineficácia processual; a alienação da coisa não alterará a legitimidade dos demandantes e estes prosseguirão, do mesmo modo, como partes principais. Findo o processo de conhecimento e originado o título judicial, será possível a sua execução no cumprimento de sentença, que alcançará a coisa, mesmo que em mãos de terceiros, já que a alienação no curso do processo é considerada fraude de execução.

O primeiro dos efeitos materiais é a constituição em mora do devedor e tal como a interrupção da prescrição, atua diretamente sobre o direito do autor. A obrigação pode basicamente assumir duas características possíveis: pode ser líquida e certa, ou com a dívida sendo declarada no próprio processo. Enquanto naquela o vencimento é a causa originária da mora, nesta o devedor passará a assim estar a partir da citação. Caso o réu perca a demanda, ficará responsável em arcar com todos os efeitos da mora desde a citação, além dos juros legais e correção monetária.

Por fim, o segundo efeito material da citação válida é a interrupção da prescrição nos termos do art. 202, I do Código Civil. A citação do devedor, mesmo que realizada por juiz incompetente, é um fato capaz de interromper a prescrição. Se a citação não se efetivar em tempo hábil sem culpa do autor, a interrupção ocorrerá no momento da propositura da ação. Nesta linha de entendimento, Vicente Greco Filho nos explica:

Isso acontece se o autor promove a citação do réu propiciando os elementos para que se efetive nos dez dias seguintes ao despacho que a determinou, prazo esse que pode ser prorrogado até 90 dias. Se ainda nesses prazos não

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 38ª ed., 2002, p. 281.

se concretizar a citação, a prescrição não será considerada interrompida, podendo o juiz, em se tratando de direitos não patrimoniais, decretá-la de ofício e de imediato, comunicando-se ao réu o resultado do julgamento. A prescrição e, evidentemente, a decadência são decretadas de ofício se desde logo verificadas pelo juiz (art. 219, §5º acrescentado pela Lei 11.280/2006...) ³⁵.

Estes efeitos materiais como já dito anteriormente, ocorrem mesmo que declaradas por juiz incompetente. Por não serem efeitos processuais, não há tanta relevância na regularidade processual, sendo necessário apenas a investidura para a integral garantia da segurança, indispensável a produção dos efeitos de direito material.

ii. CITAÇÃO DIRETA X CITAÇÃO INDIRETA

Em termos gerais, a citação deve efetivamente conduzir ao sujeito legitimado a possibilidade de apresentar razões contra a demanda proposta. Este sujeito pode ser o próprio réu da ação ou alguém que o represente nos termos da lei ou do contrato, sendo tal modalidade de citação denominada de “direta” pela doutrina.

Para a pessoa física plenamente capaz agindo no polo passivo da lide, a comunicação processual deverá ser realizada a ele. No caso de incapazes, a comunicação é feita aos responsáveis por realizarem os seus atos da vida civil, ou seja, aos pais, tutores ou curadores segundo o art. 8º e 215 do CPC. Aos que possuem incapacidade relativa, procede-se com a citação em nome da própria pessoa do demandado além de seu representante legal, uma vez que todos os atos praticados por aquele, são necessariamente auxiliados por este. A nomeação de um curador especial pelo magistrado poderá ocorrer se os interesses do réu com o seu representante se opuserem, nos casos em que o citando esteja impedido, ou até mesmo se o incapaz não possuir um representante. Dessa forma, o curador será nomeado e procederá com a defesa do demandado de acordo com o art. 9º, I e 218 do CPC.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco:

Não é indireta a citação feita aos representantes dos incapazes ou de pessoas jurídicas, porque são eles próprios os legitimados a estar em juízo por esses demandados, defendendo-os na qualidade de representantes processuais.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 38.

As regras de citação pessoal, ou direta, prevalecem em relação ao réu e a outros sujeitos a quem no curso do processo seja movida alguma demanda (intervenções provocadas) – como o litisdenunciado, o chamado ao processo, o nomeado, ou ainda o litisconsorte necessário³⁶.

Tanto no caso de pessoas jurídicas como daqueles que tem a possibilidade de ser parte, mas não possuem personalidade jurídica, como é o caso do consórcio, espólio ou massa falida, a citação será realizada em nome daquele que possui o encargo de administrá-la.

Por outro lado, a citação indireta é realizada em face de pessoa diversa do responsável por apresentar as contrarrazões. Será ela quem por lei ou contrato, receberá a comunicação processual perante o interessado, como os procuradores com poderes específicos, gerentes, administradores, ou até mesmo preposto do citando. “Ela é indireta, justamente porque feita em uma pessoa, com eficácia em relação a outra” (DINAMARCO, 2005, p. 405).

Como as consequências das hipóteses de citação indireta são relativamente graves (efeitos da revelia), ela é vista em nosso ordenamento jurídico como extraordinárias. Por isso, aos procuradores será necessário conceder poderes especiais para o recebimento da citação, devido a segurança que deve permear a correta comunicação processual. A simples outorga de poderes de representação, não é suficiente para que o advogado receba a citação pelo constituinte.

Muitas vezes, é difícil encontrar o indivíduo habilitado a receber citações pela empresa, mesmo que após analisado o estatuto ou contrato social da pessoa jurídica. Uma tendência do STJ, materializada no REsp 103624, entende ser possível a citação da empresa quando realizada “na pessoa que, na sua sucursal, se apresenta com poderes de gerência ou de administração, recebendo a contrafé e apondo a nota de ciência no mandado sem nada arguir a respeito da falta de poderes de representação”. Este entendimento encontra respaldo na “Teoria da Aparência”, pela qual, é juridicamente relevante aquilo que parece ser, ainda que não seja esta a realidade.

Os problemas internos responsáveis pela citação não alcançar efetivamente o seu destinatário, correrá por conta da “culpa in eligendo” e dos “riscos do negócio”. Nada obstante, a jurisprudência entende que tal fato só poderá ocorrer em casos especiais, mas a dificuldade na localização da pessoa habilitada supre essa necessidade, tornando eficazes as

³⁶ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 404 e 405.

citações feitas mesmo aos empregados na sede da empresa. Oferecida a resposta do réu, elimina-se o eventual vício que pudesse comprometê-lo concretizando a anterior suposição de que a informação chegou ao seu conhecimento.

iii. CITAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DO PROCESSO

Uma outra corrente defendida principalmente por GELSON AMARO DE SOUZA demonstra que a citação é uma condição de eficácia do processo, mas somente em relação àquilo que se refere ao réu, de acordo com os art. 219 e 263 do CPC. É diante desta consideração, que abordaremos este tópico.

A falta ou nulidade de citação do réu é vista pela doutrina majoritária brasileira como causa de nulidade ou inexistência do processo. Nada obstante, excepcionalmente há casos em que mesmo sem a citação do réu, a relação processual continuará válida e eficaz.

Como já dito anteriormente, parte da doutrina entende que a citação é um pressuposto processual de existência enquanto outra parte entende como pressuposto processual de validade. Por isso, muitas vezes ora se propugna pela inexistência do processo e ora pela nulidade.

O entendimento de GELSON AMARO DE SOUZA³⁷ concentra sua atenção em outro foco de percepção. Para ele, a referência que deve ser feita neste estudo, decorre da eficácia ou ineficácia do processo afastando a citação do rol de pressupostos do processo seja ele de validade, seja ele de existência. Desse modo, a citação seria uma condição de eficácia no que diz respeito ao citando, por isso, a ele não será produzido nenhum efeito. Por outro lado, haverá plena eficácia em relação ao que figura no processo e que tenha sido citado, exceto no litisconsórcio necessário, pois a falta de citação de algum integrante enseja a falta de eficácia processual no que tange aos demais.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, proposta a ação, surgirá o processo independentemente da citação do réu. O fato da petição inicial ser despachada pelo juiz e posteriormente distribuída, onde houver mais de uma vara, por si só, são características de um processo existente. A sua origem e nascimento, não se submete a eventual citação. Conduzindo este raciocínio mais a fundo, caso verifique o juiz que a petição inicial não possui os requisitos mínimos exigidos por lei segundo os art. 282 e 283 CPC, ou até mesmo que

³⁷ SOUZA, Gelson Amaro de. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. *Artigos acadêmicos de direito*. Disponível em< http://www.gelsonamaro.com/artigo13.html#_ftn1>. Acesso em: 23 jul. 2013

apresente defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, deverá determinar a emenda da inicial pelo autor no prazo de 10 (dez) dias. Ainda assim, se o autor não cumprir com tais diligências, a petição será indeferida pelo juiz, indeferimento este que corresponderá a uma sentença que extingue o processo sem resolução de mérito num momento em que nem mesmo houve a citação.

Diante de tais fatos, podemos concluir que houve o processo, tanto é assim que da sentença que indeferiu a inicial, ao autor é dado a faculdade de apelar, permitindo ao juiz, no prazo de 48h (quarenta e oito horas) reformar a sua decisão. O recurso de apelação é um ato intrínseco ao processo, logo, não poderia ser praticado caso este não existisse. Ademais, não havendo processo, não haveria sua extinção nos termos do art. 267, I CPC.

Segue inferindo GELSON AMARO DE SOUZA, com as seguintes palavras:

Desta forma, pode-se, concluir que o processo existirá com ou sem citação. Da mesma forma que pode haver citação sem processo, como ocorre nos casos de mero procedimento sem processo, também poderá haver processo sem citação. A citação serve para vincular a pessoa citada à relação processual, mas a sua falta não impede a formação da relação processual linear entre autor e juiz³⁸.

A relação processual que surge com a propositura da ação é capaz de vincular algumas pessoas, mas outras não, ao menos neste momento inicial do procedimento. Portanto ocorrerá a formação do vínculo processual com o autor num primeiro instante e posteriormente, o vínculo surgirá para o réu cumprida a citação.

