

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP**

**HEBERT FABRICIO TORTORELLI QUADRADO**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA**

**Sorocaba  
2012**

**HEBERT FABRICIO TORTORELLI QUADRADO**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA**

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Maria Antonieta Zanardo Donato.

**Sorocaba  
2012**

*Dedico este trabalho a minha mãe, minha vida,  
que nunca permitiu que eu desistisse dos meus sonhos.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pelo dom da vida e pelo caminho iluminado durante a realização deste trabalho.

Agradeço também aos meus pais: Alcides Quadrado e Suzeti Tortorelli, pelo exemplo de luta, honestidade, dedicação, perseverança e também por me apoiar em todos os momentos em que foi preciso.

Aproveito para agradecer, ainda, a toda minha família, que de uma forma ou de outra sempre se fizeram presente em minha vida, nos momentos bons e ruins.

Agradeço aos amigos: Adriano Benacci, que conheço a mais de treze anos, sempre fiel e companheiro, com quem dividi as alegrias e tristezas da graduação; Daniel Mana, pela opinião sempre sincera e momentos de discussão jurídica durante as reuniões em sua casa; Marco Aurélio, companheiro gastronômico e que, além disso, sempre apaixonadamente falou da *Hybris* de Xerxes em “Os persas” de Ésquilo; Pedro Celli, companheiro de videogame e que com o seu espírito infantil e aventureiro sempre irradiou muita alegria de viver; a Sueli Gardim, também testemunha do meu passado, companheira de longas conversas, jantares, papos-cabeça e pelas lições sobre uma de suas paixões, o bicho barbeiro; ao Paulo Curti pelas brincadeiras, conversas, piadas, momentos de descontração. Não poderia deixar de citar os novos amigos: Claudia Rocha e Júlio Miné, pelas longas jornadas gastronômicas, conversas e brincadeiras, seja pessoalmente ou pelo *facebook*.

Não poderia deixar de agradecer os “amigos sorocabanos” André Moretti, Rita de Cássia Bonato, Fábio de Almeida Moreira, companheiros nas aulas da pós-graduação, nos momentos de descontração na Panificadora Real, fazendo com que Sorocaba fosse para mim uma segunda morada.

Gostaria de agradecer, em especial, a professora Dra. Maria Antonieta Zanardo Donato, que sempre respondeu a todas as minhas dúvidas em sala de aula, incentivando a pesquisa e prontamente atendeu ao meu pedido de orientação neste trabalho, e claro, pela paciência na revisão dele.

Como não poderia ser diferente, agradeço, ainda, a todo o corpo docente da PUC/SP, *campus* Sorocaba, pelas aulas ministradas que além de conhecimento transmitiram grandes lições de vida.

Aproveito para agradecer, por fim, a Débora Oliveira, responsável pelo atendimento ao aluno que prontamente me atendeu desde o ato da matrícula, autorização para uso da biblioteca, até o protocolo final deste trabalho.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a importância da ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis insanabilis*, que embora não prevista expressamente em nosso sistema judicial, deriva de uma interpretação sistêmica e revela-se como instrumento hábil para desconstituir sentenças e processos inexistentes por falta de pressupostos processuais de existência.

Analizamos o surgimento da ação desde a época das Ordenações Filipinas e traçamos sua evolução histórica chegando ao sistema processual vigente. Definimos, ainda, a natureza da ação, que se encaixa no rol das ações de impugnação autônomas.

Seguindo, embora não seja pacífico entre os doutrinadores, analisamos também as principais hipóteses de cabimento da ação, que se revela como instrumento correto para retirar do nosso mundo sentenças ou processos que estão eivadas de nulidades, com destaque para os vícios extrínsecos e intrínsecos, sentenças proferidas por quem não é juiz e a figura do advogado sem instrumento de mandato.

Para uma melhor compreensão do trabalho fez-se necessário uma breve explicação sobre os pressupostos processuais de validade, existência e negativos, além de analisarmos as condições da ação. Outra discussão muito importante que foi inserida neste trabalho é a possibilidade de fungibilidade da ação declaratória de existência com a ação rescisória.

## ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the importance of non-existent declaratory action, also named *querela nullitatis insanabilis*, which though not expressly provided in our legal system, derives from a systemic interpretation and reveals itself as an effective instrument to deconstruct sentences and non-cases for lack of procedural assumptions existence.

We analyze the emergence of the action since the time of Filipinas and traced its historical evolution coming to an existing court system. We define also the nature of the action, which fits in the list of actions challenging autonomous.

Although it is not disputed by the scholars, we also analyzed the main hypothesis of no place of action, which turns out to be the right instrument to remove our world sentences or processes that are beset with nonentities, with emphasis on the extrinsic and intrinsic defects, sentences uttered by a judge who is not the figure of the lawyer without power of attorney.

For a better understanding of the work was necessary a brief explanation about the procedural prerequisites of validity, existence and negative, and we look at the action conditions. Another very important discussion that was inserted in this work is the possibility of fungibility of declaratory action of existence with the rescission action.

## SUMÁRIO

|                                                                                    |           |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                             | <b>09</b> |
| <b>1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA.....</b>              | <b>10</b> |
| <b>2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA.....</b>   | <b>12</b> |
| 2.1 Conceito.....                                                                  | 12        |
| 2.2 Natureza Jurídica.....                                                         | 14        |
| <b>3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....</b>                     | <b>16</b> |
| 3.1 Pressupostos processuais.....                                                  | 16        |
| 3.1.1 Existência.....                                                              | 17        |
| 3.1.2 Validade.....                                                                | 19        |
| 3.1.3 Negativos.....                                                               | 23        |
| 3.2. Condições da ação.....                                                        | 24        |
| 3.2.1 Interesse de agir.....                                                       | 26        |
| 3.2.2 Legitimidade das partes.....                                                 | 27        |
| 3.2.3 Possibilidade Jurídica do Pedido.....                                        | 29        |
| <b>4. HIPÓTESES DE CABIMENTO E A FUNGIBILIDADE.....</b>                            | <b>31</b> |
| 4.1 Hipóteses de cabimento.....                                                    | 31        |
| 4.2 Fungibilidade entre ação declaratória de inexistência e a ação rescisória..... | 44        |
| <b>5. CONCLUSÃO.....</b>                                                           | <b>47</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>                                                           | <b>55</b> |

## INTRODUÇÃO

A ação declaratória de inexistência (ou *querela nullitatis insanabilis*), embora não prevista expressamente em nosso sistema, deriva de uma interpretação sistêmica. Não se pode permitir que uma irregularidade insanável perdure em nosso sistema sob a argumentação de que a coisa julgada não pode ser revista, pois, violaria o princípio constitucional da segurança jurídica, ou ainda, para que se busque uma maior celeridade processual às custas de se manter atos ou decisões nulas.

Para uma melhor compreensão do tema faremos, ainda que breve, uma digressão sobre a origem da ação declaratória de inexistência desde a época das Ordenações Filipinas. Analisaremos, ainda, a natureza jurídica da ação, tendo por certo que podemos incluí-las no rol das ações impugnativas autônomas.

Faz-se necessário ainda, antes de adentrarmos as hipóteses de cabimento de ação, revisitar, os conceitos sobre os pressupostos processuais, condições da ação e as nulidades processuais decorrentes. Pois, não podemos esquecer que para um processo transcorrer normalmente devem estar presentes os pressupostos processuais de existência e validade, e ausentes os pressupostos negativos, sendo que todos serão analisados pormenorizadamente.

Dessa forma, passaremos a estudar como essa ação está presente nos dias atuais e a forma com a qual esta se revela imprescindível como uma das formas de controle das decisões judiciais. Para uma análise mais aprofundada a respeito do tema, analisaremos também, julgados oriundos de nossos Tribunais Superiores. Por fim, trataremos da possibilidade da fungibilidade entre a ação declaratória de inexistência e ação rescisória.

## 1. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA

A ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis insanabilis* tem sua origem nas Ordenações Filipinas<sup>1</sup> no século XVI. Embora alterada por diversas vezes, as Ordenações Filipinas constituíram a base do direito português até a promulgação de novas leis no século XIX, sendo que muitas dessas disposições chegaram a vigor no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Podemos ainda encontrar a presença dessa ação no direito canônico e no direito romano.

Em relação ao direito canônico, esta se desenvolveu sob a égide do direito germânico, sendo que para estes a sentença não está acobertada pelo manto da coisa julgada, pois reflete “valores supremos”<sup>2</sup>.

No direito romano “se julgou necessário criar, para a denúncia dos *errores in procedendo*, um remédio especial, a *querela nullitatis*, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples *imploratio officii iudicis*”<sup>3</sup>. Ainda nesse sentido:

Decorrido o termo para apelar, não era mais possível atacar a sentença por motivos de injustiça. A sentença nula não se encontrava em condição de inexistência jurídica, mas só estava sujeita a perder sua jurídica existência por meio da *querela ‘nullitatis’*, que ainda restava aberta contra elas. Seguiu-se um período de tempo em que contra a sentença se podia reclamar apenas por motivos de nulidade; decorrido esse período, também a possibilidade de reclamar contra a nulidade da sentença se precluía, e todos os vícios desta, tanto aqueles *in judicando* como aquele *in procedendo*, deviam ser entendidos como irrevogavelmente sanados”<sup>4</sup>.

Para alguns doutrinadores, como José Carlos Barbosa Moreira, a *querela nullitatis* deve ser considerada como um gênero que possui duas espécies, a *sanabilis* e a *insanabilis*. A

---

<sup>1</sup> Título LXXV: “A sentença, que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e portanto, não é necessário dela ser apelado”.

<sup>2</sup> TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *RePro*. v. 27. n. 107, jul/set. 2002, pp. 24-63.

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentário ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1993 – p. 91.

<sup>4</sup> KOTMASU, Roque. Da invalidade no processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991 – p. 48

primeira levaria em consideração vícios menos graves, sanáveis e que contemplam as hipóteses da apelação. Já a segunda, abarcaria as hipóteses mais graves, como os casos de violação à ordem pública, ou seja, vícios que de tão graves, não podem permitir que a sentença ou processo conviva em nosso mundo, devendo ser extirpada a qualquer tempo. O referido autor considera ainda, que não existe mais em nosso ordenamento a *querela nullitatis insanabilis* por, entre outras razões, falta de previsão expressa em nosso Código de Processo Civil.

A história do Direito Brasileiro começa muito tempo depois em relação aos países europeus, pois, vigorou durante muito tempo em nosso país, conceitos e leis desses países, em especial a legislação portuguesa.

