

Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG

Especialização em Direito Processual Civil

ANGELA PEREIRA DE CASTRO

**CARÊNCIA DE AÇÃO COMO CAUSA DE INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA DE
MÉRITO: UMA ANÁLISE À LUZ DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**



São Paulo - SP

2008

ANGELA PEREIRA DE CASTRO

**CARÊNCIA DE AÇÃO COMO CAUSA DE INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA DE
MÉRITO: UMA ANÁLISE À LUZ DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização Telepresencial e Virtual em
Direito Processual Civil, na modalidade
Formação para o Mercado de Trabalho,
como requisito parcial à obtenção do grau
de especialista em Direito Processual Civil.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL**

**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE
LFG**

Orientador: Prof. Roberto Mattos Abrahão

São Paulo

2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 10 de agosto de 2008.

Angela Pereira de Castro

ANGELA PEREIRA DE CASTRO

**CARÊNCIA DE AÇÃO E INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA: UM ESTUDO À LUZ DA
RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 10 de agosto de 2008.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cezario Pereira de Castro e Felicidade Pereira de Castro, e irmãos, Arthur e Renato, pelo carinho, apoio e incentivo a todos os meus projetos ao longo da minha vida.

Ao Paulo Eduardo de Campos Lilla, por seu carinho, companheirismo e apoio incondicional que sempre me dedica e, sobretudo, dedicou durante o desenvolvimento desta monografia.

Por fim, agradeço aos meus professores do curso de especialização, com os quais muito aprendi e, principalmente, à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier a qual, devido às aulas brilhantes e entusiasmadas que ministrou, me inspirou na escolha do tema.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo verificar a natureza jurídica das condições da ação e, por conseguinte, investigar se a carência de ação pode dar causa a processo e sentença inexistentes e qual seria o seu efeito nos processos findos. Pretende-se, também, relacionar o fenômeno da inexistência no processo civil com a temática da relativização da coisa julgada. No exame dessas questões, partiu-se do estudo das condições da ação e das teorias a respeito de sua natureza jurídica. Após, analisado o conceito de sentença, enveredou-se pelo o tema das nulidades e da inexistência com o intuito de encontrar a distinção entre esses institutos no processo civil brasileiro. Finalmente, tratou-se especificamente da carência de ação como causa de inexistência da sentença de mérito, *vis-à-vis* a questão da relativização da coisa julgada.

Palavras-Chave: carência de ação / condições da ação / sentença inexistente / relativização da coisa julgada.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. As Condições da Ação	10
2.1. Considerações Preliminares	10
2.2. Possibilidade Jurídica do Pedido	14
2.3. Interesse de agir	16
3. Sentenças Inexistentes e Nulas	19
3.1. Conceito de sentença	19
3.2. Atos processuais nulos e inexistentes	20
3.2.1. <i>Conceito de nulidade</i>	20
3.2.2. <i>Os defeitos dos atos jurídicos processuais.</i>	22
3.3. Efeitos das nulidades e da inexistência nos processos findos	26
4. Carência de ação como causa de inexistência da sentença	32
5. Sentença Inexistente e Relativização da Coisa Julgada no Contexto da Carência de Ação	36
6. Conclusão	41
Referências Bibliográficas	43

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende investigar a possibilidade de a ausência de condições da ação vir a ser causa de inexistência de sentença de mérito, não produzindo, portanto, coisa julgada, conforme entendem alguns processualistas, tais como Tereza Arruda Alvim WAMBIER.

Contudo, a doutrina pátria, em geral, não aborda as condições da ação sob esse enfoque, limitando-se a tratá-las como um requisito necessário para o provimento jurisdicional, sendo que a sua ausência, se verificada no curso do processo, dá causa à extinção do processo sem julgamento de mérito (artigo 267, VI, CPC).

Ocorre que, pode haver casos em que a ausência de condições da ação não foi percebida, julgou-se o mérito da causa e a decisão final transitou em julgado. Nesse caso, caberia ação rescisória? Passado o prazo da rescisória, essa decisão ainda poderia ser declarada nula ou inexistente? Essas questões serão enfrentadas à luz do princípio da segurança jurídica, do instituto da coisa julgada e da noção de justiça. Contudo, a principal questão que se coloca é: a ausência de condições da ação resulta em sentença inexistente?

A importância do tema reside no fato de que é necessário aprofundar o debate em torno da sentença inexistente, uma vez que essa dita “não-sentença”, segundo os defensores da tese, não se submete aos efeitos da coisa julgada.

Por outro lado, é mister a verificação da possibilidade de a carência de ação vir a ser causa geradora de sentença inexistente. Embora seja mais comum a aceitação na doutrina de que a ausência de pressupostos processuais de existência (tais como a ausência de citação, ou citação nula em processo que correu à revelia do réu), dá causa a uma sentença inexistente ou nula *ipsu iure*, meramente formal, sem o condão de produzir os efeitos de uma sentença válida, o mesmo não se pode dizer da ausência de condições da ação, tema nunca tratado com profundidade na doutrina sob esse enfoque.

Pode-se afirmar que não está claro na doutrina se a ausência de condições da ação dá causa à nulidade da sentença ou se, por outro lado, tratar-se-ia de

hipótese de inexistência da sentença. O assunto é muitas vezes tratado, de forma tímida, pela jurisprudência em sede de ação rescisória.

Nesse contexto, a teoria da inexistência dos atos jurídicos, aplicada aos casos dos processos findos, está intimamente ligada ao tema da relativização da coisa julgada, que tem sido cada vez mais debatido pelos processualistas pátrios, que o abordam à luz da noção de justiça e igualdade. Em contrapartida, deve-se ressaltar que a idéia da relativização da coisa julgada é, geralmente, contraposta ao princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O item 2 deste estudo traz uma análise da conceito e natureza jurídica das condições da ação no processo civil brasileiro, bem assim uma breve explanação a respeito de cada uma delas – possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*.

No item 3, serão examinados o tema das nulidades e a teoria da inexistência dos atos jurídicos e a sua aplicação nos processos findos.

No item 4, voltar-se-á, especificamente, à problemática das condições da ação como causa de sentença inexistente e os meios de sua impugnação nos processos findos.

Finalmente, no item 5, enfrentar-se-á a possibilidade de aplicação da teoria dos atos inexistentes no processo civil brasileiro frente ao fenômeno da coisa julgada material, tangenciando-se a temática da relativização da coisa julgada.

2. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

2.1. Considerações Preliminares

O direito de ação é uma das garantias constitucionais do Estado de Direito, com previsão no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Pode ser conceituado, do ponto de vista constitucional, como o direito de invocar a jurisdição. Nesse sentido, é entendido como “direito incondicional, genérico e abstrato que todos têm de acesso aos órgãos jurisdicionais”.¹

Tendo em vista que a jurisdição é inerte, o direito de ação se manifesta com a vontade da parte, que dá origem à instauração do processo e tem por objeto o provimento jurisdicional.

Distingue-se o direito constitucional de ação do direito processual de ação, sendo que, o primeiro, “extremamente genérico e abstrato”, consiste na exigência de prestação do Estado, conforme acima mencionado. Já o direito processual de ação é “o único com relevância para o processo”, uma vez que o seu exercício submete-se às normas processuais. Verifica-se, portanto, que o direito constitucional de ação é o fundamento do direito processual de ação.²

O direito de ação, tal como um direito processual, no ordenamento jurídico brasileiro, está sujeito a determinadas condições para ser admitido pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, para que o direito de ação atinja seu escopo – de pacificação social com a obtenção da tutela jurisdicional – devem estar presentes os requisitos de exercício que a lei impõe. Assim, somente se preenchidos esses requisitos é que será possível chegar a uma sentença de mérito. É por esse motivo que a doutrina insere as condições da ação no rol dos “pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito”³, ao lado dos pressupostos processuais.

¹ LUCON, Paulo Henrique. *Teoria Geral do Processo e Novas Tendências do Direito Processual (trechos)*. Material da 3ª aula da Disciplina Processo do Conhecimento, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, p. 2

² CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.274.

³ “Essa expressão deve ser atribuída a Alfredo Buzaid” (LUCON, Paulo Henrique. *Op. cit.*, p. 2).

O legislador, calcado nas idéias de Enrico Tullio LIEBMAN, adotou a teoria eclética da ação na elaboração do Código de Processo Civil de 1973.⁴ Segundo essa teoria, o direito de ação é um direito abstrato, diretamente relacionado ao direito material. É por isso que se diz que é instrumental, na medida em que se traduz num veículo para a atuação concreta da lei, que pode ser favorável ou não, às pretensões do autor. Nesse contexto, as condições da ação podem ser consideradas como “verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”.⁵⁻⁶

A ausência de uma das condições da ação dá causa à extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme disposto no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, uma vez que o juiz, ao verificar que não estão presentes as condições da ação, ou alguma delas, não chega a analisar o mérito, extinguindo o processo.

A decisão que extingue o processo sob o fundamento de carência de ação faz apenas coisa julgada formal, pois não há exame do mérito e, sendo assim, a ação poderá ser proposta novamente, desde que não contenha o defeito que motivara a sua extinção.⁷

⁴ Note-se que o anteprojeto do Código de Processo Civil vigente no Brasil é de autoria de Alfredo Buzaid, o qual era seguidor do pensamento de Enrico Tullio Liebman.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 271

⁶ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque assinala que: “Embora as condições da ação e o mérito estejam próximos, não se confundem. Aquelas constituem o elo necessário e possível entre essas categorias fundamentais do processo: ação e mérito. Mas essa ponte não pode ser muito estreita, pois acabaria levando a verdadeira identificação entre ambos”. Para esse autor, o juiz, ao verificar o cumprimento das condições da ação, “deve limitar-se a uma análise hipotética do afirmado na inicial. A dilação probatória vai implicar, pois, a análise da relação material deduzida na inicial, que será considerada existente ou não. Isso é mérito” (Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista Justitia*, n° 156, pp. 48-67. Material da 3ª aula da Disciplina Processo do Conhecimento, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, p 16).