Portanto, a relação jurídica entre autor e juiz nasce mesmo que antes de ordenada a citação ou por indeferimento da inicial como demonstrado anteriormente. A simples provocação da máquina judiciária pelo autor é capaz de ensejar a formação da relação processual, todavia ela apenas se aperfeiçoa cumprida a citação como normatiza o art. 263, parte final CPC. Nas palavras do professor ERNANE FIDELIS DOS SANTOS:

Quando não se faz a citação, ou se esta for nula de pleno direito, o processo não é inexistente, conforme pretende alguns doutrinadores, porque a relação processual, embora defeituosa, pode formar-se angularmente, apenas, entre autor e juiz. Neste caso, qualquer decisão que se profira terá eficácia e,

³⁸ SOUZA, Gelson Amaro de. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. *Artigos acadêmicos de direito*. Disponível em< http://www.gelsonamaro.com/artigo13.html#_ftn1>. Acesso em: 23 jul. 2013.

transitando em julgado, a definitividade dos efeitos atinge somente o autor e não o réu³⁹.

Como a relação processual com o autor se forma desde o nascimento do processo, todas as decisões proferidas em seu curso surtirão efeito para ele, por isso será atingido pela preclusão ou coisa julgada. No que tange ao réu, os efeitos processuais não serão necessariamente válidos e eficazes como assim o é para o autor.

A citação é a responsável por vincular o réu à relação processual, por isso, antes dela, os efeitos prejudiciais produzidos no processo serão ineficazes a ele. Há de se considerar que esta não vinculação entre réu e efeito será apenas quanto as soluções prejudiciais, de modo que ocorrerá este liame quanto aos efeitos benéficos que o réu poderá sofrer.

Por outro lado, tais efeitos para o autor e o Estado (juiz), serão plenamente válidos e eficazes, ficando ambos obrigados a respeitarem as consequências resultantes do processo. Diante disso, conclui GELSON AMARO DE SOUZA que a citação é apenas uma forma de aperfeiçoamento da relação processual, uma forma de vincular o réu ao processo de modo a atingi-lo mesmo quando os resultados forem prejudiciais:

a citação, somente serve para complementar ou aperfeiçoar a relação processual e a partir desse aperfeiçoamento o réu fica vinculado aos resultados do processo, quaisquer que sejam esses resultados. Desta forma a citação tem por finalidade vincular o réu ao processo e com isso completar a relação triangular processual que até então existia apenas angularmente entre autor e o Estado-Jurisdição ou até mesmo triangularmente entre o autor e outros réus efetivamente citados e o Estado-Jurisdição quando se tratar de litisconsórcio passivo facultativo. Com isso, o processo que já existia, agora com a citação, passa a ter plena eficácia em relação ao réu e qualquer que seja o resultado da demanda o vincula⁴⁰.

Embora o seu entendimento não leve em consideração a citação como pressuposto processual de existência nem como requisito de validade, compreendemos ser plenamente aplicável o entendimento acerca da natureza jurídica da citação como condição de eficácia, no âmbito dos pressupostos processuais.

³⁹ FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. I.

⁴⁰ SOUZA, Gelson Amaro de. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. *Artigos acadêmicos de direito*. Disponível em< http://www.gelsonamaro.com/artigo13.html#_ftn1>. Acesso em: 23 jul. 2013.

Percebemos que a citação é um requisito de validade para os atos processuais subsequentes a ela, e além disso, também uma condição de eficácia do processo em relação ao réu, como entende o referido doutrinador e também FREDIE DIDIER JR em suas palavras anteriormente expostas.

iv. FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO

Segundo o art. 214 do Código de Processo Civil: “Para a validade do processo é indispensável a citação do réu”. Diante da falta ou mesmo nulidade de citação, o réu poderá proceder de duas formas diversas, quais sejam, manifestar-se sob a alegação de nulidade do ato apenas ou juntamente com tal alegação elaborar e apresentar sua defesa.

Para o caso do réu somente alegar a nulidade, havendo procedência da alegação se o magistrado realmente se convencer do fato, pronunciará sua decisão com este entendimento considerando-se feita a citação na data em que ele ou o seu advogado for intimado da decisão nos termos do art. 214, §2º CPC.

De outro modo, se o réu alegar a nulidade e, juntamente com ela, apresentar sua defesa, a nulidade será considerada sanada automaticamente, de acordo com o princípio da instrumentalidade. Por ele se entende que a existência de qualquer ato processual, está relacionado ao cumprimento de determinado propósito, de modo que o ato não é um fim em si mesmo. Por isso, mesmo que eivado de vícios, atingindo a sua finalidade sem causar prejuízo algum as partes poderá ser visto como recuperado.

Este problema gravíssimo é ainda mais perceptível na sistemática do direito penal, que dentre suas várias funções visa basicamente tutelar os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e sociedade. Até mesmo nele, este entendimento está presente segundo o art. 570 do Código de Processo Penal:

Art. 570: A falta ou nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Essa possibilidade também está consubstanciada no art. 154 do Código de Processo Civil ao considerar válidos os atos que cumpriram seu objetivo essencial, embora sido praticados de outro modo:

Art. 154: Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

Nada obstante a tal hipótese, caso não ocorram os efeitos mencionados anteriormente, a existência de vícios na citação ou até mesmo sua ausência, irão elidir os princípios da ampla defesa e contraditório. Deste modo, como já mencionado, as sentenças proferidas diante dessas circunstâncias, deverão ser consideradas nulas e assim, comportarão um vício insanável que mesmo após o trânsito em julgado, poderão ser impugnadas.

Diferentemente deste entendimento, podemos destacar a interpretação de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO ao presente caso, que merece toda nossa atenção. Para ela a citação figura como pressuposto processual de existência e não bastará a citação, mesmo que viciada, para que se repute existente a relação processual e consequentemente o processo:

Como já se viu, a diferença entre existência, nulidade e anulabilidade, *sob um certo prisma*, consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, a eficácia, no sentido de *produção efetiva de efeitos*, é o critério para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência. Assim, a citação nula, somada à revelia, deixará de ser nula, para ser inexistente: neste sentido, *deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia*.

(...)

Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente*, porque o foi, também, o processo.⁴¹

Este embate doutrinário acerca da natureza jurídica de um processo que tenha ocorrido tal vício, resultará em conclusões diversas como será visto em nossas conclusões. Fato é que diante da citação maculada de vícios, ensejadora de sentença nula ou inexistente, a relação processual formada restará prejudicada.

O réu não poderá exercer plenamente os seus direitos e faculdades referentes a defesa processual ou até mesmo de mérito. Por isso, a citação constitui um importante instrumento

⁴¹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 208 e 209.

na efetivação de garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão imerso em um Estado Democrático de direito.

c. VÍCIOS DO ATO PROCESSUAL

Os atos processuais, por serem espécies de atos jurídicos, devem observar os requisitos comuns de validade como agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei.

Primeiramente no que tange às partes, deve ser observado se elas possuem capacidade jurídica além de estarem em acordo com o “*ius postulandi*”, ou seja, com um advogado regularmente habilitado e inscrito nos quadros da OAB, salvo algumas exceções impostas por nosso ordenamento jurídico.

Em relação a licitude do objeto, é defeso às partes praticar qualquer ato que não se coadune com a dignidade da justiça. O magistrado nesta hipótese deverá reprimi-lo proferindo uma decisão que impeça o propósito desleal da parte ou de ambas, nos casos em que elas se utilizarem do processo para o fim de cometer ato ilícito vedado por lei.

Por fim, a violação de forma legal é a exigência mais importante perante a teoria das nulidades processuais, visto que muitas vezes a forma é indispensável para o correto prosseguimento do processo.

Humberto Theodoro Júnior⁴² classifica os atos do processo segundo violação aos requisitos de validade como: atos inexistentes, atos absolutamente nulos e atos relativamente nulos, ressaltando também como atos irregulares aqueles que mesmo praticados em desacordo com as regras formais, não sofrem qualquer tipo de restrição no tocante a sua eficácia nos termos do art. 244 CPC.

O ato inexistente não tem aptidão para existir por faltar os mínimos requisitos essenciais para sua existência e por isso, não gera efeitos no mundo jurídico. De acordo com o mesmo doutrinador:

Com relação ao ato juridicamente inexistente, não se pode sequer falar de ato jurídico viciado, pois o que há é um simples fato, de todo irrelevante para a ordem jurídica. Falta-lhe um elemento material necessário à sua configuração jurídica. Assim, por exemplo, é inexistente o ato falsamente

⁴² THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 297 e 298.

assinado em nome de outrem. O dado fático – declaração de vontade do signatário – nunca existiu, nem mesmo defeituosamente.

Por isso, o ato inexistente jamais se poderá convalidar e nem tampouco precisa ser invalidado⁴³.

A nulidade, por outro lado, ocorre pela manifestação de vontade em desconformidade com o direito, ou seja, embora possua os elementos intrínsecos primordiais a sua existência, houve violação da lei, inobservância dos bons costumes, desrespeito as normas de ordem pública ou até mesmo de forma legal. Portanto, quando a declaração de vontade se coaduna com as normas referentes ao fato, os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente surtirão resultados e serão válidos. Por sua vez, havendo divergências com a lei, tais efeitos almejados não produzirão efeitos nem serão válidos.

Embora esta ilegalidade provoque a nulidade do ato, tal sanção admite graus de intensidade. Dessa forma, a ilegalidade referente a violação de normas de interesse público resultará em nulidade absoluta. Este é um caso que pode ser conhecido de ofício pelo juiz ao se deparar com o ato viciado e assim não estará sujeito a arguição da parte prejudicada.

Por outro lado, se tal ilegalidade for referente aos interesses de caráter privado das partes, haverá anulabilidade ou nulidade relativa. Neste caso, não será possível o reconhecimento de ofício pelo juiz, cabendo ao particular o juízo de conveniência e oportunidade em anular ou não o ato defeituoso. Não havendo manifestação pelo parte interessada, o ato será convalidado.

Os atos absolutamente nulos são considerados vícios insanáveis. Por infringir normas de interesse público, devido a falta de algum pressuposto processual ou até mesmo de condições da ação, mostra-se irremediável. Logo, o juiz deverá invalidar o ato quanto antes comprove a ocorrência de tal nulidade, por provocação ou não da parte interessada.