No tocante ao tema das nulidades processuais e conseqüentemente dos meios impugnativos destes, nosso país ficou sujeito às Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1541), Código Sebastião (1569), Ordenações Filipinas (1603) e as leis extravagantes posteriores a 1640. Então, somente com o advento da primeira Constituição da República do Brasil (1824) podemos dizer que passamos a possuir mecanismos próprios de impugnação as nulidades processuais.

## **2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA**

Inicialmente, faz-se necessário analisar o conceito da ação declaratória de inexistência sob o olhar de nossos doutrinadores e também verificar a natureza jurídica do instituto, compreendendo dessa forma, um pouco mais sobre o tema.

### **2.1 Conceito**

A ação declaratória de inexistência é o instrumento jurídico hábil para extirpar do mundo jurídico sentenças que envolvam ato processual inexistente, ante a ausência de alguns dos pressupostos processuais de existência, também conhecido como pressupostos de constituição do processo (petição inicial, citação e jurisdição) ou ausência de uma das condições da ação (legitimidade de agir, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido).

Nesse sentido, embora não prevista expressamente em nosso sistema, a ação declaratória de inexistência deriva de uma interpretação sistêmica, pois, não se pode permitir que uma irregularidade insanável perdure em nosso sistema sob a argumentação de que a coisa julgada não pode ser revista, pois, violaria o princípio constitucional da segurança jurídica, ou então, para que se busque uma maior celeridade processual às custas de se manter atos ou decisões nulos.

Por essa razão, entendemos por certo que, toda vez que falte a um ato processual ou a sentença um elemento de existência, também denominado elemento constitutivo, este deve se

considerado “um nada, que não pode ser de maneira alguma reconhecido como algo existente, sujeito assim à necessidade de ser invalidado ou a possibilidade de ser convalidado” <sup>5</sup>.

Nesse sentido, Roque Komatsu diz que: “a ação declaratória é o meio idôneo para recusar os efeitos da sentença proferida em processo constituído nulamente” <sup>6</sup>.

O referido doutrinador vai além, e muito bem observa que a ação declaratória de inexistência não está sujeita a prazos, pois, “cuidando-se de pressuposto processual de existência, não há de se falar em rescisória e jamais o fator tempo convalida a insuficiência do processo” <sup>7</sup>.

Em consonância com esse pensamento, relacionamos ainda o posicionamento de José Miguel Garcia Medina: “trata-se de ação ordinária autônoma, datada da Idade Média, tendente à impugnação de sentenças eivadas de vícios insanáveis, assim entendidas as nulidades absolutas sobre as quais não se opera a preclusão e que podem ser apontadas a qualquer momento pelas partes ou mesmo de ofício” <sup>8</sup>.

Nesse sentido citamos, ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier que afirma: “todo o problema da inexistência do ato gira em torno da *vida jurídica* do ato, sendo pois, rigorosamente, *anterior* ao problema da validade” <sup>9</sup>.

Devemos aqui fazer uma ponderação, ou seja, ao dizer que uma sentença ou ato processual é inexistente concluímos então, duas coisas: primeiro, este ato não pode produzir efeitos e se produzir devem ser extintos; segundo, não há convalidação, ou seja, poderá ser extirpada do nosso mundo a qualquer tempo.

Brilhantemente assevera Costa Coqueijo: “pode ser sintetizado que o inexistente é um não-ato, ou seja, não existe no mundo jurídico, e o que é nulo não produz efeito” <sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> KOTMASU, Roque. *Op. Cit.* – p. 164.

<sup>6</sup> KOTMASU, Roque. *Op. Cit.* – p. 161.

<sup>7</sup> KOTMASU, Roque. *Op. Cit.* – p. 233.

<sup>8</sup> MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>9</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 – p. 192.

Ainda, em relação a impossibilidade de se transitar em julgado uma sentença inexistente, podemos dizer que se houver a “declaração de inexistência de uma sentença, *incidenter tantum*, isto é, no bojo de um outro processo para cuja solução a matéria importe, da mesma forma, o assunto ficará fora da proteção da coisa julgada” <sup>11</sup>.

Em sentido contrário, quando explica sobre a imutabilidade da coisa julgada, citamos Cândido Rangel Dinamarco: “a consideração da nulidade da sentença de mérito dada sem todas as partes indispensáveis será o término do biênio para a propositura da ação rescisória (...) Depois disso aquele processo, como tal, é intocável e intocáveis os seus atos” <sup>12</sup>.

Concluimos, que melhor razão há no sentido de que embora não expressa em nosso sistema processual, a ação declaratória de inexistência é um meio idôneo para atacar sentenças ou processos que possuem vícios, nulidades e não está sujeita a prazo, sendo imprescritível, como as ações declaratórias em geral.

## 2.2 Natureza Jurídica

A ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis* em seu nascedouro, não era um recurso ou ação. Definiam os doutrinadores como sendo uma invocação do *officiu iudicis*, que seria uma forma simples de provocação do Estado para que se retirasse do sistema ato processual ou sentença que “não passavam de verdadeiros simulacros” <sup>13</sup>.

Analisando a doutrina sobre os remédios contra as decisões judiciais, concluimos que estes podem ser de três espécies: recursos (como, por exemplo, apelação e agravo), sucedâneos recursais (como, por exemplo, reexame necessário, correição parcial, pedido de

---

<sup>10</sup> COQUELLO, Costa. *Ação Rescisória*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1984 – p. 33.

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 481.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001 – p. 262.

<sup>13</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro com notas de Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky, 1976 – p. 182.

reconsideração) e ações impugnativas (como, por exemplo, ação rescisória, embargos do devedor, mandado de segurança contra ato judicial, etc).

Faz-se necessário tecer breves comentários sobre os remédios. Valendo-se da definição de Liebman, citado por Barbosa Moreira recurso é um “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou integração da decisão judicial” <sup>14</sup>.

Em relação aos sucedâneos recursais, podemos conceituá-los como mecanismos processuais, que assim como os recursos objetivam a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão, mas que por não estarem presentes todos os requisitos para serem recursos (como, por exemplo, voluntariedade, previsão legal, etc) constitui espécie diversa.

Por fim, temos as ações impugnativas ou ações de impugnação autônoma, como o próprio nome diz, são remédios voluntários que, fora da relação jurídica processual primitiva, tem por escopo a reforma ou a invalidação dos atos judiciais.

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara conclui:

(...) diferem-se entre si, basicamente, pelo fato de o recurso não provocar o aparecimento de um processo novo, sendo tão-somente um prolongamento do processo onde foi proferida a decisão atacada, enquanto a propositura de ‘ação autônoma de impugnação’ faz nascer uma nova relação processual, diversa daquela onde a decisão impugnada foi proferida <sup>15</sup>.

Então, diante da incansável busca por meios de se buscar maneiras de extirpar do nosso mundo sentenças ou processos nulos, temos que concluir que ainda existe entre nós a ação declaratória de inexistência como uma ação impugnativa geral, não estando sujeita a prazo decadencial, prescricional ou preclusivo.

---

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op.Cit.* – p. 207.

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6a ed. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 - p. 05.

### **3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO**

Antes de analisarmos o cabimento da ação declaratória de inexistência, se faz necessário, ainda, analisarmos os pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades processuais decorrentes da violação destes institutos.

#### **3.1 Pressupostos Processuais:**

Podemos conceituar os pressupostos processuais como “elementos cuja presença é imprescindível para a existência e para a validade da relação processual”<sup>16</sup>. Dessa forma, são requisitos mínimos ou condições que devem ser observadas para que a relação jurídica processual se constitua validamente, ou seja, sem os pressupostos não há relação processual.

Podemos dizer ainda, que os pressupostos processuais devem ser analisados antes das condições da ação, pois, quando o magistrado analisa as condições da ação já pressupõe um processo validamente constituído, aperfeiçoado, sendo que sobre os pressupostos processuais não se opera a preclusão.

Toda vez que um processo em andamento ou já transitado em julgado, sofra com padeça da presença de um dos pressupostos processuais de existência será por sua vez, juridicamente inexistente, por falta das bases mínimas para o seu estabelecimento como relação jurídica processual. Nesse sentido citamos Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

De fato, sentido não teria a criação de uma categoria designada de pressupostos processuais de existência, sem que se dissesse que, ausentes estes pressupostos, está-se diante de uma situação de inexistência jurídica!<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 46.

<sup>17</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 – p. 29.

A doutrina costuma dividir os pressupostos processuais em três espécies, quais sejam: pressupostos de existência (ou constituição), pressupostos de validade e pressupostos negativos. Salientando-se que os dois primeiros são considerados intrínsecos (interno ao processo) e o último extrínseco (exterior ao processo).

### **3.1.1 Pressupostos de existência:**

Os pressupostos processuais de existência (ou de constituição) são elementos da formação da relação jurídica processual. Não se confundem com a anulabilidade ou nulidade do ato processual e não convalida pelo decurso do tempo. A doutrina elenca quatro pressupostos processuais de existência, são eles: jurisdição, pedido, citação e capacidade postulatória.

Em relação a não convalidação pelo decurso do tempo, destacamos o posicionamento de Roque Kotmasu que se manifesta no seguinte sentido: “Cuidando-se de pressuposto processual de existência, não há falar em rescisória e jamais o fator tempo convalida a insuficiência do “processo”<sup>18</sup>.

A jurisdição é condição necessária para que o processo exista, ou seja, condição para tenhamos efetivamente um processo. Ainda sob esse aspecto, temos por certo que o processo é o instrumento básico para que uma pessoa possa fazer valer os seus direitos, dessa forma, o interessado na atuação concreta da lei, deve ingressar na justiça, deduzindo suas pretensões, valendo-se do seu direito constitucional de ação<sup>19</sup>. Ressalta-se que uma das características da jurisdição é inércia, ou seja, para que esta atue é necessária a sua provocação.

---

<sup>18</sup> KOTMASU, Roque. *Op. Cit.* – p. 233.

<sup>19</sup> “O direito de ação faz parte do sistema constitucional de garantias, próprias do Estado de Direito, razão pela qual alguns autores preferem denominá-lo de direito constitucional de ação, enquanto outros optam por enquadrá-lo no direito de petição” (WAMBIER, Luiz Rodrigues [Coordenador]. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 – p. 159).

Passamos agora a analisar o segundo pressuposto processual de existência, qual seja, o pedido, que é o antecedente direto, lógico e obrigatório da atividade jurisdicional do Estado, pois na petição inicial deverá o autor formular todos os seus pedidos. Deve ser destacado ainda que a nossa legislação determina que todo pedido deve ser certo, determinado ou determinável excepcionando-se o pedido genérico nos termos do artigo 286 do Código de Processo Civil.

