

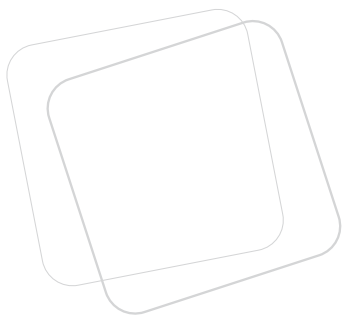
**DANIEL** AMORIM  
ASSUMPCÃO  
**NEVES**

MANUAL DE DIREITO  
**PROCESSUAL CIVIL**  
volume único

**15<sup>a</sup>** | revista,  
edição | atualizada e  
ampliada

**2023**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



## AÇÃO

**Sumário:** 2.1. Teorias da ação: 2.1.1. Teoria imanentista (civilista); 2.1.2. Teoria concreta da ação; 2.1.3. Teoria abstrata do direito de ação; 2.1.4. Teoria eclética; 2.1.5. Teoria da asserção – 2.2. Condições da ação: 2.2.1. Introdução; 2.2.2. Possibilidade jurídica do pedido; 2.2.3. Interesse de agir; 2.2.4. Legitimidade – 2.3. Elementos da ação: 2.3.1. Introdução; 2.3.2. Partes; 2.3.3. Pedido; 2.3.4. Causa de pedir.

### 2.1. TEORIAS DA AÇÃO

É natural que com o desenvolvimento e aprimoramento dos estudos a respeito da ciência processual tenham surgido diferentes teorias a respeito da natureza jurídica da ação. Existem algumas, como a teoria imanentista e a teoria do direito concreto de ação, que atualmente só têm interesse histórico, mas outras têm valor atual, considerando-se que até hoje existe viva polêmica a respeito da melhor teoria para explicar a natureza jurídica da ação.

Ainda que o Código de Processo Civil tenha expressamente consagrado a teoria eclética da ação, existem entendimentos doutrinários que defendem a teoria do direito abstrato de ação e a teoria da asserção.

#### 2.1.1. Teoria imanentista (civilista)

Na teoria imanentista o direito de ação é considerado o próprio direito material em movimento, reagindo a uma agressão ou a uma ameaça de agressão. Nessa concepção, que não consegue entender o direito de ação como direito autônomo, quando há respeito ao direito

material, ele remanesce estático, colocando-se em movimento somente no caso de agressão ou ameaça, hipótese na qual passa a ser considerado *direito de ação*.

É evidente que na teoria imanentista não existe direito de ação sem existir direito material, até porque se trata do mesmo direito em diferentes estados (estático e em movimento)<sup>1</sup>. Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é um poder que o indivíduo possui contra o seu adversário e não contra o Estado, sendo o processo um mero procedimento, ou seja, um conjunto de atos coordenados visando à obtenção de um objetivo final.

A ideia de ser o direito material e o direito de ação um mesmo direito já foi há tempos abandonada, tendo atualmente tão somente interesse histórico. Mais precisamente, deve-se à famosa polêmica entre Windscheid e Muther, dois romanistas estudiosos do conteúdo da *actio* romana, a superação da confusão realizada pela teoria imanentista. A partir dessa polêmica e de estudos posteriores, como a clássica obra de Oscar von Bülow a respeito dos

<sup>1</sup> Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 211.

pressupostos processuais, o direito processual passou a ser estudado de forma científica, e o direito de ação passou a ser diferenciado do direito material<sup>2</sup>.

### 2.1.2. Teoria concreta da ação

A teoria concreta da ação, também conhecida como teoria do direito concreto de ação, criada por Wach na Alemanha, tem como mérito ser a primeira teoria que fez a distinção entre direito de ação e direito material. Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado, com o objetivo de obtenção de uma sentença favorável, e ao mesmo tempo um direito contra o adversário, que estará submetido à decisão estatal e aos seus efeitos jurídicos<sup>3</sup>.

Apesar do avanço quando comparada com a teoria imanentista, a teoria concreta defende que o direito de ação só existe se o direito material existir, condicionando a existência do primeiro à existência do segundo. Reconhece-se a autonomia do direito de ação, mas não a sua independência, considerando que o direito de ação dependeria do direito material.