⁷ Apesar de o Código de Processo Civil dispor expressamente que a ausência de condições da ação é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, há divergência na doutrina a respeito da natureza da sentença que acolhe preliminar de carência de ação. Tereza Arruda Alvim WAMBIER, José Miguel Garcia Medina e Ovídio BAPTISTA da Silva são exemplos de processualistas pátrios que sustentam tratar-se de “sentença de improcedência de mérito”. Para Tereza Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA “se a sentença pronuncia a ausência de uma condição da ação, haverá fenômeno assimilável à coisa julgada, porquanto somente se poderá propor nova ação se corrigido o vício – e não mais se poderá falar, no caso, que se está diante da *mesma ação*” (*O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 32). No mesmo sentido, Ovídio BAPTISTA afirma que: “A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma condição da ação não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, da mesma ação, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a

Destaque-se que a carência de ação pode ser alegada ou conhecida de ofício a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC), visto que as condições da ação são consideradas requisitos de ordem pública.

Ada PELLEGRINI, Antônio Carlos ARAÚJO Cintra e Cândido DINAMARCO apontam que “a exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio de economia processual”, uma vez que a tutela jurisdicional, se concedida, num processo em que há carência de ação, resulta em atividade estatal inútil.⁸

Segundo Lucon, há três teorias que procuram explicar as condições da ação. A primeira, calcada no pensamento de Liebman, defende que “as condições da ação podem ser aferidas a qualquer tempo no processo e impedem efetivamente o exame do mérito da causa, viabilizando a repropositura da demanda.”⁹ Essa teoria, conforme permite concluir a leitura do artigo 267, § 3º, do CPC, foi a adotada pelo Código Processo Civil brasileiro.

Já a segunda é denominada pelos seus defensores de teoria da afirmação, “segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis*”. Para essa corrente teórica,

“as condições da ação somente podem ser aferidas a partir das afirmações (asserções) feitas pelo demandante. Se, a partir dos elementos constantes da petição inicial, o juiz constatar a ausência de uma das condições da ação, deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito. Depois de implementado o contraditório e a partir das razões apresentadas pelo demandado, se presentes os demais pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito, o juiz poderá apenas extinguir o processo com julgamento do mérito”.^{10, 11}

primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo”. Mais à frente conclui: “Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse” (*Curso de processo civil*. Vol. 1. 3ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 1996, p. 88.)

⁸ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 276

⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, pp.2-3

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ José Roberto dos Santos Bedaque se filia a essa corrente, assinalando que “As condições da ação devem, em princípio, ser analisadas à luz da petição inicial. Se a cognição do juiz se aprofundar, visando à verificação da efetiva existência dos fatos narrados, teremos o exame do mérito”. (*Op. cit.*, p. 16).

Contudo, a crítica que se faz a essa teoria é que ela não explica adequadamente as situações de carência de ação superveniente.¹²

Finalmente, a terceira corrente relaciona as condições da ação ao mérito, no sentido de que representam um elo de ligação entre a ação e o mérito da causa, conforme já mencionado. Nesse particular, “as condições da ação aproximam-se do mérito, mas não o integram”.¹³

Verifica-se que há uma linha muito tênue que separa as condições da ação do mérito. O ideal, principalmente por uma questão de economia processual, é o exame das condições da ação seja feito no momento do recebimento da petição inicial. Entretanto, é certo que isso muitas vezes não ocorre e é possível que a ausência desse requisito seja percebida somente após a instrução processual. Inclusive, essa é uma situação plenamente possível, além de ser admitida pelo nosso estatuto processual (artigo 267, § 3º). Porém, no momento em que o órgão julgante examina as condições da ação, deverá ter a cautela de diferenciá-las do mérito, uma vez que podem dar causa a efeitos totalmente distintos – extinção do processo sem julgamento de mérito, no caso de verificar ausente uma das condições da ação, ou extinção do processo com julgamento do mérito.

Extremamente cuidadoso com o tema, Rodrigo da Cunha Lima FREIRE, refutando posições em contrário, afirma que “ao juiz compete fazer cognição sobre as afirmações do autor – e não simplesmente aceitá-las provisoriamente –, podendo, inclusive, se valer do conjunto probatório para aferir a presença das condições da ação”.¹⁴ Na seqüência de seu raciocínio, cita Kazuo WATANABE, para quem

“o exame dos elementos probatórios que poderá, eventualmente, ocorrer nessa fase preambular dirá respeito, basicamente, a documentos cuja apresentação seja exigência da lei (v.g., título executivo para a ação de execução, documento de aquisição do imóvel, devidamente registrado, para a propositura da ação reivindicatória, contrato escrito cuja anulação total ou parcial é postulada; prova da constituição, há mais de um ano, de associação civil, e de sua finalidade institucional para a propositura da ação civil pública (art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, e art. 5º, I e II, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985), e assim mesmo apenas para o exame das condições da ação, vale dizer, para a

¹² Rodrigo da Cunha Lima Freire faz importante advertência a esse posicionamento, no sentido de que “não é o momento procedimental idôneo a determinar se a questão decidida diz respeito à condição ou ao mérito da causa, pois, apesar de caber ao juiz verificar as condições da ação antes mesmo da citação do réu, é possível que se decida sobre as mesmas em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º)” (Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 66).

¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 3

¹⁴ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Op. cit.*, p. 67

verificação da conformidade entre o documento e a afirmativa, e não para o estabelecimento do juízo de certeza quanto ao direito alegado, quanto ao mérito da causa”.¹⁵

Das três teorias apontadas, conclui-se que a única que não se coaduna com o Direito processual pátrio é a segunda – se compreendida apenas no sentido de momento processual adequado para a verificação da presença das condições da ação –, pelas razões já expostas. A nosso ver, a primeira e a terceira, ao contrário de se repelirem, se complementam.

Ressalve-se que a teoria da apresentação, vista sob o ângulo de verificação das condições da ação em abstrato, ou seja, levando em consideração tão-somente as alegações feitas na petição inicial, em conjunto com eventuais documentos que a lei exige, sem análise plena da prova, também deve ser aceita, pois ela dá o tom da diferença entre condições da ação e mérito. Nesse sentido específico ela é extremamente útil para o entendimento da matéria.

As condições da ação, em nosso ordenamento jurídico, são: o interesse de agir, a legitimação para a causa e a possibilidade jurídica do pedido (arts. 295 e 267, VI, do CPC), conforme veremos a seguir.

2.2. Possibilidade Jurídica do Pedido

Conforme mencionado anteriormente, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 sofreu grande influência da doutrina de LIEBMAN na sua elaboração, que na época considerava possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Ocorre que, como bem lembra LUCON, a partir da terceira edição de seu Manual de direito processual civil – que ocorreu posteriormente à publicação desse estatuto processual –, LIEBMAN afasta a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação a partir do momento em que o ordenamento jurídico italiano passa a aceitar o divórcio.¹⁶

De qualquer modo, nosso ordenamento jurídico dispõe expressamente sobre a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação e, portanto, assim deve ser considerada, para o fim de um estudo sistemático, a que ora se propõe.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p.79. *Apud*. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁶LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 3

Conforme leciona Arruda ALVIM, para que alguém possa intentar uma ação, a providência pleiteada deve estar, em tese, prevista ou não defesa no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor entende que “se o autor objetiva, pela ação, uma providência jurisdicional, para a qual não existe previsão no ordenamento jurídico positivo é necessariamente inepta a petição”.¹⁷

Já, Tereza Arruda Alvim WAMBIER destaca o caráter abstrato da verificação da presença dessa condição da ação, quando menciona que “a noção de ‘possibilidade jurídica do pedido’ liga-se à possibilidade de que se admita juridicamente, *in abstracto*, o que se está pleiteando, concretamente”.¹⁸

Parte da doutrina relaciona a idéia de impossibilidade jurídica com a idéia de improcedência ou, como alguns autores preferem denominar, “macroimprocedência” do pedido¹⁹. Eduardo TALAMINI, Luiz Rodrigues WAMBIER e Flávio Renato Correia de ALMEIDA criticam essa idéia, pois vista sob esse prisma “a impossibilidade jurídica do pedido seria um julgamento de mérito de plano, sem necessidade de análise de provas”.²⁰ Esses autores preferem a idéia de que, como condição da ação, a impossibilidade jurídica do pedido fique restrita aos

“casos em que o *instrumento processual* adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento (ex.: pedir a prisão civil do suposto devedor de uma obrigação pecuniária não-alimentícia; pretender *promover execução por quantia certa comum*, como penhora, contra a fazenda pública; pedir a condenação do réu ao pagamento de uma dívida de jogo) (...) *ainda que, para a aferição da sua presença, seja indispensável o exame da relação material subjacente*”.²¹

Pontes de MIRANDA esclarece bem o sentido desse requisito processual, quando leciona no seguinte sentido:

¹⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: RT, p. 352/353.

¹⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 55.

¹⁹ Nesse sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem “a demanda apresenta-se juridicamente possível sempre que inexista, no ordenamento jurídico, vedação ao provimento jurisdicional decorrente de um dos elementos da ação (partes, pedido ou causa de pedir)”, sendo que, segundo seu entendimento, “a impossibilidade jurídica configura, sem dúvida, uma improcedência evidente da demanda. Esse resultado, todavia, é conseqüência de uma cognição feita, em tese, no condicional, sem verificar se os fatos efetivamente ocorreram. Por isso, a decisão não toca o mérito propriamente dito. Trata-se de mecanismo imaginado pela doutrina e adotado pelo legislador, para permitir a extinção liminar de uma demanda inviável. Em face da cognição sumária e superficial aí verificada e por política legislativa, opta-se por não dotar os efeitos dessa sentença de imutabilidade” (Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista Justitia*, nº 156, pp. 48-67. Material da 3ª aula da Disciplina Processo do Conhecimento, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, P 10/11).