O ato nesta situação possui apenas uma aparência de quem provoca efeitos jurídicos pois em realidade não possui sequer aptidão para provoca-los. Somente após o momento da prolação da decisão judicial é que será retirado dos autos e declarado inválido, uma vez que jamais poderá ser convalidado. Havendo realmente necessidade de se praticar o ato invalidado, o juiz ordenará as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos nos

⁴³ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 298.

termos do art. 249 CPC. Caso a parte não proceda com o que lhe foi disposto, será atingida pela preclusão tendo o ato como não praticado.

Assim exemplifica Humberto Theodoro Júnior com a citação não observado os parâmetros legais do art. 247 CPC como ato absolutamente nulo; ocasionando uma sentença nula de pleno direito se esta fluir à revelia do réu.

A invalidade, no caso, afetou toda a relação processual, não só para a parte ausente como para o próprio órgão jurisdicional, que não se legitima a julgar a causa senão sobre o suporte de um processo regularmente formado⁴⁴.

Neste caso, o réu poderá arguir a nulidade em qualquer época obtendo do juiz a decretação de nulidade dos efeitos da sentença. E segue explicando o autor:

Isto não quer dizer que o ato nulo, embora insanável, não possa ser suprido por outro de igual efeito. Assim a citação nula, ou mesmo inexistente, pode ser suprida pelo comparecimento do réu ao processo. Mas este comparecimento não dá eficácia à citação, mas sim a substitui e os efeitos produzidos são do próprio comparecimento e só atuam a partir dele, gerando inclusive reabertura do prazo de defesa. Em outras palavras: o comparecimento do réu faz as vezes da citação válida. Suprir uma nulidade não é, em outras palavras, convalidar o ato inválido. É, isto sim, praticar um ato novo e diverso que, entretanto, pode produzir efeito análogo ao do ato nulo⁴⁵.

Por fim, quanto aos atos relativamente nulos podemos entendê-lo como mesmo que viciado em sua formação produzem os devidos efeitos se a parte prejudicada não se manifestar acerca de sua invalidade.

Como já dito, neste caso o defeito recai sobre os interesses disponíveis das partes e portanto, caberá a parte prejudicada alega-lo caso contrário produzirá todos os efeitos como se válido fosse. Neste caso, o ato poderá ser convalidado mesmo que tacitamente, pois se a parte não se manifesta no prazo legal, a nulidade relativa será posteriormente sanada de acordo com o art. 245 CPC.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 298.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 298.

i. VÍCIOS TRANSRESCISÓRIOS

Os vícios transrescisórios são aqueles que possuem defeitos tão graves, que será possível desconstituir a coisa julgada mesmo após o prazo da ação rescisória. Os pontos afetados pelo vício no processo são tão importantes que se prolongam para após o prazo da ação rescisória.

A própria terminologia da palavra nos permite concluir sua definição. O prefixo “trans” é utilizado no significado de “após”, “através”, de forma que vícios transrescisórios são aqueles que ultrapassam os limites da ação rescisória. Por isso, podem ser vistos como defeitos diversos dos que são objeto da ação rescisória e assim, deverão ser sanados também por um instrumento diverso.

Desse modo, podemos entender os vícios preclusivos como aqueles que não acarretam nulidade nem são atingidos pelos efeitos da preclusão; os vícios rescisórios como aqueles que possibilitam o manejo da rescisória e a consequente desconstituição da coisa julgada; e por fim os vícios transrescisórios como os que podem ensejar a nulidade ou inexistência da sentença mesmo que sem o instrumento da ação rescisória.

Como a ação rescisória possui as hipóteses de sua utilização consubstanciadas taxativamente no Código de Processo Civil, em seu art. 485, a anulação da coisa julgada deverá observar tais parâmetros. A revisão do julgamento só será cabível se interpretado restritivamente perante o rol elencado no código, vedando-se assim, os abusos que poderiam ser causados, relativos a arbitrariedade e insegurança jurídica.

No caso de desconstituição da coisa julgada devido a determinado vício transrescisório, ensina primeiramente o prof. FREDIE DIDIER JR., que a decisão judicial existente pode ser impugnada tanto pelo recurso como por meio da ação rescisória:

Esses meios servem para impugnar tanto *errores in procedendo* quanto *errores in iudicando*. É possível, pois, por esses meios, discutir a validade e a justiça da sentença. Ou seja, o recurso é o meio de impugnação da decisão judicial dentro do processo em que a decisão foi proferida (até o trânsito em julgado); a ação rescisória é o meio de desconstituição da coisa julgada

material, que pode ser manejada, conforme já visto, dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado.⁴⁶

E continua o autor afirmando que embora inicialmente seja admissível apenas o recurso ou rescisória, há duas hipóteses em nosso ordenamento jurídico pátrio que fogem a regra:

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória. É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I CPC). Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por *vícios transrescisórios*.⁴⁷

Em ambos os casos deve-se considerar a questão da sentença favorável ao réu e também a do revel que comparece espontaneamente, pois nestas hipóteses, ainda que o réu não tenha sido citado ou assim o foi de maneira defeituosa, não será possível o manejo da “querela nullitatis”. Esta, embora possua semelhanças com a ação rescisória, diverge principalmente no que diz respeito a imprescritibilidade, hipóteses de cabimento e endereçamento da ação. Enquanto a “querela” deve ser ajuizada perante aquele que proferiu a decisão, na ação rescisória, transitada em julgado a sentença de primeira instância, o competente será o órgão *ad quem* responsável pela apreciação da apelação que poderia ter sido interposta.

d. REVELIA

A revelia tem seu lugar no momento em que o réu não oferece nenhuma forma de resposta a ação (contestação, exceção ou reconvenção). Neste caso, decorrido o prazo legal e não havendo resposta a demanda proposta, incorre o réu em revelia visto que este não tem o dever de contestar, mas apenas o ônus em fazê-lo.

Desse modo, o processo fluirá à revelia do litigado e este passará a ser visto como um ausente. A partir deste momento, todos os atos processuais seguintes ocorrerão sem a devida ciência do réu restando prejudicado os princípios do devido processo legal, ampla defesa e

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III, p. 455.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III, p. 455.

contraditório. Até mesmo o início para o prazo de recursos ou o trânsito em julgado da sentença ocorrerá sem a necessidade de intimação.

Logo, a revelia poderá se dar com a ausência do réu por não estar presente no processo ou mesmo com a sua presença, mas falta de resposta, fato consubstanciado no procedimento sumário em que o demandado comparece à audiência sem advogado para elaborar a refutação. Como o Código de Processo Civil assegura ao revel o poder de intervir no processo em qualquer fase, em seu art. 322, parágrafo único, poderá posteriormente e mesmo sem ter contestado o pedido, comparecer em juízo e ser representado por um advogado. No entanto, nesta situação exposta, o revel receberá o processo no estado em que se encontrar devendo agora, ser intimado de todos os atos processuais ulteriores. Não se deve considerar o entendimento minoritário de que mesmo estando presente nos autos, o revel prosseguirá sem ser intimado dos atos processuais, pois fere a garantia constitucional do contraditório negando o devido processo legal.

Antes da reforma do art. 322 operada pela Lei 11.280/06, não havia a disposição de revel “que não tenha patrono nos autos”. Tal modificação foi necessária porque mesmo com a presença do advogado do réu, poderá ser configurada a revelia, todavia, os efeitos processuais serão diversos.

Nesta linha de entendimento, a falta de contestação da ação pelo réu revel com advogado nos autos, provocará efeitos materiais no que tange ao plano de presunção da veracidade de todos os fatos dispostos na petição inicial. Nada obstante, o efeito processual de fluência do prazo não ocorrerá, uma vez que o réu esteve em juízo, mesmo sendo revel.

i. EFEITOS DA REVELIA

Recebida a petição inicial apta a produzir seus devidos efeitos, o magistrado deverá a despachar, ordenando a citação do réu para responde-la. Será então emitido um mandado constando que caso não haja a contestação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. Tal disposição se encontra no art. 285 do Código de Processo Civil sendo que a falta desta informação no mandado colocará em risco a validade da citação impedindo a verificação da presunção constante no art. 319 CPC: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

Dessa forma, a prova dos fatos fundamentados pelo autor na inicial, não precisará ser produzida e o juiz poderá conhecer diretamente do pedido como articula o art. 330, II do CPC.

Embora seja possível neste caso o julgamento antecipado da lide com a consequente dispensa da audiência de instrução e julgamento, não ocorrerá necessariamente o julgamento de procedência a favor do autor.

Primeiramente, é possível que a relação processual esteja viciada impossibilitando o julgamento de mérito. Diante deste fato, caberá ao juiz conhecer preliminarmente das condições da ação e pressupostos processuais. Também é possível que mesmo com a presunção de veracidade dos fatos, o autor não consiga extrair deles, exatamente, os efeitos jurídicos desejados, como nos ensina Humberto Theodoro Júnior através do julgado a seguir:

A presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num *robot* que tivesse que aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coactar a iniquidade e a mentira. “Não há como se não considerar implícita a ideia de que a presunção de veracidade decorrente de revelia do adversário só poderá produzir todos os efeitos quanto a fatos revestidos de credibilidade ou verossimilhança. Aliás, há que se distinguir entre reconhecimento de *fatos* (juízos de afirmação sobre realidades externas, que se opõem a tudo o que é ilusório, fictício, ou apenas possível) e *sequelas de sua afirmação*. Só o fato objetivo não contestado é que se presume verdadeiro. Tal presunção não alcança cegamente as consequências de sua afirmação. Assim, não assumem véstia de dogma de fé meras estimativas de prejuízo perante fato tornado indiscutível pela revelia do adversário”⁴⁸.

Destarte, em algumas hipóteses o Código afastou os efeitos da revelia como podemos observar no art. 320 do CPC “a revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente”, qual seja, a presunção de veracidade quando havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; ou se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público, que a lei considere indispensável a prova do ato.

No entanto, isso não significa que este artigo possua um rol taxativo. A doutrina dominante⁴⁹ o entende como um rol meramente exemplificativo até mesmo porque, inúmeros

⁴⁸ TJSP, Apel. 255.718, rel. Des. Azevedo Franceschini, in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 404.

⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários ao código de processo civil, v. 4, tomo II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 382.

são os exemplos de revelia sem a aplicação de confissão ficta e não constantes do dispositivo legal.