Como vertente da teoria do direito concreto, na Itália Chiovenda defendeu o entendimento de ser o direito de ação um direito potestativo, considerando que o direito a uma sentença favorável não cria nenhuma obrigação ao adversário diante do exercício do direito de ação, simplesmente estando sujeito ao seu exercício, independentemente de sua vontade ou de conduta a ser por ele prestada<sup>4</sup>. Entendeu o doutrinador italiano que a ação não era um direito contra o Estado, mas um poder a ser exercido contra o réu, que ficaria sujeito aos efeitos jurídicos derivados do exercício do direito de ação pelo autor e a consequente sentença em seu favor<sup>5</sup>.

A teoria concreta do direito de ação encontra-se superada, somente tendo interesse histórico. Nunca conseguiu responder a dois questionamentos que demonstram a sua impropriedade:

- (a) na hipótese de sentença de improcedência há declaração de que o direito material alegado pelo autor não existe; nesse caso, com a resolução do mérito desfavorável

ao autor, não teria ele exercido o direito de ação?

- (b) na hipótese de sentença de procedência na ação declaratória negativa, quando o acolhimento do pedido do autor declara a inexistência do direito material; não teria havido direito de ação nessa sentença de procedência do pedido?

Como se nota com facilidade nos dias atuais, a vinculação entre a existência de direito de ação e a existência do direito material não consegue explicar algumas situações nas quais, apesar de inexistir o direito material, não existe dúvida a respeito da existência do direito de ação. De qualquer forma, foram os defensores da teoria concreta do direito de ação os primeiros a falar em condições da ação, embora com definição distinta da que se faz atualmente, o que mostra o avanço científico obtido com as teses criadas para defender a teoria.

### 2.1.3. Teoria abstrata do direito de ação

A teoria abstrata do direito de ação, também chamada de teoria do direito abstrato de ação, consequência das teorias criadas por Degenkolb e Plósz, incorpora o entendimento assimilado pela teoria concreta de que direito de ação e direito material não se confundem. Mantém a autonomia entre esses dois direitos e vai além, ao afirmar que o direito de ação é independente do direito material, podendo existir o primeiro sem que exista o segundo. O direito de ação, portanto, é o direito abstrato de obter um pronunciamento do Estado, por meio da decisão judicial. É evidente que para os defensores dessa teoria a sentença de improcedência não retira no caso concreto a existência do direito de ação do autor, o mesmo ocorrendo com a sentença de procedência da ação declaratória negativa.

Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é abstrato, amplo, genérico e incondicionado, não existindo nenhum requisito que precise ser preenchido para sua existência. Nessa concepção, não existem condições para o exercício da ação, muito menos quando tais condições só podem ser analisadas à luz do direito material, que para a teoria abstrata é absolutamente irrelevante para fins de existência do direito de ação.

Essa característica de ser o direito de ação incondicionado leva os abstrativistas puros a rejeitar a existência das condições da ação consagradas em nosso ordenamento processual. Para essa

<sup>2</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 162; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 216-218.

<sup>3</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 164.

<sup>4</sup> Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 223.

<sup>5</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 165-166.

corrente de pensamento, o termo *carência de ação* não existe, porque não existe nenhuma condição para o exercício do direito de ação, sendo que as chamadas “condições da ação” – interesse de agir e legitimidade – são na realidade matéria de mérito, de forma que a inexistência das chamadas condições da ação no caso concreto deve gerar uma sentença de improcedência, com a rejeição do pedido do autor e a declaração da inexistência de seu direito material<sup>6</sup>.

A consequência prática da adoção desse entendimento é relevante: ao entender que toda sentença de carência da ação é na realidade uma sentença de mérito (art. 487, I, do CPC), após o trânsito em julgado essa sentença estará protegida pelo fenômeno da coisa julgada material, o que não ocorre com a sentença terminativa fundada em carência de ação (art. 485, VI, do CPC). Para alguns doutrinadores, essa tese, além de ser academicamente a mais correta, é a mais condizente com o princípio da economia processual, ao evitar a repositura de demandas cuja pretensão do autor já foi rejeitada<sup>7</sup>.