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 4ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2001, p. 143.

²¹ *Ibidem*.

“Quando se diz ‘ser possível’ não se diz que ‘é’: o juiz, na espécie dos art. 267, VI, tem de ver se há ou se não há possibilidade jurídica, e não se o autor tem ou não razão. O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que poderia acatá-lo”.²²

Quando se trata de impossibilidade jurídica do pedido, é muito comum citar exemplos como: cobrança de dívida de jogo, que é expressamente proibida pelo Código Civil, e pedido de divórcio, nos casos em que a lei não o autorizava. Arruda Alvim cita como exemplos, o uso de ação declaratória para declarar nulidade de sentença ao invés do uso da ação rescisória e ação declaratória para declarar meros (puros) fatos.²³ A nosso ver, os exemplos citados por Arruda Alvim são exemplos de falta de interesse de agir, como veremos mais a frente.

É importante destacar que quando se trata de ação envolvendo interesse da Administração Pública, para a qual só é permitido o que for expressamente autorizado em lei, o entendimento da matéria deve ser diferenciado, levando-se em consideração que essa se submete a princípios jurídicos próprios do Direito Público.

2.3. Interesse de agir

Para a maioria da doutrina, o interesse de agir se subsume no binômio: necessidade e utilidade.²⁴ Utilidade, no sentido de que o provimento jurisdicional pleiteado deve ser apto a dar solução à reclamação posta em juízo, de modo a se obter um resultado útil; e necessidade, entendida como necessidade de tutela jurisdicional, de intervenção do Estado para satisfação do direito. A presença desse binômio é que justifica a intervenção estatal.

Ressalte-se que se trata de um interesse eminentemente processual que ocorre “quando a satisfação do interesse substancial ou jurídico (*de direito material*),

²² PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 487/488.

²³ No caso específico das ações declaratórias, Pontes de MIRANDA afirma o seguinte: “Não há, no direito brasileiro, limitação legal à ação declaratória (art. 4º e parágrafo único). Dizer o juiz que o portador da nota promissória ou de outro título não pode propor a ação declaratória tem ser repelido”. *Op. cit.*, p. 489.

²⁴ Note-se que Antônio Carlos Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO entendem que a legitimidade para a causa se assenta no binômio: “adequação e necessidade” (*Op. cit.*, p. 277). Porém, é bom que se esclareça que o sentido de utilidade, defendido por grande parte dos autores que escrevem sobre o tema, inclui a noção de adequação, pois muitas das vezes, a ação inadequada é conseqüência de pedido inútil, que não tem o condão de alcançar os fins almejados no processo.

tutelado pelo Direito, não puder ser alcançado sem o recurso à autoridade judiciária”.²⁵ Portanto, basta que “haja mera possibilidade de presença do direito material” para que o interesse processual exista”.²⁶

Podemos citar como exemplo de ausência de interesse de agir o pedido de anulação do casamento, sob o fundamento de adultério do cônjuge, quando o adequado seria requerer o divórcio, ou a impetração do mandado de segurança para cobrança de créditos pecuniários.²⁷

2.4. Legitimidade para a causa

Diz-se que o fundamento legal da legitimidade para a causa está no artigo 6º do Código de Processo Civil, que prevê expressamente que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.²⁸

Na verdade, esse dispositivo trata da legitimidade ativa, uma vez que quem pleiteia é o autor. Contudo, sabe-se que a noção de legitimidade para a causa inclui também o pólo passivo da ação.²⁹

Ressalte-se que, na verificação da presença desse requisito, deve-se observar se está presente um “liame” entre o autor da ação, o objeto da ação e o réu. A presença desse elo é que caracteriza a legitimidade das partes. Assim,

“como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito”.³⁰

²⁵ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, p. 355/356

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 277/278

²⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em nota a respeito desse artigo, distinguem a legitimação ordinária da legitimação extraordinária. Sendo que a primeira ocorre “quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo” e a segunda “quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo”, como na representação ou substituição processual (*Código de Processo Civil Comentado*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 178).

²⁹ Nesse sentido, escreveu Pontes de MIRANDA: “A legitimação a agir é tanto de quem pode propor a “ação” como de quem pode contradizer”. *Op. cit.*, p. 488.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 142

Nesse sentido, a legitimidade *ad causam* pode, então, ser conceituada como “a relação de pertinência subjetiva ou objetiva (decorrente de lei) com a causa de pedir apresentada pelo demandante”.³¹

Para um melhor entendimento do tema se faz necessário diferenciar a legitimidade para a causa de outros institutos processuais que podem ser com ela confundidos.

Nesse contexto, a legitimidade de parte se distingue da capacidade para estar em juízo (capacidade de ser parte), que pode ser definida como “a aptidão para ser autor, réu ou interveniente em ação judicial”³² (artigo 7º, do CPC). Sendo que essa decorre da capacidade de direito, que tem “todo aquele que tiver aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações”³³ (artigos 1º e 2º do CC). Distingue-se, também, da capacidade processual, que é pressuposto processual de validade e significa a aptidão para praticar atos processuais – os absolutamente e os relativamente incapazes, que embora possam ser parte no processo, não podem praticar atos processuais, pois não possuem capacidade processual.³⁴

É necessário que se pondere, conforme lição de Rodrigo FREIRE, que:

“não estão legitimados apenas os titulares da relação jurídica substancial, como se possa pensar numa análise superficial, mas os titulares da relação substancial afirmada em juízo, que é meramente hipotética, pois é possível que, ao se examinar o mérito, seja declarada a sua inexistência, julgando-se improcedente o pedido do autor”.

A fim de tornar claro esse pensamento, tal autor dá o seguinte exemplo: se *A*, afirmando ser proprietário, propõe ação reivindicatória em face de *B*,

“em nome de quem o bem encontra-se registrado, quando se conclui que esse bem pertence efetivamente a *C*. Ocorre aqui evidente improcedência do pedido, e não ilegitimidade para a causa. De outra forma, se *A* descrever que celebrou contrato de locação com *B* e promover uma ação de consignação em pagamento em face de *C*, administradora de condomínios, com a qual *A* não possui relação jurídica, real ou simplesmente afirmada, haverá ilegitimidade para a causa no pólo passivo”.³⁵

³¹ LUCON, Paulo Henrique. *Op. cit.*, p. 4

³² NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p.188.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY observam que o significado de *legimatio ad causam* no plano material se diferencia do seu significado no plano processual. Para esses autores “Tem *legimatio ad causam*, conceito de direito material, aquele que for o titular do direito material discutido em juízo. No plano processual, tem *legimatio ad causam* aquele que afirma e em face de quem se afirma a titularidade do direito material discutido em juízo”. *Op cit.*, p.189

³⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Op. cit.* p. 137/138

3. SENTENÇAS INEXISTENTES E NULAS

3.1. Conceito de sentença

A razão de existir do processo judicial é a necessidade de obtenção de um pronunciamento judicial a respeito de determinada controvérsia, a qual não possui outro meio de ser solucionada, a não ser com a atuação do Poder Judiciário.

O sujeito que tem um direito lesado ou ameaçado recorre ao Poder Judiciário a fim de obter uma solução ao mal que lhe foi causado e que não pode ser resolvido de outra maneira.

Saliente-se que ao lado do direito das partes de obter solução à controvérsia que se abate sobre um direito, está o escopo de pacificação social. A convivência em sociedade exige que o Estado providencie mecanismos para a manutenção da paz, sendo que o processo é um desses mecanismos.

O que se espera com o processo judicial de conhecimento é uma sentença de mérito, que nada mais é do que o pronunciamento do juiz a respeito da controvérsia posta em juízo.

Tereza Arruda Alvim WAMBIER, apoiada na doutrina de Ney FAYET, assinala que “a palavra sentença encontra suas raízes etimológicas no termo latino *sententia*, que se originou de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*. Daí, tem-se a idéia de que o juiz, ao sentenciar, declara o que sente”.³⁶

Antes da reforma implantada pela Lei nº 11.232/2005, dizia-se que a sentença é o ato do juiz que põe fim ao processo (artigo 162, §1º, do CPC, na redação original) ou, como a doutrina mais abalizada definia, “sentença é o pronunciamento do juiz que põe fim ao procedimento, em primeiro grau de jurisdição”.³⁷ Essa definição levava a equívocos, como bem observado por Araken de ASSIS, uma vez

³⁶ FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 19. *Apud* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 25-26.

³⁷ *Ibidem*.

que “a extinção do processo não se dá pela sentença (ou pelo acórdão), mas pelo exaurimento das vias recursais!”³⁸.

Após a reforma promovida pela Lei nº 11.232/2005, o artigo 162, § 1º passou a ter a seguinte redação: “sentença é o ato do juiz que implica uma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei”. Portanto, atualmente, o nosso estatuto processual define sentença pelo seu conteúdo, ou seja, sentença é a decisão do juiz que tem o conteúdo definido nos artigos citados.

Muito didática e objetiva a definição dada pelos autores Ada Pellegrini, Antônio Carlos Araújo CINTRA e Cândido DINAMARCO, para os quais a sentença é o ato do juiz (ou provimento) que decide o mérito da causa ou declara a inadmissibilidade desse julgamento (nesse último caso, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito).³⁹

Acrescente-se que, conforme anuncia Marcelo José Magalhães BONÍCIO, “a sentença é o ato processual mais importante, porque projeta efeitos no âmbito do direito material, os quais, com o passar do tempo, se tornam indiscutíveis, isto é, transitam em julgado”.⁴⁰

3.2. Atos processuais nulos e inexistentes

3.2.1. Conceito de nulidade

A fim de localizar os tipos de vícios dos atos processuais em nosso sistema jurídico, é preciso distinguir dois tipos de normas presentes em nosso ordenamento: as normas impositivas de conduta e as normas técnicas. As primeiras são as que vedam ou autorizam comportamentos, impondo sanções para quem praticar as condutas proibidas ou para quem impedir que os outros pratiquem as condutas

³⁸ ASSIS, Araken de. *Manual de processo de execução*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006, p.451.