Na assistência simples, de acordo com o parágrafo único do art. 52 do Código de Processo Civil “sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios”. Neste caso mesmo que o assistido seja revel, o assistente poderá atuar no processo refutando os fatos pleiteados pelo autor.

Em outro fenômeno exposto no art. 302, parágrafo único do CPC, podemos observar que o princípio do ônus da impugnação específica dos fatos, não é aplicável ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público. Nesta situação a contestação de forma genérica não ocasionará a presunção de veracidade sobre determinados fatos não impugnados especificamente, embora não haja revelia neste caso.

ii. CITAÇÃO FICTA

A revelia nos casos de citação ficta é objeto de muitos debates na doutrina, uma vez que a ciência do réu nos casos de citação por edital ou hora certa é apenas presumida. Nas palavras de THEODORO JÚNIOR:

Com efeito dispõe o art. 232, nº V que o edital de citação conterá a advertência do art. 285, segunda parte, ou seja, aquela relativa aos efeitos da revelia.

Mas, por outro lado, o art. 9º, II, manda dar curador especial ao revel citado por edital ou com hora certa e ao réu preso, o que leva à conclusão de que esse curador terá a função de contestar a ação em nome do réu, o que exclui a figura da própria revelia.

Outro consagrado autor, JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵⁰ *apud* THEODORO JÚNIOR, expõe a problemática a partir de duas situações possíveis, quais sejam, a do réu que realmente figura como ausente no processo e, portanto, não comparece; e a do réu que embora esteja presente nos autos, não apresenta resposta.

Para o primeiro caso, ou seja, quando não estiver presente nos autos e a sua citação for apenas fruto de uma presunção legal, o réu não poderá sofrer os efeitos que trata o art. 319 do

⁵⁰ MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Manual de direito processual civil*. 1974, v. II, nº 370, p. 68 in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 405.

Código de Processo Civil, como vimos, a qualificação como verdadeiro dos fatos afirmados pelo autor.

Para o segundo caso, em que o revel teria tomado ciência da citação por hora certa ou até mesmo por edital (casos de citação ficta) e ainda assim não produziu nenhuma resposta, conclui o autor que o demandado estará em revelia juntamente com todos os efeitos constantes do art. 319 CPC.

A lei, como vimos no tópico anterior, concede a possibilidade ao revel de estar acompanhado de um curador. Nestes casos, nos termos do art. 302, parágrafo único CPC, é possível que a contestação seja elaborada através da negativa geral, sem a necessidade do curador impugnar minuciosamente todos os pedidos da demanda. Este fato repele os efeitos da revelia não sendo possível presumir como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Por conseguinte, o demandante continuará com o ônus de provar os fundamentos pelos quais sustenta o seu direito.

3. SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CITAÇÃO E AS FORMAS DE COMO IMPUGNAR SEUS VÍCIOS

a. CITAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL

A citação é um ato processual de comunicação perante o réu ou interessado com o propósito de outorgar a ciência de que contra o mesmo foi ajuizada uma demanda. Dessa forma, ele poderá manifestar-se no processo e assim alcançar o ideal de defesa consubstanciados nos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Como dito em nossa introdução a matéria aqui discutida é um dos temas que provocam os mais intensos debates e polêmicas na doutrina jurídica.

Apesar de considerável parte da doutrina sustentar que a citação seria um pressuposto processual de existência, há ainda um outro posicionamento resguardado também por grandes doutrinadores da processualística moderna, mais adequado ao nosso entendimento, de que não seria um pressuposto processual de existência, mas na realidade um requisito de validade.

A propositura da ação para prestação da tutela jurisdicional seja para evitar a lesão ou coibir a ameaça de direitos, origina o processo ao autor e neste ponto há pacificidade. Autores influenciados pela doutrina italiana defendem a citação como pressuposto de existência com o fundamento de que na relação processual, a citação tem como principal efeito, concluir a sua estrutura tríplice, e desse modo contar com a presença dos 3 sujeitos indispensáveis ao devido processo legal e a preparação válida do provimento jurisdicional desejado.

Assim ocorre com o entendimento de BUENO, C.S. (2011, p. 446): “O mais polêmico dos pressupostos processuais de existência é o relativo à citação. É ele que tem despertado maior interesse na doutrina e na jurisprudência”⁵¹. A este fato, o autor também pondera o seu entendimento do seguinte modo:

A citação do réu só pode ser entendido como pressuposto de existência do exercício da função jurisdicional em relação a ele. Para ele, réu, o processo terá existência jurídica na medida em que ele seja *citado*, isto é, vale a ênfase, convocado (formalmente) para participar da formação da convicção do juiz e dos atos destinados a concretizar o reconhecimento do direito.

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 446 e 447.

Antes disto, a existência do processo é potencial. Ele *existe* mas apenas entre o autor (quem provoca o exercício da função jurisdicional) e o Estado-juiz. A doutrina tradicional, a este propósito, costuma se referir usualmente à necessidade da citação para a “triangularização” do processo. O “processo”, que já existia perante o autor e o Estado-juiz, pressupõe a *citação* para existir também perante o réu.⁵²

Ademais, além do fundamento pelo qual a citação concluiria a triangulação da relação jurídica processual; outro forte argumento apresentado seria de que tanto o princípio do contraditório, como o da ampla defesa são elencados como “modelo constitucional do processo civil” e assim, seria difícil recusar a citação à categoria de pressuposto de existência. Logo, como tais princípios significam a possibilidade de defesa em juízo diante de alguma acusação, não seria possível conceber um processo juridicamente existente caso o réu não tenha sido citado.

No entendimento de TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, a citação é um pressuposto processual de existência do processo, nada obstante, a citação válida é quem seria um requisito de validade. Para a autora, como a citação é um ato de comunicação, a informação acerca do trâmite judicial deve obrigatoriamente chegar ao seu destinatário, ou seja, o mandado expedido pelo juiz, a expedição da carta, ou até mesmo a divulgação do edital seriam apenas parte do todo da citação, de forma que, completaria sua integralidade na ciência pelo demandado de que recebeu a informação. Por isso, não basta que tenha ocorrido a citação, ainda que viciada, para que possa ser considerada existente a relação processual. Fato muito mais importante do que a mera transmissão do comunicado e sua validade, é a ciência do trâmite da demanda por parte do réu.

Conclui-se assim, a ideia constante no art. 214, §1º do CPC, de que o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação. Nas palavras da autora:

Para parte da doutrina, a ausência de citação ensejaria não a inexistência, mas a ineficácia do processo. Sob este prisma, a citação não seria pressuposto processual de existência. Argumenta-se, em prol desta tese, que o juiz realiza atos processuais antes da citação do réu, o que demonstra que o processo existe antes da citação. A observação, contudo, não permite inferir-se que a citação não seja pressuposto processual. Deve-se ter em conta que o

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 448.

processo e relação jurídica que se forma gradualmente e, embora possa ter se formado entre autor e juiz, não haverá processo em relação ao réu enquanto, este não for citado. Ademais, (...) a inexistência jurídica não se confunde com a inexistência fática. Portanto, o fato de se praticarem atos não significa que o contexto em que tenham sido praticados seja juridicamente qualificável como sendo um processo! – relação jurídica trilateral, que se desenvolve no tempo, cuja vocação é a de gerar sentença de mérito⁵³.

Com todo o respeito, *data venia*, é possível que ocorra a existência do processo independentemente da citação do réu. Não pode ser considerada juridicamente inexistente uma sentença proferida pelo magistrado se ausente a citação do réu. Tanto ela existe e produz efeitos, por exemplo num processo de execução, que autoriza a penhora, sendo posteriormente ônus do demandado o oferecimento de embargos para que a sua eficácia seja rescindida (art. 741, I CPC).

Outro argumento que se coaduna ao nosso entendimento seria nos casos em que o próprio autor foi derrotado e o réu não participou do processo por não ter sido citado. Neste caso, o autor não poderá alegar a inexistência do provimento, entendendo-se que o esboço da relação como dito anteriormente, seria o suficiente para vinculá-lo juridicamente.

Segundo Fredie Didier Jr., a citação é o ato pelo qual se transmite, ao sujeito passivo da relação jurídico-processual, de que contra ele foi proposta uma demanda, tornando-o parte no processo. Possui, dessa forma, uma dupla função, qual seja, convocar o réu a juízo (“*in ius vocatio*”) e cientificá-lo do teor da demanda proposta (“*edictio actionis*”).

A citação não tem como escopo proporcionar a formação do processo, não sendo, portanto, um pressuposto processual de existência, mas sim um requisito de validade para todos os atos processuais seguintes. Mesmo que o processo já tenha sua existência jurídica a partir do momento em que foi instaurada a demanda, sem a citação e consequentemente sem réu, seriam ineficazes todos os atos subsequentes.

Assim, é neste ato de comunicação processual, que visa informar os atos do processo à parte, podendo eventualmente, estar acompanhada de uma conduta positiva ou de abstenção, que se centra toda a controvérsia proposta.

Podemos destacar DIDIER JR., F. (2011, p. 483), com o entendimento de que:

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 6 ed. Rev. Ampl. e Atual de acordo com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

A citação não é pressuposto de existência do processo.

Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem⁵⁴.

Em consonância a esta interpretação, no processo em que não houve citação e foi decretada a sentença, o ato será defeituoso e mesmo após o prazo da ação rescisória, será possível decretar a nulidade. Todavia, o fato de ser possível realizar tal determinação a qualquer momento, não se confunde com a inexistência jurídica.

Destarte, se a citação é materializada no próprio bojo do processo, não poderá ser considerada como pressuposto de existência, uma vez que está situada ulteriormente na linha do tempo da existência. De acordo com DINAMARCO, C.R. (2001, P. 504): “A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste”⁵⁵.

Ainda em entendimento conforme, o mesmo autor sustenta a existência do processo ao referir-se à citação no seguinte trecho:

Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela e portanto sem réu na relação processual, seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e seus efeitos finais, quando desfavoráveis ao demandado⁵⁶.