#### 2.1.4. Teoria eclética

Atribui-se a Liebman a criação da teoria eclética, que pode ser entendida como uma teoria abstrata com certos temperamentos. Para a teoria eclética, o direito de ação não se confunde com o direito material, inclusive existindo de forma autônoma e independente. Não é, entretanto, incondicional e genérico, porque só existe quando o autor tem o direito a um julgamento de mérito (é irrelevante se favorável ou desfavorável), sendo que esse julgamento de mérito só ocorre no caso concreto quando alguns requisitos são preenchidos de forma a possibilitar ao juiz a análise da pretensão do autor.

A teoria eclética defende que a existência do direito de ação não depende da existência do direito material, mas do preenchimento de certos requisitos formais chamados de “condições da ação”<sup>8</sup>. Para essa teoria, as condições da ação não se confundem com o mérito, ainda que sejam aferidas à luz da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo analisadas preliminarmente e, quando ausentes, geram uma sentença terminativa de carência de ação (art. 485, VI, do CPC) sem a

formação de coisa julgada material<sup>9</sup>. Estando presentes no caso concreto, o juiz profere sentença de mérito, que tanto poderá acolher como rejeitar o pedido do autor. Tratando-se de matéria de ordem pública não há preclusão, entendendo os defensores da teoria eclética que a qualquer momento do processo e com qualquer grau de cognição o juiz deve extinguir o processo sem resolução de mérito por carência de ação se entender ausente uma das condições da ação<sup>10</sup>.

Como a sentença de carência de ação é uma resposta do Estado-juiz ao exercício de um direito do autor, a teoria eclética tem que explicar que direito exercido foi esse que obrigou o Estado a proferir uma resposta. Faz-se uma distinção entre o direito de petição, que é o direito a obter uma manifestação de qualquer órgão público, entre eles o Poder Judiciário, e o direito de ação, que é o direito a uma sentença de mérito. Enquanto o direito de petição é amplo, genérico e incondicional, o direito de ação depende do preenchimento das condições de ação. Uma mesma explicação com nomenclatura distinta está na diferença entre o *direito constitucional de ação* e o *direito processual de ação*, sendo o primeiro incondicional e o segundo dependente de determinadas condições<sup>11</sup>.

O Código de Processo Civil adotou a teoria eclética, ao prever expressamente que a sentença fundada em ausência das condições da ação é meramente terminativa, não produzindo coisa julgada material (art. 485, VI, do CPC)<sup>12</sup>, ainda que não conste mais expressamente do texto legal a expressão “condições da ação”, o que, entretanto, é irrelevante, como se tentará demonstrar no próximo item. Ressalte-se que a melhor doutrina entende que as condições da ação devem estar presentes no momento da prolação da sentença, de forma que eventos supervenientes devem ser levados em consideração em sua análise (art. 493 do CPC).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que a determinação da natureza da sentença (de mérito ou terminativa) leva em consideração seu conteúdo e não a expressa menção a uma dessas espécies na própria decisão. Dessa forma, entendeu como sendo efetivamente de mérito uma decisão proferida em mandado de

<sup>6</sup> Baptista da Silva, *Curso*, p. 108-109; Fábio Gomes, *Carência*, p. 61-70.

<sup>7</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 181.

<sup>8</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 542, p. 296; Greco Filho, *Direito*, n. 08, p. 43.

<sup>9</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 52, p. 62; STJ, 3.ª Turma, REsp 782.122/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.11.2005.

<sup>10</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 167.

<sup>11</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 168-169; Fux, *Curso*, p. 148; Costa, *Condições*, p. 39-42.

<sup>12</sup> *Informativo* 381/STJ: 4.ª Turma, REsp 254.417/MG, j. 16.12.2008, rel. Luís Felipe Salomão.

segurança que, com o equivocado fundamento de ilegitimidade ativa de parte, rejeitou o pedido do impetrante num mandado de segurança pela inexistência de direito material<sup>13</sup>.