Ainda nesse sentido, parte da doutrina se manifesta no sentido de que nos casos de sentença *ultra petita* ou *extra petita*, onde o problema envolvido está no pedido formulado na inicial e a sentença proferida pelo magistrado estaríamos diante de um processo juridicamente inexistente.

Vejamos então, o terceiro pressuposto processual de existência, qual seja, a citação, que enseja grandes discussões na doutrina. Para alguns a citação é um pressuposto de validade e não de existência. Sem adentrar esse mérito, pois não é o objeto do presente estudo, filiamos-nos a corrente que entende que citação é sim um pressuposto de existência. Sobre esse aspecto, brilhantemente Teresa Arruda Alvim Wambier se manifesta: “A citação é pressuposto processual de existência; a citação válida é pressuposto de validade”<sup>20</sup>.

Então, a citação é o ato através do qual o Estado-Juiz chama o terceiro integrante da relação processual, o réu, para que este venha se defender. Feita a citação, o réu poderá optar por comparecer ou não em juízo para se defender. A ausência do réu devidamente citado não gera mácula ao processo.

Por fim, temos o último dos pressupostos processuais de existência, qual seja, a capacidade postulatória. Sobre a capacidade postulatória, entendemos que significa dizer que a parte deverá ser representada por advogado para postular em juízo, salvo as seguintes exceções devem ser destacadas: o juizado especial cível, devendo observar os limites

---

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 52.

estabelecidos pela Lei n.º 9.099/95; o *jus postulandi* no primeiro grau da justiça trabalhista; os Juizados Especiais da Fazenda, não é possível também a parte comparecer sem advogado.

Ainda sobre essa questão, em obediência ao artigo 37 do Código de Processo Civil, devemos destacar que não basta ser advogado para postular em juízo, deverá ainda o advogado ter a condição de procurador, ou seja, possuir instrumento de mandato para poder representar a parte em juízo, ressalvados os casos em que a lei dispensar a apresentação do instrumento.

Outro exemplo que podemos citar sobre a fala de pressuposto processual de existência é a sentença *a non judice*, que se encaixa na categoria dos vícios processuais de existência, porque no caso estamos diante de uma sentença proferida por quem não está investido na função jurisdição, sendo este um dos pressupostos de existência.

### **3.1.2 Pressupostos de validade:**

Podemos considerar que os pressupostos processuais de validade são uma decorrência lógica do aperfeiçoamento da relação processual, ou seja, já consideramos estar regularmente estabelecida a relação processual. Dessa forma, os pressupostos de validade devem estar presentes para que o processo possa ter curso regular.

Nesse sentido, ante a ausência de pressupostos processuais de validade, entendemos que gerará a nulidade absoluta do processo, não a nulidade absoluta insanável (*ipso iure*) ou a inexistência jurídica. Devemos considerar como instrumento hábil para o seu manejo a ação rescisória ou a ação anulatória. Vejamos, então, cada um dos pressupostos processuais de validade.

Como primeiro pressuposto processual de validade, podemos elencar a petição inicial apta, que decorre da existência da própria petição inicial, ou seja, não basta que a petição

inicial exista, ela deve preencher os requisitos legais, estando em consonância com o disposto nos artigos 282, 284 e 295 do Código de Processo Civil.

Outro pressuposto processual é a competência e imparcialidade, estes pressupostos estão ligados as hipóteses de incompetência absoluta e a existência de impedimento do magistrado que geram a nulidade do processo.

No tocante a competência, destacamos o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, que assim se posiciona: “para que o processo exista validamente, é necessário que o juízo a que está submetido possa exercer essa jurisdição, no caso concreto, ou seja, tenha *competência*” <sup>21</sup>.

Além da competência, o magistrado deve possuir a chamada capacidade subjetiva, ou seja, imparcialidade subjetiva no julgamento da questão que lhe foi proposta, analisando o processo com plena isenção, oferecendo igual tratamento às partes envolvidas na relação processual.

Confirmando este pensamento, Teresa Arruda Alvim Wambier salienta que “estará presente o pressuposto processual da competência, se o juiz for relativamente incompetente – e o mesmo se pode dizer quanto à imparcialidade: estará presente o processual, se o juiz for suspeito. Isto porque se trata de irregularidades sanáveis” <sup>22</sup>.

Em relação aos pressupostos processuais de validade, temos a capacidade de ser parte e a capacidade para estar em juízo, sem necessidade de ser representado ou assistido, civilmente considerando. Em via de regra, todos os seres humanos podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Nesse sentido, a lei atribui a capacidade de ser parte a alguns entes desprovidos de personalidade como, por exemplo, o nascituro, espólio, massa falida, herança jacente e vacante e sociedade de fato.

---

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 46.

<sup>22</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 46.

Por sua vez, temos a capacidade processual (também conhecida como capacidade de agir ou capacidade para se estar em juízo), sendo que esta é a capacidade para se estar em juízo sem a necessidade de representação ou assistência, ou seja, somente as pessoas maiores e capazes têm essa capacidade.

Nesse ponto, citamos o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “capacidade processual é a aptidão conferida pela lei processual, que absorveu os critérios da lei civil (art. 7º do CPC) e ainda criou outras situações (v.g. art. 12, V, § 2º, do CPC) para agir em juízo. Esta aptidão tem o caráter genérico”<sup>23</sup>.

Devemos salientar que essa capacidade não é sinônimo de capacidade postulatória, somente atribuída aos advogados e ao Ministério Público. Por fim, esta ainda não pode ser confundida com a legitimidade *ad causam*, pertinência entre aquilo que se está pedindo e quem está formulando o pedido.

Nesse momento, Teresa Arruda Alvim Wambier diferencia capacidade processual e legitimidade processual, assim se referindo:

Legitimidade processual é a situação jurídica específica que liga o sujeito, que tem a condição genérica de capacidade processual, a um dado objeto e/ou a outro sujeito determinado. No caso do processo, verifica-se quando a lei processual outorga a alguém a possibilidade de exercer *concretamente* sua capacidade processual em relação a determinada situação<sup>24</sup>.

Por fim, como último pressuposto processual de validade a ser analisado, temos a citação válida. Esse requisito, assim como a petição inicial, deve obedecer a requisitos formais para que de forma válida possa trazer o réu ao processo, aperfeiçoando por fim a relação trilateral do processo e dar possibilidade ao réu de exercer o seu direito ao contraditório.

---

<sup>23</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 48.

<sup>24</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 48.

Nesse sentido, citamos Nelson Nery Junior, que conceitua a citação como sendo “o ato que implementa, por excelência, o contraditório no processo civil, que se iniciou com o ajuizamento da ação pelo autor” <sup>25</sup>.

Por oportuno, devemos citar ainda, o posicionamento de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier: “Do ponto de vista estritamente técnico, não se pode, realmente, dizer que o contestar seja efeito da citação. Mas se a citação foi viciada e houve revelia, há, por assim dizer, “presunção” no sentido de que o réu não ficou ciente de que contra ele foi proposta uma demanda” <sup>26</sup>.

Roque Komatsu e Milton Sanseverino salientam que “a inexistência de citação, sua nulidade ou ineficácia acarretam, portanto, a invalidade do processo, seja de conhecimento, de execução ou cautelar, bem assim do procedimento de jurisdição voluntária” <sup>27</sup>.

Ainda, nesse sentido, podemos dizer que a sentença proferida em processo que “faltou a citação do réu, mesmo em caso de não se tratar de um único réu, mas de um dos réus, litisconsortes necessários, não passa em julgado” <sup>28</sup>.

O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação nos termos do artigo 214, § 1º do Código de Processo Civil. Dessa situação faz-se necessários tecer duas observações sobre o possível comportamento do réu: no primeiro caso, o réu ingressa no processo apenas para alegar a falta ou a nulidade da citação e paralelamente se defende no processo; no segundo caso, se o réu ingressar no processo exclusivamente para alegar a falta ou a nulidade da citação, e sendo esta decretada, temos como consequência devemos considerar feita a citação na data da intimação do advogado do réu, em total consonância com o disposto no artigo 214, § 2º do Código de Processo Civil.

---

<sup>25</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 - p. 135.

<sup>26</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *Op. Cit.* – p. 214.

<sup>27</sup> SANSEVERINO, Milton. KOMATSU, Roque. A citação no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 – p. 106.

<sup>28</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 480.

### 3.1.3 Pressupostos negativos:

Os pressupostos processuais negativos são também chamados de extrínsecos, ou ainda de exteriores ao processo. São assim chamados porque são institutos que estão fora da relação processual, mas caso seja encontrado no processo, acabam por macular validade deste. Dessa forma, a doutrina elenca os pressupostos processuais negativos, como sendo: litispendência, coisa julgada, perempção e cláusula compromissória.

Reafirmando o acima exposto, citamos Teresa Arruda Alvim Wambier que se posiciona no sentido de que os pressupostos processuais negativos, extrínsecos ao processo não “impedem que exista a relação processual. Impediriam, isso sim, sua validade”<sup>29</sup>.

Primeiramente, analisaremos o instituto da litispendência, que podemos conceituar como sendo uma situação jurídica que ocorre quando estão em curso duas ou mais ações idênticas, ou seja, que entre elas ocorra à similitude de partes, pedido (o mérito propriamente dito) e causa de pedir (*causae petendi*). Então, o segundo processo não poderá se constituir validamente em virtude da existência do primeiro, que lhe é idêntico. Motivo para que ocorra tal situação está baseada no princípio da economia processual.

Em segundo lugar, temos a coisa julgada, destacando-se nesse ponto o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, que consiste “na circunstância de já ter havido pronunciamento judicial de mérito e trânsito em julgado sobre uma ação idêntica (*rectius*, sobre a mesma ação, ou, melhor ainda, sobre a mesma lide)”<sup>30</sup>. A coisa julgada é “inerente ao Estado Constitucional. (...) deriva do Estado de Direito e encontra base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 54.

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 54.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 – pp. 63/64.

Deve ser observado que a presença do pressuposto processual negativo da coisa julgada torna o processo eivado de nulidade absoluta insanável, isso acontece porque falta a condição da ação conhecida como interesse processual, que será analisado em capítulo posterior. Conclui-se ainda, que o vício poderá ser alegado a qualquer tempo, de ofício ou grau de jurisdição, não ocorrendo à preclusão.

Ainda como pressuposto processual negativo, temos a perempção, prevista no artigo 267, inciso III do Código de Processo Civil e que consiste na extinção sem julgamento de mérito do processo, por três vezes consecutivas. Tendo como consequência a impossibilidade da propositura de uma nova ação contra o réu com o mesmo objeto e parte.