Esta ressalva final faz-se necessária porque atos favoráveis ao demandado, mesmo anteriormente a citação, como é o caso do indeferimento de plano da petição inicial por ausência de requisitos obrigatórios ou até mesmo o julgamento liminar de improcedência do pedido “*inaudita altera parte*” constante no art. 285-A CPC, podem ser normalmente realizados. Assim, o mesmo autor continua:

A citação não tem, portanto o efeito de proporcionar a formação do processo. Uma coisa é o dado puramente empírico e fenomenológico de um processo que existe e outra, a valoração política e jurídica desse processo como instrumento apto ou não a produzir os resultados do exercício da

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 6ª Edição, Brasil: Editora Malheiros, 2009, p. 522.

jurisdição. Sobre a relação processual, o efeito da citação consiste em completar sua estrutura tríplice, de modo que a partir dela o processo conta com os três sujeitos indispensáveis para a preparação válida e emissão eficaz do provimento jurisdicional esperado. Essa é a razão por que, não sem alguma impropriedade, falou a doutrina em formação gradual do processo.

Considerada toda essa importância política e sistemática da citação, solenemente a lei a declara indispensável para a validade do processo (art. 214, caput). À falta dela o processo todo será viciado, inclusive o ato final consistente na sentença de mérito (processo de conhecimento) ou entrega do bem (execução). Mas, como a citação tem o objetivo de levar ao demandado o conhecimento da demanda proposta e do seu teor, a obtenção desse conhecimento por outro meio inequívoco supre sua falta e essa passa a ser dispensável (escopo realizado)⁵⁷.

Por fim, podemos concluir que este entendimento confronta-se diretamente com a argumentação já previamente delineada, da não plenitude da relação jurídica instaurada. Embora esta seja defeituosa, poderá ser formada angularmente entre autor e juiz, sendo que qualquer decisão proferida e transitada em julgado terá eficácia ao autor. Caso diverso ocorre com o réu.

Na hipótese da ação de investigação de paternidade, tal juízo ganha maior nitidez. Sendo o réu não citado, e provendo jurisdicionalmente a demanda a favor do autor, não haverá eficácia ao réu. No entanto, sendo declarado improcedente o litígio e transitado em julgado, para o autor, a sentença será definitiva e o réu não sofrerá a incidência da “res iudicata”.

Cabe neste momento, considerarmos novamente as palavras do ilustre professor FREDIE DIDIER JR. (2011, p. 240), ao tratar do tema referente ao processo existente, como já havíamos sublinhado no capítulo referente aos pressupostos processuais:

Primeiro, porque há processo sem réu, como ocorre em diversas hipóteses de jurisdição voluntária (pedido de alteração de nome, por exemplo). Segundo, porque o processo nasce com a demanda, e não com a presença do réu em juízo. Terceiro, porque acaso o autor demande sem indicar o réu, o

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 6ª Edição, Brasil: Editora Malheiros, 2009, p. 522 e 523.

magistrado o intimará para regularizar a petição inicial e, depois, se não o fizer, extinguirá o processo por defeito do instrumento da demanda⁵⁸.

Por isso entendemos que o fato do réu existir influencia a eficácia da relação jurídica com terceiros, mas não na sua existência. Ainda nas palavras de FREDIE DIDIER JR. (2011, p. 240):

Diante da inexistência de réu, deve o magistrado, sem análise do mérito, extinguir o processo, que já existe, por falta de requisito processual de validade, que é a formulação correta da demanda. A existência do réu é fundamental para a eficácia da sentença contra ele proferida: se o réu já estava morto e não foi providenciada a sucessão, a sentença será ineficaz para os sucessores. A existência do réu é também fundamental para a existência do ato processual citação, que o tem como elemento de existência: é pressuposto de existência do ato citação⁵⁹.

Exposto o nosso entendimento acerca da natureza jurídica da citação, caberá agora verificarmos os vícios e formas de impugnação possíveis referentes a ela.

b. DA SENTENÇA

A impugnação da sentença decorre da natureza jurídica do ato impugnado, no caso em questão, da identificação entre sentenças nulas e inexistentes. Ambos institutos jurídicos apresentam contornos específicos e sua identidade decorrerá da análise dos pressupostos de existência ou requisitos de validade da relação jurídica processual. É deste exame relativo aos vícios que o operador do direito deparará na escolha entre o pedido de declaração de inexistência da sentença ou de sua anulação.

Cabe ressaltar neste momento que a ação rescisória cujo rol de hipóteses para sua utilização se encontra no art. 485 CPC, não é o instrumento adequado a ser empregado em todos os casos. A declaração de inexistência ou nulidade nesta situação, não diz respeito ao mérito da lide, mas apenas aos requisitos processuais que por si só ensejam a mudança capaz de modificar os efeitos da sentença proferida maculada pelo vício insanável (como na falta ou nulidade da citação). O instrumento aplicável ao caso exposto, seja para declaração da nulidade, seja para declaração de inexistência, será a *querela nullitatis*.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 240.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 240.

Inicialmente, devemos considerar a sentença como o dever do Estado em reafirmar a vontade intrínseca da lei casuisticamente, de modo que a pacificação social seja alcançada através deste ato ao expressar uma ordem coercitivamente. Por isso, a sentença pode ser vista como uma materialização da aplicação da vontade da lei perante a situação fática resultante do conjunto probatório veiculado nos autos do processo.

Em termos legais, o Código de Processo Civil, em seu art. 162, §1º, conceituou a sentença de forma bem objetiva, como “o ato do juiz que implica em alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta lei”, ou seja, o ato que extingue o processo com ou sem resolução de mérito.

Diante destas considerações, como a prolação da sentença tem o condão de atenuar o conflito de interesses entre as partes é imprescindível que a decisão seja duradoura e imutável. Nesta linha de entendimento, a CF/88 consagrou a “coisa julgada” como direito e garantia fundamental exposta em seu art. 5º, XXXVI; vinculando-a ao princípio geral da segurança jurídica. De forma sistemática, ela costuma ser dividida pela doutrina em coisa julgada formal e material. Ambas dizem respeito a impossibilidade de alteração da sentença, todavia, enquanto naquela ocorre o trânsito em julgado pela preclusão recursal; nesta, a matéria foi discutida e decidida entre as partes (no mérito do pedido) exaurindo todos os seus trâmites no judiciário seja por preclusão ou desistência da parte (imutabilidade do ato processual).

Como toda sentença em nosso ordenamento jurídico está sujeita a recursos, não surtirá efeitos enquanto não transitada em julgado. A interpretação desta lógica seria de que o Estado ainda não atingiu o seu propósito em acalmar os ânimos das partes e dessa forma, o equilíbrio social deve primeiramente passar por um reexame do ato proferido. Posteriormente, petrificada a decisão, denominada agora de coisa julgada, será instaurada a estabilidade e segurança jurídica de modo a assegurar às partes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, a definitiva solução da lide. Assim corrobora MOACYR AMARAL SANTOS:

Enquanto sujeita a recurso a sentença, não se atingiu ainda a finalidade do processo, que é a composição da lide, pelo julgamento final da *res in iudicium deducta*. E, assim, o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado. O Estado não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá a vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo.

Entretanto, chegará um momento em que não mais são admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos, ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não será mais possível, portanto, qualquer reexame da sentença. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a *sentença transitada em julgado*, tornando-se firme, isto é, *imutável* dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu *imutabilidade*⁶⁰.

A análise das partes que compõem a relação processual é fundamental na constituição da coisa julgada, pois a sua produção de efeitos estará intrinsecamente relacionada aos envolvidos na demanda. Por isso, não havendo citação ou sendo ela nula, não haverá a formação da coisa julgada.

A relativização da coisa julgada, também merece ser discutida por ser utilizada em nosso sistema jurídico e exercer impacto direto sobre o tema proposto. Entende-se que na ponderação de princípios entre a segurança jurídica e o devido processo legal, este deve prevalecer perante a eventual nulidade absoluta do processo ou de atos posteriores, como é o caso da falta de citação, em que o réu não obteve conhecimento do processo.

Embora também haja entendimentos contrários a este, calcados no fundamento de que a sentença sofreria imutabilidade, constante em nossa CF como garantia fundamental uma vez que permaneceu vigente por todos procedimentos jurídicos, o atual entendimento do processo moderno nos leva a considerar que as sentenças consideradas nulas e evidentemente viciadas, devem estar sujeitas a tal relativização. Portanto, diante do confronto entre os princípios, deverá prevalecer aquele menos oneroso a ordem social como um todo.

i. SENTENÇA NULA

Em linhas gerais, a sentença pode ser estruturada com base em dois critérios: formal e lógico. A estrutura formal, nos termos do art. 458 do Código de Processo Civil, leva em consideração os requisitos essenciais da sentença: o relatório, contendo o nome das partes o pedido e a resposta do réu além do registro das principais ocorrências do processo; os fundamentos pelos quais o juiz analisará as questões de fato e de direito; e por fim o dispositivo, em que o juiz efetivamente analisará as questões que as partes se submeteram. Por outro lado, a estrutura lógica decorre do entendimento doutrinário de que a sentença deve

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III, p. 46 e 47.

se desenvolver através do silogismo, de modo que, a premissa maior é constituída pela norma elaborada pelo legislador e interpretada pelo operador do direito na aplicação do caso concreto; a premissa menor seriam os fatos constitutivos e violadores do direito do autor, os quais, fundamentam a causa de pedir da demanda; por fim, a conclusão será o local no qual ocorrerá o raciocínio lógico deflagrador da sentença.

Tanto a sentença nula aqui tratada, como a inexistente, necessariamente estarão eivadas de vícios, vícios estes que expressam a ideia de defeito e imperfeição apresentados nos atos jurídicos. Neste caso, haverá o comprometimento da eficácia do ato, de forma a culminar em sua invalidação ou até mesmo serem desconsiderados da órbita jurídica.

Assim como no direito romano, o direito lusitano também diferenciava a sentença rescindível, como válida até o momento de prolação da decisão que a desconstitui; e sentença nula ou inexistente, que não tinha o condão de produzir efeitos. Com o decorrer do tempo, o direito romano também passou a diferenciar a sentença nula da inexistente, de modo que 3 gêneros de sentenças passaram a ser conhecidas: a sentença rescindível, a nula e a inexistente. Nas palavras de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO

Cumpre considerar-se de forma particularmente especial o problema das nulidades processuais com relação às sentenças.