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 359.

⁴⁰ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Sentença civil: classificação, estrutura, capítulos, efeitos e coisa julgada*. Material da 3ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.p. 2

autorizadas. Já as normas técnicas “são as que estabelecem ‘instruções’ sobre como se atingir um dado resultado jurídico: para se obter A, incumbe fazer B – e assim por diante”.⁴¹ Isso significa que ao se deixar de fazer B, arca-se com o ônus de não se obter A. Assim, do ponto de vista subjetivo, esses institutos se enquadram como dever, no caso das normas impositivas de conduta, e como ônus, no que se refere às normas técnicas.

Tanto o direito material, quanto o processual podem conter normas com ambos os conteúdos. Porém, é certo que as normas que impõem deveres são mais comuns no direito material, enquanto as que impõem ônus são mais comuns no direito processual. Nesse sentido, leciona Eduardo TALAMINI que “por força do caráter instrumental do processo, são as normas técnicas que prevalecem no direito processual. O processo é o terreno por excelência dos ônus...” E, mais a diante, o autor conclui que:

“o não atendimento de regras técnicas atinentes a modo, forma, lugar, tempo e demais aspectos dos atos processuais não gera incidência de uma sanção, mas pode acarretar uma invalidade. O ato praticado sem a perfeita observância da regra técnica torna-se imprestável para os fins pretendidos”.⁴²

Nesse contexto, conclui-se que a atipicidade do ato processual praticado, ou melhor, quando o ato processual é praticado fora dos parâmetros previstos na lei para se atingir determinado fim, pode vir a provocar a sua ineficácia.⁴³

Humberto THEODORO JÚNIOR reproduz o conceito de nulidade elaborado por Lino PALÁCIO, para o qual “a nulidade processual é privação de efeitos imputada aos atos do processo que padecem de algum vício em seus elementos essenciais e que, por isso, carecem de aptidão para cumprir o fim a que se achem destinados”.⁴⁴

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil*. Material da 7ª aula da Disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG., p. 2

⁴² *Ibidem*. p. 4. Como exemplos de normas processuais impositivas de conduta, esse autor cita as regras sobre litigância de boa-fé que impõem deveres aos litigantes e terceiros que de alguma forma participem do processo (CPC, arts. 14, 15, 17, 600...) e para ilustrar a existência de normas de direito material que prevêm ônus, ele dá como exemplo “o negócio jurídico que é realizado como exercício de uma faculdade do sujeito de direito (p. ex., a faculdade de dispor de seus bens); no entanto, para atingir os efeitos pretendidos, o sujeito tem o ônus de cumprir os requisitos do negócio.”(*Ibidem*)

⁴³ Humberto THEODORO JÚNIOR, em sentido diverso, afirma que a atipicidade pode vir a ser sancionada com a ineficácia. Em outras palavras, para esse autor a ineficácia do ato é espécie de sanção a que o ato atípico está exposto (“As nulidades no Código de Processo Civil”, in: *RePro*, São Paulo, nº 30, p. 39, abril/junho 1983). Por outro lado, Tereza WAMBIER também entende que nulidade não se trata de sanção. Para ela “a nulidade é um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia. A ineficácia é, pois, neste sentido, uma consequência da decretação de nulidade, que é, direta ou indiretamente, uma infração à lei” (*Op. cit.*, p. 140).

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Op. cit.* p. 39.

Tereza Arruda Alvim WAMBIER, em seu estudo sobre nulidades do processo e da sentença, objeto de sua tese de mestrado, inicia o capítulo das nulidades processuais com uma imprescindível diferenciação entre dois institutos muitas vezes confundidos, ou entendidos como idênticos, mas que devem ser separados, em planos distintos, para o bom entendimento do tema, conforme alerta a autora. Nesse sentido, a autora observa que as nulidades estão no plano da validade, enquanto o problema da produção de efeitos encontra-se no plano da eficácia.⁴⁵

Amparada na doutrina de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, Tereza WAMBIER afirma que “normalmente, atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos, *mas de seus efeitos típicos*, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos”⁴⁶. A autora afirma que “tratando-se de fenômenos distintos, pode ocorrer que um ato nulo nunca venha a ser como tal decretado e que tenha, portanto, sido eficaz por toda a sua vida, embora carecendo de validade”⁴⁷, pois, conforme afirma Tércio Sampaio FERRAZ JR., citado pela autora, “valer é uma qualidade contrafática, isto é, o valer de uma norma [ou de um ato, acrescenta a autora] não depende da existência real e concreta das condutas que ela prescreve”.⁴⁸

Portanto, por uma questão didática, adotar-se-á, então, no presente estudo, a definição terminológica precitada pela professora Tereza WAMBIER, para a qual a nulidade é a situação em que se encontra um ato que se torna vulnerável quanto à sua eficácia. E eficácia deverá ser entendida como efetiva produção de efeitos típicos.⁴⁹

3.2.2. Os defeitos dos atos jurídicos processuais.

Não há consenso na doutrina a respeito dos tipos de vícios dos atos jurídicos processuais, porém a doutrina mais moderna agrupa os atos processuais atípicos – que não correspondem ao modelo legal – em dois grupos: o dos atos inexistentes e o dos atos nulos – que podem ser relativamente nulos ou absolutamente nulos.

⁴⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 135

⁴⁶ *Ibidem.* p. 137.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *ICM sobre bens importados. Indústria e Desenvolvimento*, São Paulo, ACSFIESP, ago. 1984, p. 34. *Apud.* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 137

⁴⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 137/138.

Ressalte-se que, apesar de a doutrina divergir quanto à aceitação da teoria do ato inexistente, é imprescindível que se estabeleça distinção entre nulidade e inexistência, uma vez que “a inexistência não se refere à eficácia, mas a vida mesma do ato”.⁵⁰⁻⁵¹

Primeiramente, para o bom entendimento do tema, é importante destacar que a invalidade e a inexistência se encontram em planos distintos. Assim, num primeiro momento, verifica-se se o ato existe, ou seja, se ele possui os elementos mínimos descritos na norma para a sua configuração. Na ausência de um desses elementos constitutivos, haverá um fato, que é o denominado ato inexistente ou ato aparente.⁵² Caso a conclusão seja de que ele existe, então, num segundo momento, parte-se para a verificação da sua validade, ou seja, verifica-se “se estão presentes e perfeitos todos os seus demais traços (requisitos) descritos normativamente. Se estiverem, o ato é válido”.⁵³ E, por fim, num terceiro momento, presentes os elementos e os requisitos, mas ausente a eficácia, “o ato existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido estrito)”⁵⁴

Segundo lição de Moniz de ARAGÃO “a inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não-ato; outro, jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito”.⁵⁵

Esse autor aponta que a inexistência no sentido de não-ato não exige maiores cuidados para o seu diagnóstico, uma vez que representa uma aberração, citando como exemplo a sentença proferida por oficial de justiça. Por outro lado, ele pondera

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 41.

⁵¹ Roque KOMATSU, destaca afirmação de CARNELUTTI no sentido que há distinção entre nulidade e inexistência na linguagem jurídica, no seguinte sentido: “na linguagem comum nulidade e inexistência significam a mesma coisa, mas que na linguagem jurídica significam coisas diversas: nulo é um ato que não produz efeitos jurídicos, mas sob certas condições, eles podem produzir-se e o inexistente é um ato, que não só não os produz, como em nenhum caso os pode produzir” (*Op. cit.*, p. 158/159). Porém, esse entendimento contraria o que se disse no item anterior, uma vez que, conforme já mencionado, até os atos inexistentes são aptos a produzir efeitos enquanto não declarados como tal.

⁵² KOMATSU, Roque. *Da invalidade do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 157.

⁵³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 4

⁵⁴ Roque Komatsu afirma que “Admitido que todo ato jurídico comporta exame sob o tríplice aspecto da existência, validade e eficácia, não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o ato dito inexistente, como se tratasse de *um tertium genus* de invalidade. Para esse autor “não há uma graduação entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao ato inexistente se opõe o ato existente; este é que pode ser nulo, anulável ou válido. A dicotomia ato existente – ato inexistente, de um lado, e a tricotomia ato válido – ato nulo – ato anulável, de outro, estão em planos diferentes”. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁵ ARAGÃO, E. D. Moniz de, *Comentários aos Códigos de Processo Civil*. Vol. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 290

que é o segundo caso que causa maior preocupação, uma vez que esse tipo de ato “tem toda a aparência de validade em face do Direito e, no entanto, mais do que apenas nulo, é juridicamente inexistente”.⁵⁶

O grande diferencial do ato inexistente, para os defensores da teoria da inexistência, é que ele jamais convalida, o que significa dizer que ele impede a formação da coisa julgada.⁵⁷

No que se refere aos atos nulos, o foco da distinção entre ato relativamente nulo e relativamente anulável está na verificação da natureza da norma violada. Assim, se a norma tutelar interesse público sobre o qual as partes não podem dispor, a violação dará causa à nulidade absoluta e, nesse caso, poderá ser declarada de ofício pelo juiz, mesmo que as partes concordem em manter o ato.⁵⁸ Por outro lado, se a norma infringida tutelar somente interesse das partes, terá ocorrido nulidade relativa, e cabe à parte que sofreu prejuízo com o ato impugná-lo, no prazo oportuno, sob pena de convalidação do ato.

À margem dos atos inexistentes e dos atos nulos, há também as irregularidades que, apesar de representarem infrações às normas técnicas, não se encontram em nenhum dos grupos mencionados, uma vez que são de importância mínima dentro do processo e não chegam a afetar a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção dos efeitos a que é destinado.⁵⁹

⁵⁶ *Ibidem*. Moniz de ARAGÃO cita como exemplo o processo em que não houve citação do réu, devido a ardil do autor, ou esta foi nula. Nesse caso há aparência de validade do processo, mas na verdade ele não existe juridicamente.