Por fim, temos a cláusula compromissória como pressuposto processual negativo, com base na lei 9.307/96. Com o advento da lei, foram criados dois institutos diversos: o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, sendo que somente esta última possui regime jurídico idêntico ao dos pressupostos processuais negativos. Podemos verificar essa ocorrência através do disposto no artigo 314, §4º do Código de Processo Civil.

### **3.2 Condições da ação:**

As condições da ação consistem no “elo mais nítido que existe unindo o direito material ao processual” <sup>32</sup>. Para Arruda Alvim, podemos conceituar as condições da ação como sendo: “categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito” <sup>33</sup>.

Muito bem relata Luiz Rodrigues Wambier, que tais condições decorrem do direito constitucional de ação, pois, enquanto esse pode “ser exercido sem nenhuma restrição, para

---

<sup>32</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 55.

<sup>33</sup> ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. V. I. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 – p. 368.

que seja possível a regular instauração do processo e a obtenção da tutela jurisdicional, o direito de ação sujeita o autor à observância de condições (condição da ação) expressamente previstas no Código de Processo Civil”<sup>34</sup>.

Citamos, oportunamente, o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Não seria legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria economicamente legítimo impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são as fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação<sup>35</sup>.

São três as condições da ação: interesse de agir (ou interesse processual), legitimidade das partes (ou legitimidade *ad causam*) e possibilidade jurídica do pedido.

As supramencionadas condições da ação, constitui matéria de ordem pública, ou seja, independem da vontade das partes, podendo ser verificada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento das partes.

Dessa forma, temos por certo que, constatada a ausência de uma das condições da ação, o autor deverá ser considerado carecedor de ação, sendo o processo julgado sem resolução de mérito de ofício pelo juiz, com fundamento no artigo 267, inciso I do Código de Processo Civil; nos demais casos e momentos processuais, o fundamento legal será o artigo 267, inciso VI do referido código.

### **3.2.1 Interesse de agir (ou interesse processual)**

A condição da ação denominada interesse de agir ou interesse processual, está prevista no artigo 3º do Código de Processo Civil e para a doutrina majoritária se constitui sobre o

<sup>34</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 159/160.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004 – p. 299.

binômio da necessidade-utilidade<sup>36</sup>, mas para outros doutrinadores esse binômio se constitui sobre a necessidade-adequação<sup>37</sup>, respeitamos a divergência, mas filiamo-nos a corrente majoritária.

Em uma suma análise, o conceito de necessidade revela-se quando o interesse processual nasce da tutela jurisdicional, ou seja, o autor deve esclarecer que o provimento jurisdicional que deseja é a única via hábil para satisfazer seu interesse, considerando este como sendo legítimo. Então, conclui-se que:

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático<sup>38</sup>.

Por essa razão, entendemos que os outros dois conceitos, utilidade e adequação, na verdade decorrem do conceito de necessidade, ou seja, se algo é necessário para o jurisdicionado, é porque essa mesma coisa lhe é útil e que a forma para atingir deve ser a adequada.

Assim, defende Cândido Rangel Dinamarco sobre o interesse de agir: “há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional”<sup>39</sup>.

Devemos sempre estar atento ao fato de que o interesse o agir tem por objeto a necessidade da tutela jurisdicional em si, e não propriamente o bem da vida a que ela se refere. Por esse motivo, não se confunde com o interesse substancial, ou seja, com o conteúdo da pretensão levada a juízo. Nesse sentido, concluímos que a pretensão propriamente dita do

---

<sup>36</sup> Posicionamento de: Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida, Teresa Arruda Alvim Wambier, entre outros.

<sup>37</sup> Posicionamento defendido por Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil. V. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004 – p. 303).

<sup>38</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 160.

<sup>39</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* – p. 304.

demandante é questão de direito material. Então, não se pode permitir, que na análise dessa condição, que o pedido seja analisado no tocante a procedência ou não.

Para concluir, podemos perceber que a verificação do interesse processual (ou interesse de agir) justifica-se como medida de economia processual, pois, verifica-se no nascedouro da ação se esta tem possibilidade de vir a ser julgada e gerar uma sentença de mérito.

A ilustre doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, brilhantemente assim também conclui: “a atividade jurisdicional, como se sabe, inspira-se significativamente no princípio da economia processual, segundo o qual deve haver o mínimo de esforço e dispêndio, quer de tempo, quer de dinheiro, para a produção do máximo de trabalho e rendimento”<sup>40</sup>.

### **3.2.2 legitimidade das partes (ou legitimidade *ad causam*)**

Para que um processo possa seguir seu curso natural, ainda, autor e réu devem ser partes legítimas. Então, para que o autor “detenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo (nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor”<sup>41</sup>. Mais uma vez, deve ser observado que não será o direito do autor aqui julgado, o que se verifica mais uma vez é uma condição de procedibilidade da ação.

Estabelecida essa premissa, podemos notar que a legitimidade *ad causam* deve ser observada tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da ação. Por essa razão, destaca

---

<sup>40</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 62.

<sup>41</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador). *Op. Cit.* – p. 161.

Cândido Rangel Dinamarco que a falta de “legítima adequação entre o sujeito e causa” <sup>42</sup> gera a extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação.

Normalmente, as pessoas que figuram no polo ativo e no polo passivo da ação são denominadas titulares da relação processual, pois pleiteiam em nome próprio direito próprio, dessa forma, a essa situação dá-se o nome de legitimação ordinária<sup>43</sup>, conforme previsão no artigo 3º do Código de Processo Civil.

Porém, com fundamento no artigo 6º do Código de Processo Civil, a legitimidade para a causa pode ser atribuída a alguém, mas nesse caso a atribuição deve sempre ocorrer em virtude de lei. Trata-se de exceção, pois, neste caso, postula-se em nome próprio o direito alheio. Tal instituto em nosso ordenamento foi denominado de legitimação extraordinária ou substituição processual. A esse respeito, assim concluem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Como se trata de hipótese excepcional de legitimação para a causa, somente quando expressa na lei ou decorrer do sistema é que se admite a substituição processual. O titular do direito de ação (como autor ou réu) recebe a denominação de “substituto processual” e ao que se afirma titular do direito material defendido pelo substituto em juízo dá-se o nome de “substituído” <sup>44</sup>.

Ainda, sobre legitimação extraordinária podemos citar como exemplo, o caso do mandato de segurança impetrado por um, mas que na realidade busque salva guardar direito pertencente a certo grupo de pessoas, denominado mandado de segurança coletivo, nos termos da lei 12.016/09.

Pelo exposto, conclui-se que a decisão judicial sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada será eivada de nulidade absoluta insanável se prolatada em processo sem que tenham sido satisfeitas as condições da ação.

---

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* – p. 306.

<sup>43</sup> No polo ativo da ação, o que deve existir necessariamente é a devida conexão entre aquele que afirma ser titular do direito, o objeto desse direito e a pessoa que deve suportar os ônus da sentença.

<sup>44</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 – p. 267.

### 3.2.3 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido é muito questionada hoje em dia, pois, alguns doutrinadores tendem a não considerar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, pois, o conceito de possibilidade jurídica do pedido está na “possibilidade de que se admita juridicamente, *in abstracto*, o que se está pleiteando, concretamente”<sup>45</sup>. Não entrando no mérito dessa questão, pois não é o objetivo do presente estudo, não podemos ignorar o fato de que nosso ordenamento jurídico prevê expressamente esta condição no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Podemos observar, ainda, que na doutrina a possibilidade jurídica do pedido pode ser observada sobre dois aspectos, que passaremos a analisar.

O primeiro aspecto, diz que o pedido será juridicamente possível quando o ordenamento “contiver, ao menos em tese (em abstrato, portanto) previsão a respeito da providência de mérito requerida pelo autor”<sup>46</sup>. Por essa razão, entendemos que essa noção está ligada à esfera de direito privado.

Em relação ao segundo aspecto, este diz que a possibilidade jurídica do pedido está presente “sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo”<sup>47</sup>. Essa noção está ligada à esfera de direito público, que afeta as ações da administração pública a atos previstos em lei (controle de legalidade), não podendo haver juízo de conveniência e oportunidade para o administrador.

Enfim, para uma melhor definição da possibilidade jurídica do pedido, este deverá observar que ramo do direito a ação está ligada, se ao particular ou ao público.

---

<sup>45</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 55.

<sup>46</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 162.

<sup>47</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 163.

Destacamos, ainda, a noção de impossibilidade jurídica do “pedido como condição vinculada ao mérito”<sup>48</sup>; e nos casos em que “o *instrumento processual* adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido”<sup>49</sup>, quando, por exemplo, a parte requerer a prisão civil do devedor de uma obrigação pecuniária não alimentícia ou ainda, pedir a condenação do réu ao pagamento de dívida de jogo. Citamos, oportunamente o posicionamento de Vicente Greco Filho:

Cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve se limitar às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada improcedente e não o autor carecedor de ação<sup>50</sup>.

Conclui-se que, para uma melhor averiguação da possibilidade jurídica do pedido, deve ser feita uma análise do direito processual em relação ao direito material posto *sub judice*.

---

<sup>48</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 163.

<sup>49</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.* – p. 163.

<sup>50</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 – p. 86.

#### 4. HIPÓTESES DE CABIMENTO E A FUNGIBILIDADE

Depois de analisados a origem e evolução da ação declaratória de inexistência, seu conceito, natureza jurídica, condições da ação e pressupostos processuais, passamos agora a analisar as hipóteses de cabimento da ação declaratória de inexistência e a possibilidade de fungibilidade.

##### 4.1 Hipóteses de cabimento

Em nossa doutrina não há posicionamento pacífico a respeito das hipóteses de cabimento dessa ação devido à falta de previsão expressa. Por esse motivo, para alguns doutrinadores o rol de hipóteses é mais restritivo e para outros esse rol é um pouco mais amplo. Por essa razão, trataremos aqui as hipóteses que consideramos mais importantes.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier a dificuldade acerca da definição das hipóteses de cabimento da ação declaratória de inexistência se dá principalmente porque não temos uma ampla jurisprudência, ou seja, o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a maioria das hipóteses. Conclui ainda, que as hipóteses da ação declaratória de inexistência são mais fácil de serem analisadas no plano teórico e doutrinário, porque dificilmente o advogado deixará transcorrer *in albis* os prazos recursais e mais raro ainda será a hipótese em que o advogado deixe esgotar o prazo do biênio decadencial da ação rescisória<sup>51</sup>.