Estes fenômenos têm, enquanto assim descritos, natureza eminentemente processual. Com isso queremos significar que tem sentido e é útil a distinção entre nulidades e anulabilidades processuais, *dentro do processo*, ou seja, no universo fechado do curso da ação: no processo desenvolvendo-se no tempo.

Assim, uma vez findo este, coroado por uma decisão judicial, que se terá tornado imutável, esta distinção – enquanto feita em termos processuais – perde a razão de ser, pois, o único tipo de vício que, tendo ocorrido no curso do processo, pode ter contaminado a decisão transita em julgado, será a nulidade absoluta. As anulabilidades estarão mortas.

(...)

Daí em diante, passará a haver três espécies de sentenças: *sentenças rescindíveis, sentenças inexistentes e sentenças contra as quais nada mais se*

pode fazer, ainda que sejam, em verdade “viciadas”, ou seja, intrinsecamente, nulas.⁶¹

Superada estas primeiras considerações, podemos conceber as sentenças nulas como aquelas que, apesar de contagiadas por algum vício processual, foram proferidas pelo magistrado e não solucionadas. Desse modo, haverá a contaminação através da invalidade de todo o processo, culminando em uma sentença nula.

Os vícios processuais podem ser referentes aos elementos essenciais da sentença, que como explicado, interferem no seu relatório, fundamento ou dispositivo. Caso a sentença seja proferida com observância destes requisitos, terá plena eficácia e validade no ordenamento jurídico. Todavia, caso a nulidade atinja a sentença, devido a determinado vício processual, ainda assim, será possível a formação da coisa julgada, com o seu posterior trânsito em julgado.

Nestes casos haverá a faculdade de impugnação através de recursos ou vias autônomas, como é o caso da ação rescisória para alguns. Por serem sentenças que proporcionam insegurança jurídica, devem ser imediatamente retiradas do sistema, todavia as formas de como serão desentranhadas, gera polêmica.

Em um primeiro entendimento, o instrumento cabível neste caso seria o da ação rescisória disposta no art. 485 CPC em consonância a teoria da relativização da coisa julgada. Nos termos do art. 495 do mesmo diploma legal, “o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”, e a partir de então estará evidenciado, agora de forma absoluta, a coisa julgada, de modo a surtir segurança jurídica e a imutabilidade tão aguardada pelas partes e institucionalizada pela Constituição Federal de 1988.

Ainda neste sentido, exemplificamos com a posição de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO entendendo que não será somente a sentença nula a atingida pela ação rescisória, mas também a outra espécie denominada de “meramente rescindíveis”, como transcrito a seguir:

E ainda assim, as sentenças contaminadas por processos nulos não formarão
senão uma categoria de sentenças atacáveis por meio de ação rescisória...

⁶¹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 177.

Isto porque podem elencar-se três espécies de sentenças, sobre as quais pesa autoridade de coisa julgada, que seriam passíveis de desconstituição.

Em primeiro lugar, estas sentenças de que se falou, provindas de processos em que houve infrações de tal porte, a ponto de torna-los nulos. Seriam, então, estes vícios, extrínsecos à própria sentença. É o caso de sentença proferida por juízo incompetente (absolutamente).

Em segundo lugar, as sentenças nulas podem sê-lo por padecerem de vícios intrínsecos, isto é, internos e respeitantes a elas mesmas, como, por exemplo, exceder aos limites da lide, fixados *no petitum*.

Em terceiro lugar, estão as sentenças, que são “meramente rescindíveis”, ainda que não padeçam, propriamente, de vício algum – como é, por exemplo, o caso previsto no art. 485, VII, que reza poder ser rescindida a sentença transita em julgado, se o autor obtiver documento novo, que desconhecida ou de que não podia fazer uso, e que possa assegurar-lhe ganho de causa.

Essas três categorias, uma vez transitas em julgado, passarão a ser, tão e somente, rescindíveis. Isto porque nada mais seria do que mero exercício intelectual, ou técnica didática, agrupá-las sob títulos diversos, se o seu regime jurídico é exatamente o mesmo: **devem ser desconstituídas por ação própria, que, em nosso Direito positivo, recebe o nome de ação rescisória.** (grifo nosso)⁶²

Nada obstante, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça é de que as sentenças, tanto nulas como inexistentes, e neste caso frequentemente são vistas como sinônimas, devem ser impugnadas por meio da *querela nullitatis*. Desse modo, é possível a relativização da coisa julgada se a sentença transitada em julgado contiver vício insanável como é o caso da ausência ou defeito de citação com o processo correndo à revelia. A ementa parcial do julgamento do Resp. n 1.252.902/SP⁶³, sob a relatoria do ilustríssimo ministro Raul Araújo, nos permite concluir o exposto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. QUERELA NULLITATIS

⁶² PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 179.

⁶³ Resp 1252902/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 24/10/2011.

INSANABILIS. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO IMPROVIDO.

II - O cabimento da querela nullitatis insanabilis é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o decisum transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, tem ampliado o rol de cabimento da querela nullitatis insanabilis. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

Quanto a este julgado, devemos levar em consideração alguns aspectos históricos relevantes, presentes na sentença. Alguns estatutos, como de Perúgia e Carrara, conforme assinala GAJARDONI F.F. apud ROQUE KOMATSU⁶⁴, diferenciavam o conceito de *anulabilidade* e *nulidade “ipso iure”* da seguinte forma: a *anulabilidade* era adotada em grande parte dos vícios de sentenças, e assim, abria-se um prazo peremptório para que fosse possível pleitear a anulação através da “querela nullitatis” de forma primordial; nada obstante, nos casos de *nulidade “ipso iure”* em que pleiteia-se a inexistência do julgado devido a vícios mais graves, seria possível o ajuizamento da “*exceptio nullitatis*”.

Por isso, com o decorrer do tempo nestes estatutos, a impugnação da sentença nula, mas com vícios sanáveis, eram realizados através de uma ação chamada “querela nullitatis sanabilis” se ajuizadas em prazo certo. De outro modo, para a impugnação de nulidades insanáveis em razão da gravidade do vício, poderia ser alegado por prazo indeterminado seja pela própria querela, seja por meio de exceção. A estes casos, dava-se o nome de “querela nullitatis insanabilis”⁶⁵, como mencionado pelo ministro Raul Araújo anteriormente.

Por isso, podemos concluir que a aceitação da “relativização da coisa julgada” deve levar em consideração outros princípios e direitos fundamentais. Os julgados anteriores se

⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág. 6.

⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág. 6.

fundamentam no fato de que a ação de nulidade estaria sendo utilizada em favor do princípio constitucional do devido processo legal; princípio este visto como garantia de liberdade e direito fundamental do homem contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. VIII: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Dessa forma, a ausência ou defeito da citação impediria a aplicação de outras garantias derivadas do devido processo legal, como é o caso dos princípios do contraditório, ou seja, do direito de bilateralidade, das partes serem ouvidas no processo; e da ampla defesa segundo a qual a condenação do acusado deve previamente estar vinculada a sua manifestação. Logo, não apenas nas hipóteses de atos citatórios viciados, mas também em todos outros casos em que as sentenças serão nulas ou inexistentes, deverá incidir a ação anulatória:

PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DA CITAÇÃO (INEXISTENCIA) - QUERELA NULLITATIS.

I - A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos a execução, se for o caso⁶⁶.

Portanto, nulidade se refere a ineficácia, ou seja, o ato é inválido por se opor a dispositivo legal. De acordo com ROQUE KOMATSU⁶⁷, não haveria uma gradação entre os atos nulos, inexistentes e anuláveis, afinal o ato inexistente se opõe ao existente e este é quem poderá ser nulo ou válido. Faltando algum elemento no plano da validade, embora o ato exista não será válido.

De outro modo, como abordaremos a seguir, inexistência se refere à ausência de requisitos de fato que deveriam compor o ato, tanto pela sua natureza, como pelo seu objeto. Ainda segundo o mesmo autor, seria a observância mínima dos requisitos constitutivos no plano da existência para configuração de sua identidade, de modo que poderá assumir tanto o

⁶⁶ Resp 12586/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/1991, DJe 04/11/1991 p. 15684.

⁶⁷ KOMATSU, Roque. *A invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 1991.

aspecto vocabular de “não ato”, como o aspecto jurídico de algo que existe faticamente, mas não no plano jurídico.

ii. SENTENÇA INEXISTENTE

As sentenças inexistentes podem ser vistas como as proferidas em processos juridicamente inexistentes, que devido a um vício não serão passíveis de produzirem efeitos. Dessa forma, ela carece de condições da ação, de requisitos preliminares as quais a parte deve observar para que possa ter direito a tutela jurisdicional. Não havendo legitimidade, interesse de agir ou possibilidade jurídica do pedido, a sentença será inexistente.

Podemos analisar a sentença, como todo ato jurídico considerado segundo sua tríplice característica: existência jurídica, validade e eficácia. A sentença terá sua existência caso sejam preenchidos todos seus requisitos fundamentais e desde que seja possível no plano material, fático e concreto. No caso da sentença inexistente, haverá inexistência jurídica apenas e não fática como explica TERESA ARRUDA ALVIM PINTO:

Atos existentes *podem* produzir efeitos, desde que isto seja possível *material, fática e concretamente*. Uma sentença a *non judice*, proferida, v.g., por juiz aposentado, é inexistente. E se isso passar despercebido? A inexistência é *jurídica*, não *fática*. Pode ser até que uma “sentença” sem *decisum* muito se aproxime, do ponto de vista da aparência, a uma *sentença*, no sentido jurídico. Mas não o é. Pode ser até que a forma como está redigida dê azo à confusão sobre o que seja *decisum* e o que seja fundamento. Contudo, enquanto uma autoridade (no caso, uma autoridade investida de Jurisdição) não o disser, se a sentença tiver *aptidão material* para gerar efeito, *os gerará*.⁶⁸

Portanto, conclui-se que o fato da sentença ser ou não existente no campo do direito, segundo terminologia da própria autora, diz respeito a “presença da situação típica”⁶⁹, ao que o legislador tenha normatizado como elementos essenciais do tipo.