⁵⁷ Conforme leciona Humberto THEODORO JÚNIOR, “há autores como Liebman que nivelam a inexistência com a nulidade *ipsu iure*. Enquanto, outros, como Pontes de Miranda, procuram distinguir os dois defeitos ou vícios. De qualquer maneira a questão é puramente acadêmica, já que do ponto de vista prático dos efeitos se equivalem, impedindo a formação da *res judicata*”. (*Op. cit.*, p. 41). Por outro lado, Thereza Arruda Alvim Wambier distingue as nulidades *ipsu iure* da inexistência jurídica, pelas seguintes razões: 1. Para a autora “as sentenças nulas uma vez transitadas em julgado, passam a ser (*além de nulas*) *rescindíveis*. *Inafastável esta conclusão*, em face, por exemplo, do que dispõe o art. 485, II, do CPC, no sentido de que, *ausente um dos pressupostos processuais de validade*, a sentença é *rescindível*. Ora, o inverso, o avesso, o contrário de *validade* é *nulidade*. 2. Considerar metodológica e terminologicamente a falta de *citação* somada à *revelia* como *nulidade ipsu iure* (absoluta, de pleno direito) é, em nosso sentir, um *erro*. Primeiro, porque implicaria admitir-se que há *nulidades de pleno direito “mais graves”* (como a falta de citação) e “*menos graves*” (como o impedimento). Estas dariam azo à *rescisória*: aquelas, à *declaratória de nulidade (querela nullitatis)*. Parece-nos impossível que alguém aprove esta confusão terminológica. 3. Por outro lado, como a grande maioria dos doutrinadores assevera, *citação é pressuposto processual de existência*. Sem ela, a relação processual não se completa, não se triangulariza: *não existe*” (*Op. cit.*, pp. 386/387).

⁵⁸ ARAGÃO, E.D. Moniz de. *Op. cit.*, p. 294.

⁵⁹ Moniz de ARAGÃO cita como exemplos de meras irregularidades, que podem ser reparadas a qualquer tempo, a inexatidão material ou o erro de cálculo da sentença (art. 463, I), a falta de numeração e a ausência de rubrica do escrivão nas folhas dos autos (art. 167). E, como exemplo de

Ressalte-se que, conforme lição de Humberto THEODORO JÚNIOR, “não há coincidência entre nulidade absoluta e nulidade insanável, ou entre nulidade cominada e nulidade insanável”. Para o autor “esse caráter é apurado após o ato judicial de reconhecimento do vício do ato processual”.⁶⁰ O autor ainda apóia-se no pensamento de Calmon de PASSOS, o qual, muito apropriadamente, leciona que:

“(…) se o juiz ao reconhecer a nulidade pode evitar o efeito do vício sobre todo o processo, ensejando oportunidade de renovar o ato, aperfeiçoá-lo ou realizá-lo, se ainda não foi de qualquer modo praticado, o caso é de nulidade sanável. Quando, porém, a nulidade for daquelas que repercutem sobre a validade da relação processual, conduzindo à extinção do processo sem julgamento do mérito (casos do art. 267 do CPC), a hipótese será, então, de *nulidade insanável*”.⁶¹

Nessa linha de raciocínio, assevera Tereza WAMBIER que “no terreno do processo, tudo se emenda ou, melhor, tudo *deve* emendar-se”.⁶²

José Frederico MARQUES, por sua vez, aduz que o “ato nulo de efeitos irremediáveis só será aquele que atingir a relação processual, tornando inadmissível a sentença de mérito”.⁶³

Essa idéia é decorrência do princípio da conservação, que impõe o aproveitamento de parte do ato que não foi afetada pela nulidade, bem como do princípio da convalidação que, segundo Tereza WAMBIER,

“deve ser entendido não só como se aplica no caso de a possibilidade de levantar o vício ficar acobertada pela preclusão, mas *principalmente* como a regra de que os vícios processuais, ainda que gravíssimos, podem *convalidar-se, aproveitar-se*, podem no fundo, ser ‘consertados’”.⁶⁴

Importante ressaltar que o entendimento de Frederico MARQUES, acima citado, contém, também, uma outra lição, que deve ser destacada. Para esse autor o vício que atinge a própria relação processual é insanável.

Outro princípio de suma importância para o sistema das nulidades é o princípio da instrumentalidade das formas. Esse princípio é corolário do princípio da economia processual, e significa que os atos defeituosos só devem ser anulados se a sua finalidade não tiver sido atingida, uma vez que o que realmente importa é atingir o objetivo do ato, e não a forma como ele foi praticado.

irregularidade, insuscetível de ser corrigida a sentença na qual o juiz, por excesso de concisão, deixa de prestar fiel obediência às regras traçadas no art. 458, sem, contudo, as omitir. *Op. cit.* p. 298/299.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 46

⁶¹ PASSOS, Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., vol. III, n. 273.3, p. 544. *Apud*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 46.

⁶² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 173.

⁶³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito processual civil*, 1ª ed., vol. II, p. 119.

⁶⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 74.

Por fim, deve-se pontuar que para que a nulidade seja decretada deve ter ocorrido prejuízo (art. 249, §1º, do CPC), ou, em outras palavras, “a ausência de prejuízo faz sempre produzir a convalidação do ato processual”.⁶⁵

Uma outra forma de sistematização das nulidades processuais, proposta por Tereza WAMBIER, que pode facilitar o entendimento da matéria, é separar os vícios processuais em dois grupos: vícios formais e de fundo.^{66,67}

A interpretação conjunta dos artigos 243 e 244 do CPC, segundo a autora, permite extrair a seguinte conclusão: as nulidades de forma só serão absolutas se expressamente previstas em lei, o que significa dizer que por sua natureza elas são relativas, salvo em face de previsão legal expressa.

Por outro lado, os vícios de fundo são os relativos a questões anteriores ao mérito, ou seja, aos pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito – pressupostos processuais e condições da ação.⁶⁸ Esses são considerados nulidades absolutas.

Tereza WAMBIER observa que os casos de nulidade absoluta estão ao lado dos de inexistência, pois dentro do processo eles têm o mesmo regime jurídico.⁶⁹

3.3. Efeitos das nulidades e da inexistência nos processos findos

Conforme assevera THEODORO JÚNIOR, “em dois planos devem ser analisados os efeitos da nulidade em tema de direito processual: o do processo em curso e o do processo findo”.⁷⁰

Para fins do estudo que ora se propõe, interessa a verificação dos efeitos das nulidades no caso do processo findo, já que o tema deste trabalho está intimamente ligado ao tema dos defeitos da sentença.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 51.

⁶⁶ *Ibidem.* p. 185

⁶⁷ Essa separação é realizada por alguns autores fazendo um paralelo com a teoria das nulidades do Direito Civil, segundo a qual é válido o ato jurídico praticado por agente capaz, cujo objeto é lícito e cuja forma é prescrita ou não defesa em lei.

⁶⁸ Nesse aspecto, observe-se que a professora Tereza Wambier se alia ao pensamento de Calmon de passo e Frederico Marques, já citados, e também ao de Humberto Theodoro Juúnior, uma vez que para esses autores as nulidades absolutas são os vícios que maculam a própria relação processual.⁶⁸

⁶⁹ *Ibidem.* p. 188

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 49.

Tal como mencionado acima, dentro do processo, a nulidade absoluta e a inexistência têm o mesmo regime jurídico. A diferença básica é que a primeira pode ser convalidada, nas situações já estudadas, e a inexistência jamais se convalida. Nesse aspecto, é imprescindível que se investigue as conseqüências desses atos no processo encerrado.

A maior utilidade da teoria da inexistência no direito processual está justamente na verificação da sua conseqüência nos processos findos, os quais já obtiveram o julgamento do mérito.

Ressalve-se que as nulidades relativas ocorridas no processo não interessam ao assunto ora explorado, uma vez que quanto a esses vícios, findo o processo, já terá ocorrido a preclusão.

Sabe-se que a finalidade do processo é a solução de um litígio, o que se consuma mediante o provimento final representado pela sentença de mérito e pela execução forçada, nos casos em que se exige.⁷¹

Por outro lado, o processo pressupõe, além da relação jurídica progressiva – no sentido de que representa uma relação entre os sujeitos que dele participam –, uma série de atos e fatos que determinam essa progressão.⁷² Esses atos e fatos se ligam numa relação de causa e efeito. Nesse sentido, aduz Cândido Rangel DINAMARCO que, se um ato for nulo, esse “vício propaga-se aos atos ulteriores e dependentes, só não ficando sujeitos à sanção de ineficácia aos que não hajam sido atingidos”.⁷³ Trata-se do princípio da causalidade, o qual se extrai dos artigos 248 e 249 do CPC.

Segundo esse princípio, a decretação da nulidade de um ato processual impõe que todos os atos que dele dependam também sejam extirpados do processo, uma vez que, se o ato nulo deu causa a outros, estes também serão nulos, pois não encontram fundamento de validade naquele que o originou.

Na esteira desse pensamento, pode-se dizer que a sentença de mérito – ponto culminante do processo de conhecimento –, prolatada em um processo em que ocorreu nulidade, também será nula.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 308

⁷² *Ibidem*, p. 304

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 601.

A sentença também poderá ser nula por conter vício intrínseco, ou seja, por conter vício no seu conteúdo ou na sua estrutura, como, por exemplo, a sentença sem relatório.

O mesmo ocorre no caso de inexistência. Essa pode ser intrínseca à sentença, podendo-se citar como exemplo a sentença proferida sem o dispositivo ou *decisum*. Mas a inexistência pode ser também extrínseca, ou derivada, o que ocorre nos casos de sentença de mérito proferida em processo em que “há vícios decorrentes de infrações às regras relativas aos pressupostos genéricos de admissibilidade da apreciação e julgamento do mérito”. Cite-se, como exemplo, a “sentença de mérito proferida apesar da falta de uma das condições da ação”.⁷⁴ Nesses casos, a sentença existe no mundo dos fatos, porém inexistente juridicamente.