A hipótese de cabimento da ação de declaratória de inexistência contra sentença proferida por quem não é juiz, tem como expoente o posicionamento de Teresa Arruda Alvim

---

<sup>51</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 285.

Wambier. Como já mencionado em capítulo anterior, a sentença *a non judice*<sup>52</sup>, se encaixa na categoria das sentenças que sofrem de falta de pressuposto processual de existência (sentenças inexistentes).

Citamos como principais casos de sentenças proferidas por quem não é juiz as sentenças proferidas por “juiz afastado ou aposentando”<sup>53</sup>.

Em consonância com esse pensamento, Teresa Arruda Alvim Wambier citando Sálvio de Figueiredo Teixeira menciona que este se equipara ao exemplo acima citado, ao caso de “sentença não escrita ou não publicada”<sup>54</sup>.

Conclui-se então, que está sujeito a ação declaratória de inexistência e dessa forma, rescindível a qualquer tempo a “sentença proferida por quem não é juiz”<sup>55</sup>, pois neste caso todos os atos praticados por essa pessoa são inexistentes, pois falta ao ocupante daquele cargo o pressuposto processual da jurisdição.

Seguindo, temos a hipótese de cabimento contida no artigo 37, *caput* e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, que trata das hipóteses de atos praticados por advogado sem mandato. O mencionado dispositivo declara que devem ser considerados como “*inexistentes os atos praticados por advogados sem mandato*”<sup>56</sup>. Precisamos aqui fazer uma ressalva, ou seja, só serão considerados inexistentes os atos praticados por advogado sem mandato se este não apresentar o instrumento no prazo de quinze dias (prorrogável por mais quinze dias a critério do magistrado), respondendo ainda o advogado por despesas mais perdas e danos.

---

<sup>52</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier muito bem observa que a jurisprudência tem amenizado esse entendimento, no sentido de flexibilizar essa regra, caso seja possível provar a autenticidade por outros meios.

<sup>53</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 351.

<sup>54</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 485.

<sup>55</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 291.

<sup>56</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 291.

No tocante a esse vício, falta de instrumento de mandato, devemos observar ainda, a Súmula 115, oriunda da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça<sup>57</sup>, que declara que não será admitido o recurso perante o citado Tribunal estando ausente o instrumento de mandato do advogado. Esse posicionamento, como não poderia ser diferente se reflete na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA AOS ADVOGADOS DA PARTE AGRAVADA - PEÇA OBRIGATÓRIA NÃO JUNTADA - INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO RECURSO - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 525, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INADMISSIBILIDADE. A cópia da procuração outorgada ao patrono do agravado é peça de instrução obrigatória, de modo que sua falta impossibilita o conhecimento do recurso. Agravo não conhecido<sup>58</sup>.

O Supremo Tribunal Federal firmou o seu entendimento no mesmo sentido e editou a Súmula 288<sup>59</sup>, que não permite que um recurso seja admitido quando ausente o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição do recurso extraordinário ou ainda qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia (estando incluído aqui o instrumento de mandato).

O que se discute nessa hipótese é que a falta de capacidade postulatória (pressuposto processual de existência), ou seja, se deixarmos que um processo juridicamente inexistente transcorra até o final, de nada adiantará, pois a sentença será juridicamente inexistente da mesma forma. Concluímos em consonância com Teresa Arruda Alvim que “sobre sentenças inexistentes não pesa autoridade de coisa julgada”<sup>60</sup>.

Em relação aos efeitos, primeiramente salientamos o posicionamento de Adroaldo Furtado Fabrício que assim se manifesta sobre o ato viciado: “Sempre que se fala de ato

---

<sup>57</sup> Súmula 115, STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

<sup>58</sup> Agravo de Instrumento nº 0031363-25.2011.8.26.0000. Relator: João Negrini Filho. Comarca: Olímpia. Órgão julgador: Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Data do julgamento: 31/03/2011. Data de registro: 07/04/2011.

<sup>59</sup> Súmula 288, STF: “Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”.

<sup>60</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 293.

viciado está-se a pensar em ato existente, no sentido físico e no jurídico”<sup>61</sup>. Então, partindo dessa premissa, temos por certo que a sentença viciada ou o processo viciado produzirá efeitos até que seja declarada como tal, seja por via de ação rescisória (observado o limite temporal de dois anos) ou via ação declaratória (a qualquer tempo)<sup>62</sup>.

Seguindo, temos as hipóteses dos vícios intrínsecos (ou internos) da sentença em si mesma. Em relação a esse vício, que podem macular uma sentença, podemos dizer que existem duas categorias de vícios: a primeira categoria, quanto à extensão do decisório (*decisum*) nos casos de sentença *infra*, *extra* e *ultra petita*; a segunda categoria, ausência de relatório, fundamentação e decisório.

Em relação a questão da extensão do decisório, Teresa Arruda Alvim Wambier relaciona as principais hipóteses que teremos uma sentença *extra petita*, *ultra petita* e *infra petita*.

Em sumos conceitos, a nossa doutrina, costumeiramente conceitua a sentença *extra petita* como sendo aquela proferida fora dos pedidos, ou seja, que concede algo além do rol postulado, enquanto a sentença *ultra petita* é aquela que aprecia o pedido e lhe atribui uma extensão maior do que a pretendida pela parte. Por fim, a sentença *infra petita*, também conhecida como *citra petita*, ocorre quando o magistrado deixa de apreciar pedido formulado pelo autor.

Destaca ainda a autora que “será *extra petita* a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, coisa diversa da pleiteada, como por exemplo, a sentença que reconhece a existência de um direito real, quando o que se pleiteou foi o reconhecimento de

---

<sup>61</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *RePro*. v. 12, n. 48, outubro/dezembro. 1987, p. 27.

<sup>62</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier equipara a eficácia da sentença inexistente à lei inconstitucional, dizendo: “trata-se de fenômeno razoavelmente análogo ao da lei inconstitucional – ela não o é até que o órgão competente o afirme, embora esta afirmação, no caso de controle concentrado, tenha, como regra geral efeito *ex nunc*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 293).

um direito de crédito”<sup>63</sup>. Nesse mesmo sentido, “também será *extra petita* a sentença que aprecie e conceda o pedido, mas *por outro fundamento* que não a causa de pedir invocada pela parte”<sup>64</sup>. Então, “alterar-se o fundamento *jurídico* da inicial (qualificação *jurídica* da causa de pedir, e não a sua versão fática) na sentença não a torna *extra petita*”<sup>65</sup>.

Ainda, sobre a sentença *extra petita*, podemos dizer que “em ação de rescisão de compromisso de compra e venda, em face da mora dos compromissários compradores, não será *extra petita* a sentença que, ao decidir pela condenação presente na cláusula penal contratual, impôs multa pecuniária prevista em lei, diversa da estabelecida naquela avença”<sup>66</sup>. Por fim, “nas ações que versem relações de consumo (...), não há julgamento *extra petita* se o juiz declara a nulidade de cláusula potestativa independentemente do pedido”<sup>67</sup>.

Destaca ainda, a referida doutrina que será “*ultra petita* a sentença que for capaz de exarar efeitos jurídicos mais amplos do que os pleiteados pela parte. Assim, será *ultra petita* a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, *quantidade* ou *quantia* maior do que a pleiteada pela parte”<sup>68</sup>.

No que cerne as sentenças *infra petita*, podemos dizer que esta “será *infra petita* a sentença que julgar menos do que tenha sido pleiteado pela parte, ou seja, a sentença em que o juiz, ao decidir, considerou ou apreciou menos do que foi pedido”<sup>69</sup>.

Devemos destacar aqui, que todas as hipóteses supramencionadas relacionadas pela doutrinadora revelam também o posicionamento de nossos Tribunais Superiores sobre as questões tratadas<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 298.

<sup>64</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 300.

<sup>65</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 300.

<sup>66</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 300.

<sup>67</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 300.

<sup>68</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 305.

<sup>69</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 305.

<sup>70</sup> STJ, 3ª T., REsp 746.622/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 309; STJ, 2ª T., REsp 617.109/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 26/09/2006, DJ 04/10/2006, p. 207; STJ, 1ª T., REsp 551.959/RS, rel. Min. Luiz Fuz, j. 07/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 181; TJSP, 16ª CC, Ap. 224-390-2, rel. Des. Pereira Calças, j. 09/08/1984, v.u., JTJ(SP)-Lex 166/60.

Concluimos então, que a sentença *extra, ultra e infra petita* ferem o princípio da congruência ou adstrição, que se refere à necessidade do magistrado decidir a lide dentro dos limites objetivados pelas partes.

Esse princípio está previsto no art. 460 do CPC, *in verbis*: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

A esse respeito, conclui Teresa Arruda Alvim Wambier que “a sentença puramente *extra petita* comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença *inexistente*, uma vez que *não corresponde a pedido algum. Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente*”<sup>71</sup>.

Em relação às sentenças *infra petita*, brilhantemente conclui Teresa Arruda Alvim Wambier ao declarar que na doutrina os exemplos comumente utilizados se referem a ações em que se formulou mais de um pedido e o magistrado não julgou (ou apreciou) qualquer um deles. Dessa forma, assevera que “a sentença que aprecia mais de um pedido, seja caso de cumulação, de reconvenção, de oposição etc., é formalmente una, mas materialmente *dúplice e cindível*”<sup>72</sup>. Diante dessa situação, estaríamos em face de “*duas sentenças*: uma delas não eivada do vício e a outra inexistente, fática e juridicamente”<sup>73</sup>.

Considerando então, que estamos diante de uma sentença eivada de nulidade, está será “como um todo viciado, como uma sentença nula”<sup>74</sup>, portanto, rescindível<sup>75</sup>.

Nesse ponto assevera a ilustre doutrinadora que “considerando-se como duas sentenças, unidas apenas formalmente, uma delas seria atacável por meio de ação declaratória de inexistência, pois que a esta sentença faltaria *decisum*”<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 302.

<sup>72</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 306.

<sup>73</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 306.

<sup>74</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 306.

<sup>75</sup> As sentenças nulas podem ser rescindidas por infração ao disposto nos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.

No tocante a segunda categoria de vícios intrínsecos que podem macular uma sentença, temos a ausência (ou defeito) de relatório, fundamentação e decisório.

Para compreender melhor o que é uma sentença, devemos entendê-la sob três aspectos diferentes: a existência jurídica em si mesma, a validade e a eficácia.

No que concerne à existência jurídica em si mesma, temos por certo que a sentença deverá reunir todos os elementos previstos no artigo 458 do Código de Processo Civil, quais sejam, o relatório (resumo das principais ocorrências do processo), o fundamento (análise das questões de fato e de direito) e o dispositivo (resolução do mérito). Além da reunião desses requisitos, o juiz proferirá a decisão em processo juridicamente existente, ou seja, que não estejam ausentes os pressupostos processuais.