Proposta uma ação sem a presença das condições da ação, caso estas venham a se verificar supervenientemente, não caberá extinção do processo sem a resolução do mérito. Com o mesmo raciocínio, mesmo estando as condições da ação presentes no momento da propositura, havendo carência superveniente, o processo deve ser imediatamente extinto sem a resolução do mérito, em aplicação do art. 493 do CPC<sup>14</sup>. Na carência superveniente a questão referente ao responsável pelo pagamento das verbas de sucumbência deve ser resolvida com base em dois elementos:

- (a) se no momento de propositura da demanda era necessária a intervenção jurisdicional;
- (b) quem foi o responsável pelo ato superveniente que acarretou a carência da ação, devendo a este ser imputada a responsabilidade de pagamento das verbas de sucumbência<sup>15</sup>.

### 2.1.5. Teoria da asserção

Em tempos mais recentes surgiu na doutrina a teoria da asserção (*in statu assertionis*), também chamada de teoria *della prospettazione*, que pode ser considerada uma teoria intermediária entre a teoria abstrata pura e a teoria eclética. Para essa corrente doutrinária a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com os elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. Existe até mesmo parcela doutrinária que entende que tal análise possa ser feita depois da petição inicial, desde que ainda com uma cognição superficial das alegações feitas pelo autor<sup>16</sup>.

Para os defensores da teoria da asserção, sendo possível ao juiz mediante uma cognição sumária perceber a ausência de uma ou mais condições da ação, deve extinguir o processo sem a resolução do mérito por carência de ação (art. 485, VI, do CPC), pois já teria condições desde o limiar do processo de extingui-lo e assim evitar o desenvolvimento de

atividade inútil. Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria eclética.

Por outro lado, caso o juiz precise no caso concreto de uma cognição mais aprofundada para então decidir sobre a presença ou não das condições da ação, não mais haverá tais condições da ação, que passarão a ser entendidas como matérias de mérito. Dessa forma, aprofundada a cognição, a ausência daquilo que no início do processo poderia ter sido considerado uma condição da ação passa a ser matéria de mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor (art. 487, I, do CPC), com a geração de coisa julgada material. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria abstrata pura.

Em síntese conclusiva, o que interessa para fins da existência das condições da ação para a teoria da asserção é a mera alegação do autor, admitindo-se provisoriamente que o autor está dizendo a verdade. Se o autor alega ser o possuidor numa ação possessória, já basta para considerá-lo parte legítima, sendo a análise da veracidade ou não dessa alegação relegada ao juízo de mérito<sup>17</sup>. A teoria ora analisada tem ampla aceitação no Superior Tribunal de Justiça, podendo-se considerar ter a Corte adotado a teoria da asserção<sup>18</sup>, inclusive em processos penais<sup>19</sup>.

Além da óbvia diminuição de sentenças terminativas por carência de ação, que serão substituídas por sentença de improcedência do pedido, a adoção da teoria da asserção gera outra importante consequência prática. Como as condições da ação perdem tal natureza a partir do momento em que o réu é citado, passando a ser enfrentadas como mérito, afasta-se delas a natureza de ordem pública, de forma que passam a estar sujeitas à preclusão<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Informativo 406/STJ: REsp 915.907-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.09.2009.

<sup>14</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 167; Dinamarco, *Instituições*, n. 554, p. 315-317; STJ, 1.ª Turma, RMS 21.651/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.11.2008.

<sup>15</sup> STJ, 3.ª Turma, REsp 1.072.814/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.10.2008 (*Informativo 370/STJ*).

<sup>16</sup> Bedaque, *Condições*, p. 54.

<sup>17</sup> Greco, *A teoria*, n. 2.3, p. 23-25; Marinoni, *Teoria*, p. 181-182; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 122; Barbosa Moreira, *Legitimação*, p. 200.

<sup>18</sup> Informativo 697/STJ, 3ª Turma, REsp 1.609.701-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, por unanimidade, j. 18/05/2021, DJe 20/05/2021; STJ, 4ª Turma, REsp 1.678.681/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/12/2017, DJe 06/02/2018; STJ, 2ª Turma, REsp 1.395.875/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.02.2014, DJe 07.03.2014.

<sup>19</sup> STJ, 5ª Turma, REsp. 1.354.838/MT, rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do TJPR), j. 02.04.2013, DJe 05.04.2013.

<sup>20</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 10.643/RS, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02.05.2013, DJe 13.05.2013; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp. 688.552/RJ, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02.08.2012, DJe 10.08.2012.