Conforme lição de Humberto THEODORO JÚNIOR, as nulidades dos atos processuais, em regra, são superadas pela superveniência da *res iudicata*, enquanto as nulidades do processo como relação jurídica impedem justamente a formação da coisa julgada.⁷⁵

Concordamos com a primeira parte de sua lição. Porém, no que tange à segunda parte (nulidades do processo como relação jurídica), entendemos que se deva fazer uma ressalva, uma vez que a leitura do texto demonstra que o autor trata as nulidades denominadas “*ipsu iure*” como casos de inexistência.

Destacou-se anteriormente que uma vez adotada a teoria da inexistência, os atos ou serão inexistentes ou anuláveis (relativamente ou absolutamente). Dentro desse critério de classificação, não se consideram as nulidades *ipsu iure*, pois essas são equivalentes à inexistência.

De qualquer modo, apesar da confusão terminológica, é muito importante a lição do professor Humberto THEODORO JÚNIOR, que vai ao encontro do raciocínio ora exposto. Note-se, que ele foca a causa da nulidade *ipsu iure* nos defeitos atinentes à relação jurídica.

⁷⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 189

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 53

Para o autor, a nulidade *ipsu iure* é aquela que atinge o próprio processo, destacando que é um tipo de nulidade da relação processual por fato ligado aos pressupostos processuais e condições da ação.⁷⁶

Assim, tratando-se de sentença nula ou processo nulo, a coisa julgada se forma, podendo ser objeto de ação rescisória. Por outro lado, se o prazo previsto para a ação rescisória passar *in albis*, a coisa julgada permanecerá válida. Nesse sentido, Tereza WAMBIER pontua que as sentenças nulas transitam em julgado, da mesma forma que “todas as sentenças nulas são rescindíveis, embora nem todas as sentenças rescindíveis sejam nulas”.⁷⁷

Porém, se for caso de processo ou sentença inexistente, essa sim impede a formação da coisa julgada, podendo a inexistência ser declarada a qualquer tempo por meio de outra ação.

Nesse sentido, Humberto THEODORO JÚNIOR leciona que “se o processo já encerrou, com solução da lide, a argüição de nulidade deve ser objeto de outro processo, já que inexistirá a relação processual primitiva para justificar o novo ato jurisdicional declaratório”. Para o autor,

“esse novo processo poderá ser: a) a ação rescisória, se a sentença a anular tiver enquadramento numa das hipóteses do art. 485 do CPC; b) qualquer outro processo, se a sentença for inexistente ou nulo *ipsu iure*, porque, então, incorrerá a coisa julgada material.”⁷⁸

Para os autores que defendem a teoria da inexistência, a sentença inexistente, ou proveniente de um processo que padeça do vício de inexistência, é um “nada” juridicamente e, como tal, não precisa ser rescindida, uma vez que não transita em julgado – embora, como fato, produza efeitos jurídicos. Portanto, a inexistência da sentença deve ser declarada por sentença judicial, a fim de que se

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 52. Note-se que o entendimento de Humberto THEODORO JÚNIOR, nesse ponto, é semelhante ao da professora Tereza Arruda Alvim WAMBIER, uma vez que, conforme mencionou-se no item anterior, essa autora defende que os vícios de fundo, são os relativos aos pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito – pressupostos processuais e condições da ação.

⁷⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p., 196. Tal autora fundamenta a sua conclusão interpretando a redação do art. 485, II, do CPC, da seguinte forma: “ausentes dois pressupostos processuais de validade (= estando-se, portanto, em face de uma nulidade) tem-se sentença de mérito trãnsita em julgado e, portanto, rescindível”. Ela ressalta, também, que, nesse ponto, reside “uma diferença importante entre o sistema de nulidade do direito privado e do direito público, uma vez que, no direito privado, as nulidades devem ser declaradas como tal e, no direito público, especificamente no direito processual, por causa da autoridade de ficam revestidas, precisam ser desconstituídas. Isto porque a ação rescisória é uma ação desconstitutiva (= constitutiva negativa) cuja função é desconstituir a coisa julgada, para, ao depois, atingir a nulidade da decisão, agora já não mais “protegida” pela coisa julgada. A nulidade é, então, atingida indireta ou mediatamente”.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 53. Esse autor entende que “a sentença nula *ipsu iure* ou inexistente não é objeto da ação rescisória, justamente porque a ação do art. 485 pressupõe a coisa julgada, que, por seu turno reclama o pressuposto de um processo válido”.

encerrem eventuais efeitos que venha a produzir, uma vez que tais efeitos carecem de fundamento no ordenamento jurídico. Para tanto, basta a propositura de ação declaratória de inexistência.

A ação declaratória de inexistência, também denominada “*querella nulitatis insanabilis*”, vem sendo plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias no caso de nulidade ou ausência de citação em que o processo correu à revelia do réu. Essa hipótese de inexistência é lógica e evidente. Conforme já mencionado, o processo é relação jurídica e, como tal, envolve sujeitos que, no caso, são autor, réu e juiz. A ausência da participação do réu, em decorrência de falha ou ausência da citação – que é o ato de chamamento do réu a juízo e que o vincula ao processo e seus efeitos⁷⁹ – retira do processo um dos seus fundamentos de validade, uma vez que a citação válida é pressuposto processual de existência. A possibilidade de preclusão do questionamento desse vício, por força da coisa julgada, é logicamente inaceitável, e por essa razão a possibilidade de reconhecimento desse vício a qualquer tempo é plenamente aceita pela doutrina.

Roque KOMATSU, defendendo o ponto de vista de que é inexistente a sentença proferida em processo em que o réu foi revel devido à ausência ou nulidade de citação, alerta que nesse caso “não ocorreu angularidade” e, portanto, a sentença e o processo serão juridicamente inexistentes. Para o autor, nessa situação:

“Cabe a ação declaratória (art, 4º, do CPC) e tal conclusão está ainda mais vez fundada no invocado LIEBMAN, ao qual todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é uma realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretender tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteado em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior, e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente”.⁸⁰

Ocorre que essa solução não tem a mesma aceitação, quando se trata das outras hipóteses de vícios decorrentes de infrações às regras relativas aos pressupostos genéricos de admissibilidade da apreciação e julgamento do mérito, assunto que será abordado no próximo item, mais especificamente, no que tange às condições da ação.

Cumprе ressaltar, também, que a jurisprudência tem aceitado outros meios de declaração da inexistência, como por exemplo, por meio de mandado de segurança,

⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 14ª ed. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29

⁸⁰ KOMATSU, Roque. *Op. cit.* 163

ação civil pública, embargos do devedor, em se tratando de ação condenatória (art. 741, I, do CPC), ou mesmo a ação rescisória (art. 485, V, CPC), entre outros.⁸¹⁻⁸²

⁸¹ Segundo Tereza WAMBIER, a qual compartilha do pensamento de Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, “as sentenças inexistentes podem ser vulneradas por meio de ação própria, incidentalmente, em qualquer procedimento, e como tal decretadas mesmo de ofício”. *Op. cit.* p. 485

⁸² Nesse sentido Roque Komatsu cita os seguintes julgados: (RTJ 104/826, RE 96.696 – RJ, re. Min. Alfredo Buzaid; RTJ 110/216, RE 96.374 – GO, re. Min. Moreira Alves; RTJ 107/778, RE 97.589 – SC, rel. Min. Moreira Alves; v. ainda julgados dos Tribunais de alçada de São Paulo, II/171, RT 392/226, RT 588/251 e 245; RT 376/333 e RT 361/388)

4. CARÊNCIA DE AÇÃO COMO CAUSA DE INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA

Buscar-se-á, a seguir, responder às questões centrais do presente trabalho: a carência de ação gera processo inexistente? E, por conseqüência, a sentença de mérito nele proferida pode ser considerada inexistente por derivação?

A doutrina é bastante dividida nesse ponto. Pode-se dizer que há duas grandes correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica das condições da ação. De um lado há autores que defendem que as condições da ação são requisitos de exercício do direito de ação, enquanto que, de outro, há aqueles que as consideram requisitos de existência.

LIEBMAN – repita-se, processualista italiano de quem o legislador sofreu maior influência na elaboração do Código de Processo Civil brasileiro – defendia a segunda posição, uma vez que, conforme assinala Rodrigo da Cunha Lima FREIRE, para ele a falta de alguma dessas condições resulta na inexistência da ação e impede que o juiz aprecie o mérito.⁸³ Para o processualista italiano, ação é o “direito ao processo e ao julgamento do mérito”.⁸⁴

Eduardo Ribeiro de OLIVEIRA critica a doutrina de LIEBMAN nesse aspecto, dizendo que

“ainda que verifique o juiz faltar alguma das chamadas condições da ação, terá havido processo. Em termos de direito positivo brasileiro, isto não pode ser negado, pois admite-se o Código de Processo Civil, dispondo sobre as causas de extinção do processo sem julgamento do mérito. A aceitar-se integralmente a doutrina de LIEBMAN, ter-se-ia processo sem ação. Muito embora não iniciado de ofício”.⁸⁵

A nosso ver, ausente condição de ação, existe ação no seu sentido genérico, mas não existe ação no sentido de direito de obtenção de um pronunciamento judicial a respeito da lide posta em juízo, que é o que interessa para o processo, uma vez que é a sua razão de existir, representando o seu escopo.

⁸³ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Op. Cit.*, p. 57.

⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3ª ed. Milão: Giuffré, 1980, p. 133. *Apud*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 466.

⁸⁵ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Repro*, n. 46, São Paulo, RT, 1987, p. 39.

Conforme se mencionou no item referente às condições da ação, o direito de ação tem duplo significado, um constitucional e outro processual, sendo que o primeiro é o fundamento do segundo.