Nesse ponto, a nossa jurisprudência é quase que unânime no sentido de que “é nula sentença desprovida de fundamentação e de relatório”<sup>77</sup>.

Destaca Teresa Arruda Alvim Wambier que, “há de se tratar da *mesma forma* as sentenças inexistentes, por lhes faltar decisório, e a sentença que, no caso de ter havido cumulação de pedidos, se omitir em relação a um deles”<sup>78</sup>.

Devemos esclarecer que “nula é a sentença totalmente desprovida de fundamento, constituindo, a sentença assim proferida, negativa de prestação jurisdicional”<sup>79</sup>.

Esse posicionamento reflete, ainda, o posicionamento de nossa jurisprudência, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTS. 458 E 535 DO CPC. ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CERTIDÃO DE JULGAMENTO. OMISSÕES. ALEGAÇÃO GENÉRICA. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.

<sup>76</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 307.

<sup>77</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 310.

<sup>78</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 463.

<sup>79</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 310.

**1. A falta de qualquer um dos requisitos essenciais da sentença constitui negativa de prestação jurisdicional que deve ser sempre prestigiada pelo magistrado, sob pena de nulidade.**

2. O vício que inquinava a decisão, todavia, foi sanado pela Corte estadual ao julgar os segundos embargos de declaração, quando houve o enfrentamento da alegada omissão no voto condutor da apelação.

3. Não se conhece do recurso especial pela violação ao artigo 535 do CPC nos casos em que a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF, assim redigida: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

4. Ausência de prequestionamento do disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

5. A controvérsia acerca dos requisitos da divisibilidade e especificidade na cobrança da taxa de coleta de lixo e de limpeza urbana, bem como da sua base de cálculo, não pode ser apreciada sem vinculação direta ao comando inserto no art. 145, II e § 2º, da Constituição Federal, cuja análise repousa na competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, a teor do art. 102 da Carta Magna.

6. Recurso especial improvido (DESTAQUE NOSSO) <sup>80</sup>.

Ainda nesse sentido, temos por certo que a ausência de motivação da decisão implica no cerceamento do direito de defesa da outra parte, pois, “não estando fundamentado o ato judicial, fica a parte concretamente obstada de discutir a justiça ou a legalidade da decisão” <sup>81</sup>. Nesse sentido, a decisão judicial que não apresenta a necessária motivação, por deixar de explicitar o direito e os fatos determinantes da convicção do julgador, ainda que sucintamente, afronta o devido processo legal <sup>82</sup>.

Devemos destacar que é flagrante o desrespeito ao princípio do Estado Democrático de Direito, pois, o magistrado ao fundamentar a sua decisão, deverá estar atento que essa fundamentação deverá convencer “não só as partes interessadas, mas qualquer um, do seu acerto” <sup>83</sup>.

Seguindo, analisaremos agora os vícios intrínsecos do processo em que a sentença foi proferida. Nesse caso, as principais hipóteses elencadas pela doutrina são: falta de pressupostos genéricos de admissibilidade do julgamento de mérito, ausência de citação,

<sup>80</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 703.255/RJ, relator Ministro Castro Meira, j. 13/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 329. Outras decisões em relação a problemas na fundamentação: STJ, 5ª Turma, HC 105.544/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 03/02/2009, DJ 09/3/2009; STJ, 2ª Turma, REsp 710.402/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/8/2008, DJ 22/8/2008.

<sup>81</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 311.

<sup>82</sup> Decisões jurisprudenciais nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RMS 19.409/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 309; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 517.871/PE, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 28/06/2005, DJ 15/08/2005, p. 319.

<sup>83</sup> TJRN, 2ª Câmara, Ap. 99.001746-0, rel. Dês. Raimundo Nonato da Costa Alencar, j. 05.12.2001, RT 802/355.

citação de pessoa falecida ou extinta (no caso de pessoa jurídica), ausência de citação de litisconsorte necessário e defeitos do mandado de citação.

Em relação a falta de pressuposto genérico de admissibilidade do julgamento de mérito, devemos ressaltar que será nula a sentença proferida em processo nulo, então, a partir dessa premissa, as sentenças nulas são rescindíveis por ação rescisória. Ao passo que, as sentenças inexistentes<sup>84</sup> sujeitas então, a ação declaratória de inexistência. Teresa Arruda Alvim Wambier citando Lino Enrique Palácio, dá como exemplo de sentença inexistente aquela que contenha “dispositivo impossível ou absurdo”<sup>85</sup>.

Seguindo, como segunda hipótese de vício extrínseco do processo, temos a ausência de citação. Em capítulo anterior, dissemos que a citação é pressuposto processual de existência e por essa razão está sujeita a ação declaratória de inexistência.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ressalta que a citação para ser melhor compreendida, deve ser analisada (doutrinariamente) como sendo composta de dois atos: primeiro, como um ato de comunicação, entendido este como sendo aquele ato que possui informação de que há uma ação judicial em andamento e esta informação deve ser encaminhada para o réu da ação; segundo, quando a citação se perfaz, ou seja, quanto o réu efetivamente recebe a informação contida no mandato expedido pela autoridade judiciária.

Essa divisão ressaltada por Teresa Arruda Alvim Wambier adquire especial relevância quando a própria doutrinadora faz a seguinte indagação: “cabe perguntar se basta que tenha havido citação, ainda que viciada, para que se repute existente a relação processual e, portanto, também o processo. A resposta é negativa”<sup>86</sup>.

Entendemos em consonância com a doutrinadora que mais importante que a emissão da informação da existência do processo e sua validade, é o fim a que se destina a citação, ou

---

<sup>84</sup> De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, devem ser consideradas sentenças inexistentes aquelas que apresentam vícios “em si mesmas, ou que tenham sido proferidas em processos inexistentes”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 347).

<sup>85</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 350.

<sup>86</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 354.

seja, é o conhecimento por parte do réu que há uma ação judicial contra ele. Esse pensamento encontra previsão expressa em nossa legislação, pois o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, nos termos do artigo 214, § 1º do Código de Processo Civil.

Outro problema que podemos ressaltar sobre a citação é o caso da citação somada a revelia. Destaca Teresa Arruda Alvim que, deve ser a citação analisada sob dois planos, quais sejam, o da validade e o da eficácia. Então, devemos entender que apesar de a citação ter sido viciada (plano da validade), se não houve a revelia (plano da eficácia), concluímos que não houve prejuízo, ou seja, se nos afastarmos um pouco do formalismo da citação, veremos que a citação, ainda que viciada, cumpriu seus efeitos.

Considerando ainda, o processo em que tenha havido a citação nula somada a revelia, o que certamente causa prejuízo para a parte que ocupa o pólo passivo da ação, devemos observar ainda os efeitos desse vício no processo. Temos por certo que a sentença não tem a aptidão para transitar em julgado e sob o aspecto extremamente legalista e técnico, não é rescindível via ação rescisória<sup>87</sup>, pois essa ação exige para o seu ajuizamento que estejamos diante de uma sentença eivada de nulidade, mas transitada em julgado.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao fixar seu posicionamento, editou a Súmula 7, que consolida o exposto acima, vejamos:

A ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação nulamente feita.

Em consonância com esse pensamento, salientamos as observações feitas por Teresa Arruda Alvim Wambier: “Uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação

---

<sup>87</sup> A ação rescisória está prevista nos artigos 485 e 495, ambos do Código de Processo Civil, o referido artigo 495, determina ainda que essa ação deve ser ajuizada no prazo de dois anos (prazo decadencial) a contar do trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir.

viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente*, porque o foi, também, o processo”<sup>88</sup>.

Podemos então concluir, que é caso para que seja proposta ação declaratória de inexistência.

Seguindo, traçaremos agora algumas observações em relação à citação de pessoa falecida ou extinta, no caso de pessoa jurídica. Inicialmente devemos ter em mente que a “citação de pessoa falecida ou de pessoa jurídica extinta é citação inexistente, por falta de elemento essencial: o sujeito passivo”<sup>89</sup>. Vislumbra Teresa Arruda Alvim Wambier, que não estamos diante de uma hipótese acadêmica, mas tem sim relevância prática, pois, a citação pode se dar pelo correio, por edital e por hora certa e a esse tempo o citado já se encontrar falecido.

Retomando a idéia acima exposta de que a citação é ato de comunicação, com a morte do sujeito passivo da ação, esta se torna impossível. Destacamos a esse respeito as conclusões muito bem observadas pela Teresa Arruda Alvim Wambier: “estar-se-á, portanto, num caso como este, diante de sentença de mérito que não tem aptidão para produzir coisa julgada, não sendo, portanto, rescindível”<sup>90</sup>.

Outro vício extrínseco que pode acometer o processo é o caso da ausência de citação de litisconsorte necessário. Essa questão está intimamente ligada a legitimidade *ad causam*, pois, “se duas pessoas podem ser litisconsortes em determinada ação, ambas têm, em princípio, legitimidade *ad causam*”<sup>91</sup>.

O litisconsórcio necessário está regulamentado no artigo 47 do Código de Processo Civil, que deixa claro que somente haverá litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz deverá proferir a mesma decisão para ambos litisconsortes.

---

<sup>88</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 356.

<sup>89</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 361.

<sup>90</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 362.

<sup>91</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 201.

No tocante as consequências, Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta que todos os réus “têm de ter, isoladamente, legitimidade *ad causam*, mas carecerão de legitimidade *ad processum* agindo *isoladamente*, porque a lei processual determina que *devem agir juntos*, em juízo”<sup>92</sup>. Conclui-se que se os litisconsortes agirem isoladamente serão carecedores de ação.

Caso venha a ser proferida sentença em processo que não tenha sido citado litisconsorte necessário, mais uma vez será o caso de ajuizamento de ação declaratória. Nesse sentido também se posiciona Teresa Arruda Alvim Wambier se posiciona:

Se não forem citados todos aqueles que, necessariamente, devem integrar o feito, a sentença é *inutiliter datur*, não podendo produzir efeitos, quer quanto *àqueles que participaram do processo*, quer quanto *aos que não participaram*<sup>93</sup>.

Em relação as pessoas jurídicas, o problema gira em torno da possibilidade de se considerar válida a citação, quando realizada na pessoa que ostenta a aparência de ser realmente aquela que deveria receber a citação, embora não o seja (teoria da aparência).