No tocante aos pressupostos processuais, a ausência de algum deles, a depender de sua espécie, poderá transformar a sentença em inexistente ou nula. Nos mesmos moldes que aqui foi classificado, no que tange aos pressupostos processuais de existência, tanto subjetivos

⁶⁸ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 241.

⁶⁹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 241.

como objetivos, a sua ausência tal como nas condições da ação, é que ensejarão a inexistência da sentença.

O fundamento principal nas sentenças inexistentes são a presença de nulidades absolutas, como é o caso da ausência da citação ou mesmo falta de alguma das formalidades da sentença.

É por isso que ao analisarmos os vícios intrínsecos, uma sentença que não possui um dispositivo, não deve ser visto como ato sentencial, culminando na sua inexistência. Os vícios de natureza absoluta são tão graves que as sentenças atingidas por eles não terão o condão de produzir efeitos. A formação da coisa julgada também restará prejudicada, visto sua ineficácia na sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Os vícios extrínsecos por sua vez, guardam relação direta com as condições da ação e pressupostos processuais. Seria o caso por exemplo, de uma sentença proferida diante de alguma ação de pedido juridicamente impossível ou mesmo pela ausência do órgão investido de jurisdição respectivamente.

c. QUERELA NULLITATIS

A *querela nullitatis* tem como fundamento de compreensão o sistema de nulidades processuais, uma vez que seu escopo relaciona-se com a correção de eventuais pronunciamentos judiciais viciados. Embora em sua origem, não seja considerada nem como ação, nem como recurso, mas como uma forma de levar ciência ao Estado, para que este retire do ordenamento sentenças viciadas; o entendimento atual nos leva a conclusão de que é em realidade uma ação impugnativa.⁷⁰

Em um sistemático raciocínio elaborado pelo prof. FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, podemos considerar os recursos (apelação, por exemplo); sucedâneos de recursos (correição parcial, por exemplo) e ações impugnativas (ação rescisória, por exemplo) da seguinte forma:

Recurso é “*remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou integração da decisão judicial*”⁷¹. Sucédâneos são mecanismos processuais que, da mesma forma

⁷⁰ Neste sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág.14.

⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, v. V, p. 207.

que os recursos, objetivam a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão, mas que por não estarem presentes todos os caracteres recursais, não podem assim serem conceituados (ora lhes falta a voluntariedade, ora previsão legal, etc...). Já as ações impugnativas, como o próprio nome diz, são remédios voluntários que, fora da relação jurídica processual primitiva, tem por escopo a reforma ou a invalidação dos atos judiciais.⁷²

Por isso, podemos classificar a “querela nullitatis” como espécie do gênero “ações impugnativas”. Nestas, diferentemente dos recursos e sucedâneos em que há continuidade do processo, uma nova relação jurídica processual é instaurada. Ademais, é uma ação por excelência, visto que tem, na nova relação jurídica, objeto diverso da decisão impugnada.

Ainda de acordo com o mesmo autor apud BABORSA MOREIRA:

Em interessante passagem, Barbosa Moreira aponta que “a ‘querela nullitatis’ é em geral apontada como o germe das ações autônomas de impugnação, conhecidas sob várias formas no direito moderno. Não foi homogênea, entretanto, a evolução dos diversos ordenamentos europeus nessa matéria. Enquanto em alguns a querela se viu em parte abolida em parte a absorvida pela apelação – de tal sorte que os fundamentos alegáveis para pedir a desconstituição da sentença passaram a fazer-se valer unicamente como razões de recurso, perdendo toda a relevância fora desse estreito âmbito – em outros substituíram certas possibilidades de ataque às decisões judiciais, ainda quando irrecorríveis. Seguiram aquela orientação o direito francês e o italiano; esta foi vitoriosa no direito alemão”.⁷³

Exposto em linhas gerais o instituto da “querela nullitatis”, caberá agora analisarmos o seu regime jurídico no direito pátrio. Embora haja diferenças doutrinárias entre as sentenças nulas e inexistentes, ao nosso entendimento, nas duas hipóteses será possível a utilização da ação. Nada obstante, ainda não é pacífico na doutrina o momento em que ela será empregada, abrangendo desde posições em que se admite sua utilização nas mais variadas situações, até as posições mais conservadoras, restringindo a sua hipótese de cabimento.

⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. pág. 15.

⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. Cit.*, pág. 16.

Poderíamos elencar, neste momento, diversos autores de modo a exemplificar esta posição. No entanto, preferimos expor o entendimento mais liberal em consonância ao mais restritivo.

Nos estudos realizados por GAJARDONI⁷⁴ apud TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, fica claro o entendimento elaborado pela professora ao relacionar a coisa julgada com a rescindibilidade da sentença. Como só seria possível a rescisão de uma sentença transitada em julgado, e sentenças inexistentes nunca adquirirão tal efeito, é possível concluir que nesta hipótese seria concebível a denominada por ela: “ação declaratória de inexistência”. Dessa forma, em sentenças que houve citação nula aliada à revelia ou mesmo naquelas em que não conste a assinatura do juiz (dentre outras), não transitariam em julgado por serem inexistentes e assim, poderão ser objeto da ação declaratória de inexistência.

Por outro lado, o entendimento de ROQUE KOMATSU sintetizado por GAJARDONI⁷⁵, nos leva a uma compreensão muito mais restritiva afinal, para o autor, não há necessidade da sentença inexistente ser rescindida pelo simples fato dela não se convalidar, tal como ocorre nos casos de nulidade e anulabilidade. Dessa forma, de modo exemplificativo, cita o caso da falta de procurado do advogado e inexistência da citação como hipóteses para o ajuizamento da “querela nullitatis”.

Em outro trabalho, ilustrado brilhantemente por FREDIE DIDIER JR., as hipóteses de cabimento são ainda mais restritas. Nas suas próprias palavras:

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória. É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I CPC). Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por *vícios transrescisórios*.⁷⁶

Em nosso entendimento, *data venia*, entendemos ser possível o ajuizamento da querela tanto nas sentenças inexistentes como nas nulas, principalmente no que tange aos vícios relativos à citação.

⁷⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., pág. 17.

⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., pág. 17.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III, p. 455.

Quanto às sentenças inexistentes, é certo que nestes casos, a decisão foi proferida sem os requisitos mínimos exigidos para composição da relação jurídica processual, denominados de “pressupostos processuais de existência”. Portanto, não havendo relação jurídica, jamais a sentença transitará em julgado de modo que seria impossível, opor sobre algo que não existe, a ação rescisória.

O vício contido na sentença elimina qualquer efeito no campo jurídico de modo que ela só será assim considerada como sentença, na aparência, no campo formal. Portanto, será possível através da “querela nullitatis” e em qualquer grau de jurisdição, declarar a sentença inexistente, mesmo que ainda surtisse efeitos. Com a ação impugnativa, deixará de produzi-los imediatamente.

Segundo a relativização da coisa julgada, há momentos em que a sentença possuirá vícios insanáveis, ao ponto de ser considerada inexistente na órbita jurídica. Se nem mesmo a sentença existe, a sua nulidade só poderá ser invocada por meio da “querela”.

No caso das sentenças nulas, parte da doutrina entende ser cabível tão somente a ação rescisória. Como nas ações impugnativas o direito se orienta a partir de dois vetores diversos: justiça x segurança jurídica; nos casos em que tal embate ocorre, nosso sistema tende em determinados momentos ora privilegiar a justiça, ora prescindir dela a fim de tutelar a segurança. Para as sentenças existentes, mas nulas, o vetor segurança jurídica exerce maior relevância de modo que, nas palavras de GAJARDONI:

Com efeito, não se concebe que sentenças frutos de processos em que a citação tenha sido viciada (pressuposto processual de validade), em que não estejam presentes condições da ação ou imotivadas dêem guarida à declaração de inexistência.

Tais sentenças existem. E não só formalmente, mas também materialmente. Se houve vício, estamos então no campo da nulidade. E sentenças existentes, mas nulas, são rescindíveis no prazo legal. Superado o prazo decadencial, como dito, o sistema prefere a segurança jurídica do que a justiça/legalidade da decisão, razão pela qual essas sentenças, mesmo nulas, tornam-se imodificáveis. E aqueles efeitos que já operavam antes da superação do prazo de rescindibilidade passam a ser definitivos.⁷⁷

⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., pág. 20.

Em consonância a este entendimento, o autor continua o raciocínio, mas desta vez em relação às condições da ação:

A ausência de uma das condições da ação, da mesma forma, não leva a inexistência da sentença e, conseqüentemente, à possibilidade de ajuizamento da “actio nullitatis”. Como já dito, o sistema prefere a segurança do que a justiça/legalidade em certos casos. Diante de uma sentença de mérito, quando o caso era de carência da ação, tem a parte possibilidade de interpor recursos. E mais, ainda no prazo de dois anos, pode ajuizar a competente ação rescisória, com fundamento no art. 485, V do CPC. Se inerte durante todo esse período, mesmo diante da gravidade do vício da sentença, o sistema prefere a pacificação das relações sociais. A sentença se torna, perpetuamente, imodificável.⁷⁸

Em que pese tal entendimento consideramos, além da ação rescisória nas sentenças nulas, ser também cabível a “querela nullitatis” ajuizada contra o prolator da decisão eivada de vícios. Fato diverso ocorre nas sentenças inexistentes em que, por conta dos seus vícios, não poderão transitar em julgado, e dessa forma não farão coisa julgada. Nesta situação, apenas a “querela” se faz necessária, pois o ato sentencial inexistente, transcendendo o plano da rescindibilidade.

No entendimento do Informativo 408 do Superior Tribunal de Justiça, notas divulgadas e colhidas nas sessões de julgamento e elaboradas pela Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros no período de 21 a 25 de setembro de 2009, podemos extrair a mesma conclusão, qual seja, o cabimento da “querela nullitatis” nas sentenças nulas:

SEXTA TURMA. AÇÃO ANULATÓRIA. COISA JULGADA.