O significado constitucional diz respeito ao direito genérico, abstrato e incondicionado, que todos têm, de acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, em termos processuais, esse instituto representa um direito limitado, no sentido de que o seu exercício submete-se a certas condições que a lei impõe, para que se tenha direito a um pronunciamento do Estado, representado pelo Poder Judiciário, a respeito do pedido formulado pelo autor. Portanto, de um lado está o direito de acesso ao Judiciário, que é extremamente amplo, no sentido de que as portas desse poder devem estar abertas a todas as pessoas, sem nenhuma distinção⁸⁶, e, do outro, está o direito de obter um pronunciamento do Estado a respeito da lide posta em juízo, que é condicionado. Ambos são decorrência do princípio do devido processo legal, que representa um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e garantido pela Constituição Federal.⁸⁷

Rodrigo da Cunha Lima FREIRE discorda desse entendimento, pois para ele “não existem duas espécies de ação (uma constitucional e outra processual), nem há que se distinguir a demanda, no plano constitucional, da ação, no plano processual”. O autor defende que

“a ação encontra-se consagrada constitucionalmente como direito genérico e abstrato. Todavia, o exercício regular deste direito, no âmbito infraconstitucional ou puramente processual, conhecido como demanda, pode e deve ser limitado, como ocorre no direito positivo brasileiro, por meio das condições da ação”. Nesse sentido, o autor conclui que “as condições da ação – ou condições da demanda – não são requisitos para a existência da ação, nem mesmo em sentido puramente processual. São requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação, pois, se não forem preenchidos, impedem a condução do processo ao exame do *meritum causae*”.⁸⁸

Parece-nos que o entendimento dos professores Tereza Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA acerca da matéria, os quais se apóiam na

⁸⁶ Nesse sentido, José Afonso da SILVA cita importante passagem dos ensinamentos de LIEBMAN: “O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a grantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 3ª ed., v. I, Milano: Giuffrè, 1973, p. 10 e 11. *Apud*. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 411).

⁸⁷ Note-se, que a previsão de condições para o exercício do direito de ação não extrai desse instituto o seu caráter abstrato, visto que esses requisitos não retiram do cidadão o direito de expor pretensões ao Poder Judiciário e de ser ouvido, o que ocorre é que a sua ausência impede somente a resposta do Estado ao seu pedido relativo ao direito material.

⁸⁸ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Op. cit.*, pp. 64/65.

lição de LIEBMAN, é o mais lógico dentro da sistemática processual brasileira. Nesse sentido, esses autores afirmam que no caso em que está ausente qualquer uma das condições da ação, “inexiste ação” e deve-se considerar que o que se deu foi o exercício do direito de petição.⁸⁹

O professor LUCON, no mesmo sentido, ilustra muito bem esse pensamento afirmando que:

“Ausentes quaisquer desses requisitos, conhecidos por condições da ação, o juiz declara o demandante carecedor de ação. Isso significa que, para o caso concreto, não tinha o poder de exigir o provimento de mérito, no processo de conhecimento, ou o provimento satisfativo, no processo de execução. Tinha, como todos têm, o poder de acionar os órgãos da jurisdição para receber aquela declaração. Esse poder é o “direito de petição”, “direito de demandar incondicionado”, ou “direito à administração da justiça”, ou, ainda, “ação” em sentido impróprio, que não se sujeita à condição alguma e está garantida pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV)”.⁹⁰

Na mesma linha de raciocínio, o professor Humberto THEODORO JÚNIOR leciona que “na estrutura do nosso direito processual civil, pressupostos processuais e condições da ação são exigências lógico-jurídicas a serem satisfeitas a fim de que a jurisdição se manifeste com perfeição e legitimidade em torno de uma lide”.⁹¹

O fundamento do seu entendimento está no artigo 2º do CPC, o qual dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte a requerer, nos casos e forma legais”, bem como no artigo 3º, desse diploma legal, que acrescenta que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Para o autor, “os ‘casos e formas legais’ correspondem aos pressupostos processuais, e o ‘interesse e legitimidade’ representam as condições da ação. Porque uns e outros são indispensáveis para autorizar a composição da lide em juízo”.⁹²

Admitindo-se a tese de que ausentes uma ou algumas das condições da ação, inexistente ação, pode-se concluir que o “o mesmo se poderá dizer do processo e, por conseguinte, da sentença”.⁹³

Ora, ausente alguma das condições da ação, de fato há processo, mas não há processo juridicamente, uma vez que este, nessas condições, não possui fundamento em nosso ordenamento jurídico. E, por conseguinte, a sentença é

⁸⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 31

⁹⁰ LUCON, Paulo Henrique. *Op. cit.*, p. 3.

⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 54

⁹² *Ibidem*, p. 55

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 465.

inexiste por derivação – de acordo com a teoria da inexistência, à qual se teceu maiores detalhes no item 3.2.2.

5. SENTENÇA INEXISTENTE E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO CONTEXTO DA CARÊNCIA DE AÇÃO

Seguindo-se o caminho da lógica processual do ordenamento jurídico brasileiro e amparando-se em doutrina abalizada, chegou-se, nesse trabalho, à conclusão de que a carência de ação gera processo e sentenças inexistentes, bem assim que o julgamento do mérito em um processo no qual não se verificou a carência de ação, permite que esse processo e essa sentença sejam declarados inexistentes a qualquer tempo.

Essa conclusão, de certo modo, é incômoda, até mesmo indigesta, num primeiro momento. Essa sensação muito se deve à crença de que findo o processo ocorre a coisa julgada material e a decisão não é mais passível de questionamento, a não ser dentro do prazo e nas hipóteses em que a lei admite a ação rescisória. Parece inadmissível falar-se em declaração de inexistência de uma sentença, que no mundo dos fatos transitou em julgado (ora, essa decisão tem o carimbo do serventário da justiça certificando que ela transitou em julgado) e, ademais, pode até já ter passado o biênio em que a lei permite a sua rescisão. Então, como se pode afirmar que ela não existiu?

De outro lado, podem ocorrer situações em que a decisão pode estar amparada, no âmbito fático, pelos efeitos da coisa julgada, e causar perplexidade da mesma forma. Imagine-se, por exemplo, ação de usucapião de bem público, julgada procedente, a qual é expressamente proibida por lei (CF, art. 183, §3º, e CC, art. 102) – hipótese de impossibilidade jurídica do pedido – ou ação previdenciária movida por servidor público, filiado ao regime estatutário, contra o INSS e este vem a ser condenado a pagar aposentadoria (benefício vitalício) ao funcionário, que nunca recolheu ao regime geral de previdência social – hipótese de ilegitimidade *ad causam*.

Tereza Arruda Alvim WAMBIER cita outros exemplos que ilustram bem essa situação, no caso de já ter passado o prazo da ação rescisória, da seguinte forma:

“qual seria a situação jurídica de uma sentença que desconstitui a relação jurídica gerada pelo casamento entre homem e mulher que não são, e que nunca foram, cônjuges? Qual seria também a situação de uma sentença que, aos cônjuges verdadeiros, concedesse o

divórcio antes que este instituto fosse acolhido pela legislação positiva brasileira? E a partilha de bens de pessoa viva, se se tivesse juntado aos autos uma certidão de óbito de um homônimo? Ter-se-iam de admitir absurdos como, por exemplo, o de, depois de dois anos, escoados a partir do trânsito em julgado – e não sendo mais possível o uso da ação rescisória –, ficassem divorciadas (num país onde não houvesse divórcio, como o caso do Brasil, antes de 1977) pessoas que nunca foram casadas!... Esta sentença teria sido proferida apesar da falta de duas condições da ação: possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam*.⁹⁴

Uma busca na jurisprudência demonstra que os casos de carência de ação que superam o fim do processo em que houve julgamento do mérito não são comuns. Porém, verificou-se que eles existem, conforme demonstram alguns acórdãos proferidos em ação rescisória, aceitando a alegação de carência de ação ocorrida nos respectivos processos originários, fato que levou à desconstituição da coisa julgada, por esse fundamento.⁹⁵

Embora acreditemos que esses casos, na verdade, resultaram em processos e sentenças inexistentes, que sequer chegaram a produzir coisa julgada, e não em nulidade, pensamos que eles são referências úteis na demonstração de que essas situações ocorrem no dia-a-dia forense.

Assim, partindo-se do pressuposto de que, na prática, ocorrem casos de rescisão de sentença de mérito sob o fundamento de que foi proferida em processo em que estavam ausentes condições da ação, devemos enfrentar a questão da possibilidade de ações declaratórias de inexistência de sentença.

Essa questão pode causar certo incômodo, pois, para respondê-la, é necessário superar o chamado “dogma” da coisa julgada, aquela figura processual meio “mística” que, conforme trata Donaldo ARMELIN, é capaz de fazer “do branco, negro, do quadrado, redondo e alterando vínculos de sangue”.⁹⁶

Coisa julgada material, para Cândido Rangel DINAMARCO, é “a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”, destacando que “não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora

⁹⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 349

⁹⁵ Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados: TRF – 3ª REGIÃO, 1ª Seção, AR 4278, Proc.: 200403000512520, UF: SP, DJU DATA:10/01/2008, p. 284, Rel. JUIZ JOHONSOM DI SALVO, j. 07/11/2007, v.u., o qual julgou procedente ação rescisória, com fulcro no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, para rescindir em parte o v. acórdão, em razão da ilegitimidade passiva do Instituto Nacional do Seguro Social, extinguindo o processo sem exame do mérito em relação a ele, com base no artigo 267, VI do Código de Processo Civil; 1º TACvSP, 1ª C, AR 233.456, rel. Cunha Bueno, j. 10.06.1980, v.u., no qual se reconheceu a falta de interesse de agir do autor na ação originária; TJSP, 5ª C, AR 129.774, rel. Octávio Stucchi, j. 11.09.1980, v.u., em que se decidiu que a sentença do processo originário foi proferida contra parte ilegítima.