Esse tema sempre foi extremamente controvertido na doutrina e jurisprudência mas, a doutrina majoritária e o Superior Tribunal de Justiça fixaram seu entendimento no sentido da citação ser válida se feita na pessoa que poderes de representação da empresa, vejamos o acórdão:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CITAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA.

1. Nega-se seguimento a embargos de divergência quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dominante no Tribunal.
2. Aplicação do entendimento prevalente da Corte Especial no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.
3. Agravo regimental improvido.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – pp. 201/202.

<sup>93</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 362.

<sup>94</sup> AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 205.275/PR, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 28.10.02. Outros julgados nesse sentido: REsp 1195605/RJ; AgRg no Ag 1303179/BA; REsp 676208/SC.

Consolidamos o nosso entendimento de maneira geral, em relação aos vícios que podem ocorrer na citação, que estes acabariam por gerar processo e sentença inexistentes. Isso acontece porque “sem a citação, não se triangulariza e, portanto, não se constitui em sua plenitude”<sup>95</sup>.

A esse respeito Teresa Arruda Alvim Wambier citando Lopes da Costa e Moniz Aragão fixou seu entendimento no sentido de que não é obrigação do oficial de justiça pesquisar quem é o representante da pessoa a ser citada, mas sim do autor da ação.

Vejamos agora o último vício extrínseco (ou externo) que pode macular o processo, os defeitos do mandato de citação. Um dos principais defeitos do mandato de citação é a ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil (revelia). Teresa Arruda Alvim Wambier apresenta uma indagação no sentido de que se houver essa falha, ou seja, não constar no mandato de citação que, caso o réu não se defenda reputar-se-ão os fatos narrados na inicial como verdadeiros, e se esse fato tornaria nula a citação ou ainda se não operaria os efeitos da revelia.

A jurisprudência aqui se divide, a corrente majoritária defende que ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil teria como consequência a não aplicação dos efeitos da revelia<sup>96</sup>, enquanto que uma parcela menor da jurisprudência defende sua nulidade. Vejamos um acórdão referente ao posicionamento majoritário:

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. VALIDADE. REVELIA. - EFEITOS.

Embora não invalide a citação, a omissão do mandato quanto a advertência a que alude o art. 225, II, do C.P.C., impede porém, a confissão ficta consequente da revelia (C.P.C., ART. 285)<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 364.

<sup>96</sup> Decisões jurisprudenciais nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 124024/AM, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 18/11/1997, DJ 16/03/1998 p. 140; STJ, 5ª Turma, REsp 410814/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 06/11/2007, DJe 09/06/2008.

<sup>97</sup> STJ, 5ª Turma, REsp 30222/PE, rel. Min. José Dantas, j. 16/12/1992, DJ 15/02/1993 p. 1697;

Em nosso entendimento, aplicando-se o princípio do aproveitamento<sup>98</sup>, a corrente majoritária detém o melhor entendimento, pois, a citação ocorreu de maneira válida, sendo que o defeito está somente na ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil, então, por esse motivo deve ser considerada válida a citação e o réu não poderá sofrer os efeitos da revelia.

#### **4.2 Fungibilidade entre ação declaratória de inexistência e a ação rescisória**

Temos por certo que toda vez que nos depararmos com uma sentença ou processo inexistente poderemos ingressar com ação declaratória de inexistência, então, tecnicamente considerando, não será caso de ação rescisória. Porém, ultimamente muito se discute sobre a possibilidade de se valer da ação rescisória, aplicando-se então o princípio da fungibilidade. Deixando um pouco de lado os aspectos formais, ressaltamos o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O princípio da fungibilidade é descendente direto do princípio da instrumentalidade das formas, que é mais genérico, e significa que, preenchidas determinadas condições, tanto um meio, quanto outro, podem ser empregados (= podem ser considerados adequados) para se chegar a um mesmo lugar<sup>99</sup>.

Normalmente, utilizamos esse princípio quando as leis ou a jurisprudência não são capazes de deixar claro qual o meio correto para atacar, por exemplo, uma determinada decisão, pois, não pode o jurisdicionado sofrer com os prejuízos dessa indefinição. Nesse ponto, um grande apego às formas (ou instrumentalidade das formas) representa um

---

<sup>98</sup> Quando da anulação de atos por erro de forma, usa-se o princípio do aproveitamento para minimizar o trabalho da justiça. Neste caso dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

<sup>99</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 492.

retrocesso em nosso sistema judiciário, que diante das ultimas reformas processuais buscou uma maior celeridade processual, mas sem causar prejuízos.

Como já amplamente debatido neste trabalho, para a maioria da doutrina e jurisprudência, as sentenças inexistentes, por exemplo, “não tem aptidão para transitar em julgado e, portanto, não devem ser objeto de ação rescisória” <sup>100</sup>.

O pensamento acima transcrito de Teresa Arruda Alvim Wambier, está em consonância com o nosso posicionamento, pois entendemos que falta o requisito básico para intentar ação rescisória, qual seja, uma sentença transitada em julgado.

A supramencionada doutrina, conclui pela aceitação da ação rescisória ao invés da declaratória de inexistência através da aplicação da teoria da aparência, pois, para ela, deve ocorrer o maior aproveitamento dos atos do processo, tal sorte que poderíamos concluir que aquela “sentença aparentava, em primeiro lugar, ser uma sentença e, em segundo, aparentava também ter transitado em julgado” <sup>101</sup>. Vejamos agora, alguns julgados que consolidam esse pensamento:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO NULO POR FALTA DE CITAÇÃO.

A sentença proferida em processo nulo por falta de citação deve ser atacada pela ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil; mas, sem prejuízo da ação rescisória proposta equivocadamente, o Tribunal pode, nos próprios autos desta, declarar a nulidade da indigitada citação. Precedente <sup>102</sup>.

AÇÃO RESCISÓRIA. FALTA DE CITAÇÃO.

Tem sido admitida a ação rescisória para reconhecimento da nulidade de pleno direito do processo por falta de citação inicial. Precedente. Recurso não conhecido <sup>103</sup>.

Através da leitura das ementas acima transcritas, podemos notar que o Superior Tribunal de Justiça optou pelo aproveitamento dos atos, ou seja, concordaram que a ação

<sup>100</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 493.

<sup>101</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 494.

<sup>102</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 113.091/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 10/04/2000, DJ 22/05/2000 p. 105.

<sup>103</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 330.293/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07/03/2002, DJ 06/05/2002 p. 295

rescisória não era o meio correto, mas aplicando a fungibilidade aceitaram esta ao invés da opção correta, qual seja, ação declaratória de inexistência.

Concluindo, a fungibilidade dos meios encontra-se justificada, ainda, por dois motivos: primeiro, “não existe ação declaratória de nulidade da sentença de mérito” <sup>104</sup>, justifica-se esse posicionamento, pois, como amplamente exposto as sentenças inexistentes (em si ou proferidas em processos constituídos irregularmente) não transitam em julgado; segundo, “todas as nulidades que maculam a sentença [...] não impedem que se constitua a coisa julgada material” <sup>105</sup>, pois, ainda que estejamos diante de uma sentença inexistente, para Teres Arruda Alvim Wambier, ela transita em julgado materialmente e por esse motivo desse ser rescindida.

---

<sup>104</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 497.

<sup>105</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.* – p. 497.

## 5. CONCLUSÃO

A ação declaratória de inexistência (ou *querela nullitatis insanabilis*) é um tema de grande valor, vez que as discussões sobre a eficácia das sentenças e processos inexistentes permeiam doutrinadores e operadores do direito em geral desde a época das Ordenações Filipinas.

Podemos conceituar a ação declaratória de inexistência como sendo instrumento jurídico hábil para extirpar do mundo jurídico sentenças que envolvam ato processual inexistente, ante a ausência de alguns dos pressupostos processuais de existência (ou de constituição) do processo, quais sejam, petição inicial, citação e jurisdição. Pois, não podemos permitir que perdure em nosso sistema sob a argumentação de que a coisa julgada não pode ser revista para que se alcance não só a segurança jurídica e também uma maior celeridade processual.

Em relação à natureza jurídica, verificamos que estamos diante de uma ação impugnativa ou ação de impugnação autônoma e como o próprio nome diz, são remédios voluntários que, fora da relação jurídica processual primitiva, tem por escopo a reforma ou a invalidação dos atos judiciais.

Uma das características mais importantes dessa ação é a imprescritibilidade, ou seja, ela não está sujeita ao prazo bienal da ação rescisória, por exemplo, e devemos destacar ainda que as sentenças ou processos inexistentes não estão acobertados pelo manto da coisa julgada, ou seja, seus vícios são tão graves que não convalidam, podendo ser revistos a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Os pressupostos de existência que causam a nulidade da sentença ou do ato processual são os elementos que interferem na formação da relação jurídica processual, são eles: jurisdição, pedido, citação e capacidade.

Em sumas conclusões sobre esses conceitos, concluímos que a jurisdição é condição necessária para que o processo exista, ou seja, condição para que tenhamos efetivamente um processo. Ainda sob essa égide, podemos dizer que a jurisdição revela-se ainda, como sendo a função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu, nos termos da legislação em vigor.

O segundo pressuposto processual de existência que citamos foi o pedido, que se revelou como antecedente direto e obrigatório da atividade jurisdicional do Estado. Dessa forma, cabe ao autor formular todos os pedidos na inicial. Em relação ao pedido, devemos salientar ainda, que todo pedido deve ser certo, determinado ou determinável (excetuando-se aqui as hipóteses de pedido genérico, constantes do artigo 286 do Código de Processo Civil).

Seguindo, analisamos ainda, o pressuposto processual da citação. O referido pressuposto é amplamente estudado pela doutrina e jurisprudência, pois, para alguns esse pressuposto é de validade e não existência. Como já dito anteriormente, fixamos nosso entendimento no mesmo sentido que Teresa Arruda Alvim Wambier, ou seja, a citação é um pressuposto processual de existência, enquanto que a citação válida é pressuposto de validade. Concluímos que afetar o processo a citação nula somada a revelia, pois a relação processual não estará completa. E em sentido oposto, concluímos, ainda, que a ausência do réu devidamente citado não gera mácula ao processo.

O último pressuposto processual de existência analisado foi o referente à capacidade postulatória. Concluímos que a parte para estar em juízo deverá estar sempre representada por advogado, salvo as exceções dos juizados especiais cíveis, observados os limites estabelecidos pela Lei n.º 9.099/95 e outra exceção podemos encontrar na justiça trabalhista, onde a parte pode exercer o *jus postulandi*, no limite do primeiro grau da mencionada justiça.