A recorrida ajuizou ação anulatória (*actio querella nullitatis*) para impugnar a sentença já transitada em julgado, ao fundamento de que, com a antecipação do julgamento da lide, ficou sem defesa. Nesse contexto, uma análise dos julgados do STJ quanto ao tema revela que este Superior Tribunal não é totalmente infenso a relativizar a coisa julgada, mas o faz em situações extraordinárias (tal como no caso de colisão de direitos ou princípios fundamentais). Exsurge, também, daí que o STJ admite a utilização da ação anulatória para buscar a declaração da nulidade, porém nos restritos casos de citação defeituosa, também sujeitos à via da ação

⁷⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., pág. 21.

rescisória. Os romanos já distinguíam as sentenças injustas das nulas, quanto a só admitir a *querella nullitatis* na segunda hipótese, pois, quanto à primeira, havia o trânsito em julgado da sentença não tempestivamente impugnada viciada por erro de julgamento. No caso, tal como alegado, o juiz teria errado ao resolver a questão de fato (erro de fato), daí não se cuidar de sentença nula (recentemente nominada de “inexistente”), mas sim de sentença injusta, sujeita aos pertinentes recursos. É relevante o fato de a espécie não se ajustar ao modelo de relativização que se entende admitido no STJ, sem o qual se revela sem emprego a ação intentada. Observe-se ser mesmo caso a reclamar o uso da ação rescisória, que foi também ajuizada, daí a alegação de litispendência (art. 267, V, do CPC). Precedentes citados: REsp 194.029-SP, DJ 2/4/2007; REsp 706.987-SP, DJe 10/10/2008; REsp 226.436-PR, DJ 4/2/2002; REsp 427.117-MS, DJ 16/2/2004; REsp 107.248-GO, DJ 29/6/1998; REsp 765.566-RN, DJ 31/5/2007; REsp 622.405-SP, DJ 20/9/2007; REsp 445.664-AC, DJ 7/3/2005. **REsp 893.477-PR, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 22/9/2009.**

É certo que ambas as sentenças contém vícios que abalam as estruturas da segurança jurídica. O Estado Democrático de Direito, no qual estamos inseridos, pressupõe o mínimo de segurança na esfera jurídica com vistas a garantir os instrumentos adequados, necessários a defesa dos direitos e garantias dos particulares. As regras previamente estabelecidas pelo Estado que propiciam a definitiva resolução do conflito, devem estar calcadas nos preceitos normativos e princípios gerais do direito. Dessa forma, inconcebível seria a admissão de uma sentença viciada que contrariasse o devido processo legal e o direito fundamental do cidadão a ampla defesa e contraditório.

Embora a segurança jurídica seja um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, diante de situações extremas, é possível a sua relativização. A estabilidade e solidez por parte do Estado em agir de forma coerente e estável deve também levar em consideração a garantia a todos os cidadãos de um processo justo, um processo igualitário.

Note-se que não estamos aqui refletindo apenas acerca de um ideal de justiça, um valor de extrema relevância a ser perseguido permanentemente. Afinal, nossa sociedade é ativa, movimentada, e com o decorrer do tempo, não só se modificam os valores, mas também a noção de justiça. Em verdade, estamos refletindo acerca de outro fato, do direito a um processo equilibrado e imparcial com a correta aplicação do direito positivado.

O direito de se defender amplamente implica na observância de disposições prévias contempladas pelos nossos legisladores, que assegurem de modo integral esta garantia. Logo, as sentenças nulas e inexistentes, por colocarem em risco a nossa ordem jurídica e ferirem os corolários tutelados em qualquer Estado Democrático de Direito, admitem a relativização da coisa julgada.

d. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa interpretação sistemática do direito, o processo civil além de garantir os seus próprios princípios e postulados, deve também agir em consonância aos ditames constitucionais em sua prestação jurisdicional. A efetividade no trâmite dos processos e a justiça empregada pelo Estado-juiz devem ter como alicerces fundamentais os princípios básicos que regem todo o ordenamento jurídico.

Por isso, os atos processuais, e aqui falamos principalmente das sentenças, devem ter como sustentáculo de validade os valores preestabelecidos pelo poder constituinte originário. Caso estejam presentes determinados vícios em sua formação, conseqüentemente deverão ser inquinados segundo sua gravidade e gradação.

As sentenças consideradas nulas e inexistentes tem o condão de produzir grave lesão, tanto para aqueles envolvidos no processo, como para toda a sociedade, que percebe na prestação jurisdicional, a forma mais adequada e justa para pacificação dos seus conflitos.

O respeito incondicional a coisa julgada deve primeiramente se pautar na oponibilidade *erga omnes* dos efeitos de uma dada sentença, pois assim só ocorrerá, se antes ela estiver íntegra. A sua validade não pode ter sido maculada em face dos vícios tanto intrínsecos como extrínsecos. Tal fato é o que ocorre com a ausência ou nulidade de citação na demanda. A defeituosa informação dirigida ao demandado para que compareça em juízo, é fato gerador de violação ao direito constitucional de defesa. Nesta situação a relativização da coisa julgada é possível.

Se por um lado a coisa julgada permite a imposição da jurisdição sobre o cidadão, pois possibilita a afirmação do direito permanentemente; por outro lado a sua aplicação não se dá de forma absoluta tal como vários outros direitos e garantias fundamentais. A relativização da coisa julgada é possível na ação rescisória; na impugnação de sentença inconstitucional, ao questionar a inexigibilidade do título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF; e pela “querela nullitatis”.

Como já foi dito, esta hipótese apenas é permitida diante de situações de elevada gravidade que colocam em risco a própria existência do devido processo legal. É nesta ponderação de valores que se prescinde a coisa julgada através da ação de nulidade da sentença, mesmo que para tanto a segurança jurídica seja abalada.

Estamos em uma época de desenvolvimento do sistema processual em que os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa constituição servem de parâmetro norteador para toda concepção de atos e vícios processuais.

Dessa forma, foi fundamental a abordagem inicial dos pressupostos processuais amplamente considerados (*lato sensu*), pois só a partir deles é que foi possível o enquadramento da ausência ou nulidade da citação.

Podemos considerar agora que a análise da natureza jurídica da citação como requisito de validade ou pressuposto processual de existência deflagrou processos, respectivamente, com sentenças nulas ou inexistentes.

Embora os nossos esforços se direcionaram primeiramente a discutir qual delas deveria ser empregada, ao avaliarmos as formas de impugnação para cada uma delas, chegamos a conclusão de que tanto nas sentenças inexistentes como nas nulas o resultado seria equivalente, ou seja, a impugnação através da “querela nullitatis”.

Se de um lado, para as sentenças nulas devido a vícios ou ausência de citação, adotamos a linha de entendimento de que é cabível além da ação rescisória, também a ação anulatória, sendo admissível tal fungibilidade; por outro, no caso de sentenças inexistentes, apenas a anulatória seria cabível afinal, como já discutimos, o objeto da ação rescisória nestes casos resta prejudicado.

Como estamos inseridos em um Estado Democrático de Direito, o qual deve pressupor o mínimo de segurança na esfera jurídica, segurança esta, entendida aqui como garantia de instrumentos adequados na defesa dos direitos dos seus cidadãos, seria inconcebível a admissão de uma sentença que contrariasse o princípio do devido processo legal elencada em nossa CF.

Por fim, a pesquisa relativa ao sistema de nulidades do processo levou em consideração as diversas posições doutrinárias divergentes em nosso ordenamento jurídico. Ademais, os efeitos que poderão sofrer a sentença ao adotarmos para ela, determinada

natureza jurídica, não serão idênticos. Ainda é muito divergente o entendimento e muito se discute na doutrina qual seria a melhor posição a ser tomada afinal a pesquisa está diante de um confronto de valores constitucionais, garantidos a todos os cidadãos indistintamente.

Entendemos por bem que no embate entre a formação da coisa julgada e a sua relativização em nome dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, esta deverá prevalecer. O posterior efeito do regular trânsito em julgado do processo, nas hipóteses de vícios que delimitam o exercício pleno de direitos do cidadão, não deverá ocorrer.

É por estas razões que a ação anulatória, denominada também de “querela nullitatis”, pode impugnar desde processos formados na ausência de pressupostos processuais de existência até processos que não observaram os devidos requisitos de validade. Diante do regramento processual que confronta, de um lado, a imutabilidade do trânsito em julgado da sentença, e de outro a sua relativização, o projeto aqui proposto demonstrou a forma e os modos possíveis para a sua impugnação.

Assim, com fundamento na doutrina e jurisprudência dos tribunais, optamos pelo cabimento da “querela nullitatis” como meio impugnativo e autônomo responsável pela extração das sentenças nulas ou inexistentes em nosso ordenamento jurídico. Estas decisões viciadas, ao contrário do que muitos doutrinadores alegam, ferem amplamente o corolário da segurança jurídica. A permanência de tais sentenças são verdadeiros atentados contra um Estado que tem como principal fundamento a ordem democrática de direito.

Podemos concluir que a inalterabilidade prevista tanto na Constituição Federal de 1988 como em nosso moderno processo civil, não merece prosperar face aos direitos e garantias fundamentais aqui expostos. Conservar em nosso sistema legal uma sentença nula ou mesmo inexistente, não tem respaldo e nem se coaduna com um Estado que tem como ideal a constante busca pela efetividade da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Edersa, 1997

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, v. V.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria das excepciones procesales y presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEa, 1964.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1956.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 3 vs. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros 2004.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. II.

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. I.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*, tomo II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. IV.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Processo Civil*. 10 ed. Rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. Disponível em <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 08/08/2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

KHALED JR, Salah H. Oskar Von Bülow e a Difusão das Ideias de Relação Jurídica e Pressupostos Processuais. *Panóptica*, Rio Grande do Sul, ano 4, n. 20, nov. 2010/março 2011.

KOMATSU, Roque. *A invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 1991

LACERDA, Galeno de. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. Milão: Giuffrè.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Ernane Fidélis. Nulidade dos atos processuais. *Revista brasileira de direito processual*, Belo Horizonte, Fórum, n. 59, p. 97-109, jul./set. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, tomo I.

SOUZA, Gelson Amaro de. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. *Artigos acadêmicos de direito*. Disponível em <
http://www.gelsonamaro.com/artigo13.html#_ftn1>. Acesso em: 23 jul. 2013

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 38ª ed., 2002, V. I.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, v.1

WAMBIER, Luiz Rodriguez; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.