⁹⁶ ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *In. Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (Coord.). 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 84/85.

deste e atingem as pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss.)”.⁹⁷

Na esteira desse conceito, pode-se entender que coisa julgada material é um predicado dos efeitos da sentença de mérito.

Sabe-se que a coisa julgada material é uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, na medida em que, ao garantir a solução definitiva de controvérsia a respeito de determinada situação jurídica, assegura estabilidade para as relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença. Essa estabilidade é de suma importância para esse modelo de Estado, a fim de que se mantenha a ordem e a paz social.

Nesse sentido, a teoria da “relativização da coisa julgada”, que alguns autores preferem denominar “desconsideração da coisa julgada” ou “coisa julgada inconstitucional”, pode ser entendida como um abalo nessa estrutura de Estado.

Mas, será que a segurança jurídica está presente quando a atuação da jurisdição é ilegítima, uma vez que não se cumpriram os requisitos que a própria ordem jurídica impõe para sua atuação? A resposta, aqui, deve ser negativa.

De um modo geral, os defensores da relativização da coisa julgada – como, por exemplo, Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrine GRINOVER, Ministro José Augusto DELGADO, Humberto THEODORO JUNIOR, Thereza Arruda Alvim WAMBIER, entre outros – entendem que a coisa julgada não é absoluta e deve ser interpretada tendo em vista outros princípios, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da instrumentalidade e o da legalidade.

No que tange à proporcionalidade e razoabilidade, afirma-se que em determinados casos ela deve ser analisada em equilíbrio com outras garantias constitucionais na busca de uma solução justa.⁹⁸

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, V. 2, n. 2, p. 7-45, jul-dez 01. Material da 4ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, p. 3)

⁹⁸ Conforme destaca Barbosa MOREIRA, na sistemática processual “há pouco espaço para absolutos e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização” (MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Quanto à instrumentalidade, argumenta-se que, tendo-se em vista que o processo é um meio utilizado para se alcançar um fim, e sendo esse fim a decisão imantada pela coisa julgada, quando essa decisão estiver contaminada por “injustiças” – que alguns autores tentam elencar as hipóteses –, ela deve ser desconsiderada.⁹⁹

Por fim, no que diz respeito ao princípio da legalidade, entende-se que se o julgamento não se coaduna ao direito positivo, não pode ser protegido pela coisa julgada.

Por essa perspectiva, o que se propõe, com a aplicação da teoria da inexistência, não é a sua utilização em massa, a qual seria possível causa de implantação do caos e da insegurança jurídica, mas, sim, a possibilidade de reparação das hipóteses extraordinárias de situações jurídicas lesivas imantadas pela coisa julgada material.

Acreditamos, inclusive, que o termo relativização da coisa julgada não seja o termo ideal na hipótese que se propõe, uma vez que, como já foi exaustivamente tratado nesse trabalho, os processos em que são proferidas sentenças de mérito sem a verificação da carência de ação ou da ausência de pressupostos processuais de existência, na verdade, juridicamente inexistem, portanto não há nem que se falar que geram coisa julgada.

Miradas sobre o processo civil contemporâneo, *in Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 56).

⁹⁹ Critica-se na doutrina o que se deve entender por decisão justa, buscando-se o seu significado na filosofia. Para a professora Gisele GÓES – crítica da relativização da coisa julgada –: “O justo absoluto, como pretendem os relativistas, é o justo utópico – a justiça do caso concreto deve sobrepor-se à insegurança geral? Inclusive pondo em risco o próprio Estado Democrático de Direito? A justiça é um valor, o Estado Democrático de Direito brasileiro fez uma opção por ele, mas pelo justo possível, como padrão de segurança jurídica com a coisa julgada. O art. 5º, *caput* prescreve como inviolável o direito à segurança – direito fundamental. Essa é, portanto, a justiça realizável! A justiça que se materializa não é a abstrata do ideal do justo, sem nenhuma plataforma de indicação do que ela representa. A tese da relativização contrapõe a coisa julgada ao valor justiça, mas não define o que é justiça. A justiça pelo senso comum, como pregava Calamandrei, é inconsistente”. (GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). *In: Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Fredie Didier Jr. (Coord). Salvador: JusPodivm, 2006). Já, o processualista Nelson Nery Jr, nessa linha de questionamento, ao comparar a teoria da relativização da coisa julgada com o Nazismo expõe: “*Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com Democracia, com o Estado Democrático de Direito*”. (A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *In: Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Fredie Didier Jr. (Coord). Salvador: JusPodivm, 2006).

Uma das críticas que se faz à relativização da coisa julgada é a de que seus defensores propõem o retorno ao Poder Judiciário, a partir do Juízo de primeiro grau de Jurisdição, e a rediscussão da decisão imantada. No caso específico da ocorrência de carência de ação no processo originário, entendemos que essa crítica não tem cabimento, uma vez que a ação declaratória de inexistência, se julgada procedente, irá declarar que aquela sentença de mérito, proferida em processo em que estavam ausentes as condições da ação, é juridicamente inexistente sob esse fundamento, o que equivale a dizer que a sentença deve ser desconsiderada e o processo originário deve ser considerado extinto sem julgamento do mérito. Assim, para que se proponha a ação novamente, esse vício deverá ser sanado, o que na prática dará causa a uma ação diferente da primeira, como já se mencionou no item que trata das condições da ação.

Entendemos que a relativização da coisa julgada, nos casos ora expostos e em outros elencados pela doutrina que defende essa teoria, não representa uma tentativa de desestruturar o que se conhece por devido processo legal e, por consequência, todas as garantias dele derivadas, mas, sim, representa uma forma de oferecer mecanismos, dentro da lógica processual brasileira, a fim de sanar “vícios” que desnaturam a própria relação processual e conseqüentemente os fins a que ela se propõe – pacificação social e da lide – e que não encontram legitimidade no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a manutenção de ilegalidades também é causa de insegurança jurídica.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Nesse sentido, merece ser lembrado, o entendimento de Humberto THEODORO JÚNIOR, que sintetiza muito bem esse ponto de vista. Para esse autor: “Prodigalizar nulidades – e inexistências –, mormente, por simples questões formais, importa subverter a tarefa gigantesca confiada ao processo, que é a da pacificação da lide, através da aplicação da lei à *res in iudicto deducta*” (*Op. cit.* p. 57)

6. CONCLUSÃO

Com esse trabalho se pretendeu oferecer uma pequena contribuição ao estudo dos efeitos da inexistência nos processo findos, investigando-se, particularmente, a relação entre carência de ação e processo inexistente.

Procurou-se manter uma linha de raciocínio focada na busca de respostas para o uso da teoria da inexistência do ato jurídico no direito processual brasileiro e, num segundo plano, buscou-se localizar quais seriam os efeitos da carência de ação no processo findo.

A matéria é árdua e há muitas teorias a respeito da validade e eficácia dos atos processuais, bem como no que tange à natureza jurídica das condições da ação, porém tentou-se trilhar o caminho da lógica processual, da finalidade do processo, no sentido de que, apesar de ser autônomo em relação ao direito material, ele é um instrumento para se chegar a este.

Destarte, chegou-se à conclusão de que as condições da ação são requisitos de existência da ação, e como tal, a ausência de uma delas não legitima a atuação plena da jurisdição na solução da lide posta em juízo, uma vez que impede o julgamento do mérito, bem como que o processo que se origina sem o cumprimento desses requisitos de existência é mero fato e não pode ser considerado processo juridicamente.

Concluiu-se, também, que processo inexistente gera sentença inexistente por derivação. Portanto, a sentença proferida em processo em que estão ausentes uma ou algumas das condições, existe no mundo dos fatos, porém não existe juridicamente. Sem que isso queira dizer que não produz efeitos, pois embora inexistente juridicamente, produz efeitos até que a inexistência seja declarada pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, demonstrou-se, também, que as sentenças de mérito provenientes de processos inexistentes juridicamente são meros fatos e não produzem coisa julgada. E esse é o ponto alto deste estudo, pois essa conclusão não contraria o instituto da coisa julgada e, muito menos, representa ameaça à segurança jurídica. Ao contrário, esse entendimento permite a utilização de mais um

instrumento na defesa do devido processo legal, qual seja, a ação declaratória de inexistência de processo que não preencheu os requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito.

Ademais, acima da questão da justiça da decisão está a da sua legalidade, no que se refere especificamente ao cumprimento do devido processo legal, com a observância de todos os princípios que dele derivam. Ora, o aplicador do direito, diante do embate entre princípios de importância equivalente dentro do sistema jurídico, deve aplicar o princípio da proporcionalidade, de modo a verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto.

É nesse contexto que o aplicador do direito deve despir-se de quaisquer “dogmas” processuais, tendo sempre como meta a finalidade do processo, que é a solução do conflito e a pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: RT.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de, *Comentários aos Código de Processo Civil*. Vol. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In. *Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (Coord.). 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Manual de processo de execução*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006.
- BAPTISTA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 3ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista Justitia*, nº 156, pp. 48-67. Material da 3ª aula da Disciplina Processo do Conhecimento, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Sentença civil: classificação, estrutura, capítulos, efeitos e coisa julgada*. Material da 3ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, V. 2, n. 2, p. 7-45, jul-dez 01. Material da 4ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Fredie Didier Jr. (Coord). Salvador: JusPodivm, 2006).
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 14ª ed. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2000.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1991.
- LUCON, Paulo Henrique. *Teoria Geral do Processo e Novas Tendências do Direito Processual (trechos)*. Material da 3ª aula da Disciplina Processo do Conhecimento, ministra no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.

- MARQUES, Frederico. *Manual de Direito processual civil*, 1ª ed., vol. II.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo, *in Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Fredie Didier Jr. (Coord). Salvador: JusPodivm, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Repro*, n. 46, São Paulo, RT, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TALAMINI, Eduardo. *Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil*. Material da 7ª aula da Disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil”, in: *RePro*, São Paulo, nº 30, p. 39, abril/junho 1983.
- WAMBIER. Tereza Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: RT, 2001.