Seguindo, em sumas palavras, analisamos os pressupostos processuais de validade, que ante a ausência de alguns deles (petição inicial apta, competência e imparcialidade,

capacidade processual e a citação válida), entendemos que gerará a nulidade absoluta do processo, não a nulidade absoluta insanável (*ipso iure*) ou a inexistência jurídica. Devemos considerar como instrumento hábil para o seu manejo a ação rescisória ou a ação anulatória, por essa razão não nos prolongamos em sua análise.

Superados os pressupostos de validade, passaremos agora a tecer algumas considerações finais sobre os pressupostos negativos. Tais pressupostos podem, ainda, serem chamados de externos (ou exteriores) ao processo, pois, constituem situações que se presentes podem macular o processo. São eles: litispendência, coisa julgada, perempção e cláusula compromissória. Nesse ponto, concluímos em consonância com Teresa Arruda Alvim Wambier, ou seja, temos por certo que os pressupostos processuais negativos, se encontrados em um processo, não impede a formação da relação processual, mas sim macularia a validade dos atos praticados.

No tocante as condições da ação, estas revelam uma união entre o direito material e o direito processual. São três as condições da ação: interesse de agir, legitimidade das partes (ou legitimidade *ad causam*) e a possibilidade jurídica do pedido. Em sumas conclusões temos por certo que a falta de uma das condições da ação não gera a inexistência e sim torna o autor carecedor da ação.

Enfim, analisamos ainda, as hipóteses de cabimento da ação declaratória de nulidade. Nesse aspecto, tanto a doutrina, quanto à jurisprudência não são pacíficos devidos a falta de previsão expressa. A doutrina elenca um rol com mais hipóteses, pois, no plano teórico é possível encontrar várias hipóteses de cabimento, enquanto que a jurisprudência não é tão farta, pois a maioria das hipóteses não chegou a serem analisadas pelos nossos Tribunais Superiores devido ao zelo dos advogados e dos operadores de direito em geral.

Em primeiro lugar, devemos destacar os casos de sentenças proferidas por quem não é juiz, ou seja, as sentenças proferidas por juiz aposentado ou afastado. Essa hipótese contempla

a situação do magistrado que na iminência de se aposentar, por exemplo, e não estando atento ao diário oficial profere sentença depois de publicado a aposentadoria, ou afastamento. Nesse ponto concluímos que ausente o pressuposto da jurisdição, sendo então as sentenças proferidas por eles juridicamente inexistentes.

Outra hipótese que merece ser destacada é o caso da sentença não escrita ou não publicada. Teresa Arruda Alvim Wambier, ao mencionar esse caso, equipara estas sentenças à aquelas proferidas por juiz aposentado ou afastado.

Devemos elencar, ainda a hipótese contida no artigo 37, *caput* e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil. O mencionado artigo se refere à prática de atos por advogado sem mandato. A lei concede ao advogado o prazo quinze dias para o advogado juntar aos autos o instrumento, salvo na hipótese de protocolar recurso, onde o instrumento de procuração é muitas vezes considerada peça obrigatória para a admissibilidade do mesmo. Concluímos que a discussão em torno dessa hipótese é a falta de capacidade postulatória, um dos pressupostos processuais de existência.

Seguindo, a doutrina elenca ainda, os casos de vícios intrínsecos (ou internos) da sentença em si mesma. Nesse ponto, concluímos em consonância com Teresa Arruda Alvim Wambier, ou seja, os vícios intrínsecos podem ser de duas espécies: primeiro, em relação a extensão do decisório, que nos revelam os casos de sentenças *extra*, *infra petita*; segundo, a ausência de fundamentação e decisório.

Em relação a sentença *extra petita* podemos dizer que esta será sempre inexistente, pois esta não corresponde a nenhum dos pedidos, ou seja, falta o pressuposto processual de existência.

As sentenças *infra petita*, que se revelam quando no caso onde se formula mais de um pedido e o magistrado deixa de julgar (casos de reconvenção, oposição, cumulação de pedidos), por essa razão, estaríamos diante de uma sentença dúplice. A esse respeito nos

posicionamos novamente em consonância com Teresa Arruda Alvim Wambier, ou seja, para a doutrinadora existem duas sentenças, uma delas não eivada de vício (aquela parte que o magistrado julgou) e outra inexistente fática e juridicamente. Dessa forma, temos por certo que uma delas seria atacável por meio da ação declaratória de inexistência, pois ausente o *decisum*.

Em relação à segunda categoria de vícios intrínsecos, falta de fundamentação e relatório, a nossa doutrina e jurisprudência são quase que pacíficos no sentido de concluir pela nulidade da sentença. Em consonância com Teresa Arruda Alvim Wambier, concluímos da mesma forma, e salientamos que se a sentença for desprovida totalmente de fundamento além de ser nula, deve também ser considerada uma negativa de prestação jurisdicional do Estado. Em última análise, entendemos que essa nulidade ferirá o direito ao contraditório e a ampla defesa, pois, não fornecerá ao sucumbente, todos os elementos necessários para que possa se voltar contra a decisão tomada. Fere ainda o princípio constitucional do devido processo legal.

Seguindo, analisaremos agora os vícios intrínsecos do processo em que a sentença foi proferida. Nesse caso, as principais hipóteses elencadas pela doutrina são: falta de pressupostos genéricos de admissibilidade do julgamento de mérito, ausência de citação, citação de pessoa falecida ou extinta (no caso de pessoa jurídica), ausência de citação de litisconsorte necessário e defeitos do mandado de citação.

Em relação à falta de pressuposto genérico de admissibilidade do julgamento de mérito, devemos ressaltar que será nula a sentença proferida em processo nulo, então, a partir dessa premissa, as sentenças nulas são rescindíveis por ação rescisória. Ao passo que, as sentenças inexistentes estão sujeitas, então, a ação declaratória de inexistência. Teresa Arruda Alvim Wambier citando Lino Enrique Palácio, dá como exemplo de sentença inexistente aquela que contenha “dispositivo impossível ou absurdo”.

Seguindo, como segunda hipótese de vício extrínseco do processo, temos a ausência de citação. Em capítulo anterior, dissemos que a citação é pressuposto processual de existência e por essa razão está sujeita a ação declaratória de inexistência. Teresa Arruda Alvim Wambier, ressalta que a citação para ser melhor compreendida, deve ser analisada (doutrinariamente) como sendo composta de dois atos: primeiro, como um ato de comunicação, entendido este como sendo aquele ato que possui informação de que há uma ação judicial em andamento e esta informação deve ser encaminhada para o réu da ação; segundo, quando a citação se perfaz, ou seja, quanto o réu efetivamente recebe a informação contida no mandato expedido pela autoridade judiciária. Entendemos em consonância com a doutrinadora que mais importante que a emissão da informação da existência do processo e sua validade, é o fim a que se destina a citação, ou seja, é o conhecimento por parte do réu que há uma ação judicial contra ele. Esse pensamento encontra previsão expressa em nossa legislação, pois o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, nos termos do artigo 214, § 1º do Código de Processo Civil.

Outro problema que podemos ressaltar sobre a citação é o caso da citação somada a revelia. Destaca Teresa Arruda Alvim que, deve ser a citação analisada sob dois planos, quais sejam, o da validade e o da eficácia. Então, devemos entender que apesar de a citação ter sido viciada (plano da validade), se não houve a revelia (plano da eficácia), concluímos que não houve prejuízo, ou seja, se nos afastarmos um pouco do formalismo da citação, veremos que a citação, ainda que viciada, cumpriu seus efeitos. Concluímos, a esse respeito que uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente*, porque foi também o processo, sujeito então a ação declaratória de inexistência.

Seguindo, traçaremos agora algumas observações em relação à citação de pessoa falecida ou extinta, no caso de pessoa jurídica. Inicialmente devemos saliente que a citação de

pessoa falecida ou de pessoa jurídica extinta é citação inexistente, por falta de elemento essencial: o sujeito passivo. Dessa forma também se posicionou Teresa Arruda Alvim Wambier, que não estamos diante de uma hipótese acadêmica, mas tem sim relevância prática, pois, a citação pode se dar pelo correio, por edital e por hora certa e a esse tempo o citado já se encontrar falecido.

Outro vício extrínseco que pode acometer o processo é o caso da ausência de citação de litisconsorte necessário, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil, que deixa claro que somente haverá litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz deverá proferir a mesma decisão para ambos litisconsortes. Caso venha a ser proferida sentença em processo que não tenha sido citado litisconsorte necessário, mais uma vez será o caso de ajuizamento de ação declaratória.

Em relação as pessoas jurídicas, o problema gira em torno da possibilidade de se considerar válida a citação, quando realizada na pessoa que ostenta a aparência de ser realmente aquela que deveria receber a citação, embora não o seja (teoria da aparência). Em consonância com o nosso posicionamento, Teresa Arruda Alvim Wambier citando Lopes da Costa e Moniz Aragão fixou seu entendimento no sentido de que não é obrigação do oficial de justiça pesquisar quem é o representante da pessoa a ser citada, mas sim do autor da ação.<sup>E</sup>

Vejamos agora o último vício extrínseco (ou externo) que pode macular o processo, os defeitos do mandato de citação. Um dos principais defeitos do mandato de citação é a ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil. Temos por certo, e nos posicionamos da mesma forma que Teresa Arruda Alvim Wambier, mas devemos observar que a jurisprudência aqui se divide, a corrente majoritária defende que ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil teria como consequência a não aplicação dos efeitos da revelia, enquanto que uma parcela menor da jurisprudência defende sua nulidade. Em nosso entendimento, aplicando-se o princípio do aproveitamento, a corrente

majoritária detém o melhor entendimento, pois, a citação ocorreu de maneira válida, sendo que o defeito está somente na ausência da advertência do artigo 285 do Código de Processo Civil, então, por esse motivo deve ser considerada válida a citação e o réu não poderá sofrer os efeitos da revelia.

Por fim, temos que concluir que a ação declaratória de inexistência se revela um campo aberto para muitas discussões. Procuramos nesse trabalho demonstrar as principais hipóteses, ou seja, aqueles casos que acreditamos ser certo o seu cabimento e que o manejo de outro instrumento em seu lugar, como, por exemplo, a ação rescisória, não representaria aplicação da melhor técnica.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. V. I. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COQUEIJO, COSTA. *Ação Rescisória*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1984.

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

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *RePro*. v. 12. n. 48, outubro/dezembro. 1987, pp. 27-44.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KOTMASU, Roque. *Da invalidade no processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Estudos sobre o processo civil brasileiro com notas de Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 6ª ed Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. V. 1. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. *A citação no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *RePro*. v. 27. n. 107, julho/setembro. 2002, pp. 24-63.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.