A principal crítica à teoria da asserção tem como fundamento a impossibilidade de modificar a natureza de um instituto jurídico tomando-se por base a diferente carga cognitiva ou o momento em que um pronunciamento é proferido. Assim, uma condição da ação será sempre uma condição da ação, não tendo nenhuma relevância se sua ausência pode ser percebida liminarmente pelo juiz ou somente após o exaurimento de sua cognição<sup>21</sup>. Ademais, bastaria ao autor mentir em sua petição inicial para adaptá-la as exigências das condições da ação para merecer um julgamento de mérito.

## 2.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

### 2.2.1. Introdução

A retirada do termo “condições da ação” do Código de Processo Civil animou parcela da doutrina ao levantar a questão do afastamento desse instituto processual de nosso sistema processual, de forma que o interesse de agir e a legitimidade passassem a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto<sup>22</sup>.

Essa parcela da doutrina entende que o Código de Processo Civil teria consagrado o binômio *pressupostos processuais e mérito*, e que, ao adotar o binômio, as condições da ação deixaram de existir. É o conceito ‘condição da ação’ que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária)<sup>23</sup>.

Corroboraria tal entendimento o fato de que diante do Código de Processo Civil a propositura da nova ação extinta por ausência de legitimidade e/ou interesse de agir depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito (art. 486, § 1.º, do CPC). Há também a previsão do § 2.º do art. 966 do CPC: nas hipóteses previstas no *caput*, será rescindível a decisão transitada

em julgado que, embora não seja de mérito, não permita a repropositura da demanda ou impeça o reexame do mérito.

Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos processuais ou mérito a depender do caso, seria ver consagrada no Código de Processo Civil a teoria abstrata do direito de ação.

Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação<sup>24</sup>. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas, de vedação à repropositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o atual diploma processual não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que reconhece a ausência de legitimidade e/ou interesse de agir, o Código de Processo Civil permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética.

Entendo, portanto, que tanto o CPC/1973 como o Código de Processo Civil de 2015 consagram a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/1973 consagra três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade

<sup>21</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 313-315.

<sup>22</sup> Medina, *Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>>. Acesso em: 13 fev. 2015, às 12:25; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, pp. 54-55.

<sup>23</sup> Didier, *As condições da ação e o Novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/as-condicoes-da-acao-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 13 mar. 2015, às 10:07.

<sup>24</sup> Pela manutenção das condições da ação no Novo CPC: Câmara, *Será*, pp. 261-269; Theodoro Jr., *Curso*, n. 95, pp. 157-158; Scarpinella Bueno, *Manual*, pp. 98-99.

jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade<sup>25</sup>.

É nesse sentido o art. 17 do CPC ao prever que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito. Registre-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a legitimidade<sup>26</sup> e o interesse de agir<sup>27</sup> continuam a ser tratados como condições da ação, cuja ausência no caso concreto leva à extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação.

A retirada, entretanto, da possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, nem sempre levará o juiz a entender as situações que na vigência do diploma revogado eram analisadas sob a ótica dessa condição da ação como causas de falta de interesse de agir.

Acredito que o juiz passe, ao menos em algumas situações, a simplesmente julgar improcedente o pedido do autor. Essa nova realidade, com a aprovação do Código de Processo Civil nos termos propostos, tende a se verificar especificamente quando o pedido for juridicamente impossível<sup>28</sup>. Se um Estado da Federação pede sua retirada do Brasil, o juiz afirma que o Estado não tem esse direito e julga o pedido improcedente, sendo que sob o CPC/1973 deveria julgar extinto o processo sem a resolução de mérito. Consequência prática interessante do entendimento é o cabimento de agravo de instrumento da decisão interlocutória que versar sobre a impossibilidade jurídica do pedido nos termos do art. 1.015, II, do CPC<sup>29</sup>.

Por outro lado, nas hipóteses em que a impossibilidade jurídica não deriva do pedido, mas das partes ou da causa de pedir, entendo mais adequado

que, mesmo diante da aprovação do dispositivo ora comentado, o juiz continue a extinguir o processo sem a resolução de mérito, agora com fundamento na ausência de interesse de agir, em sua modalidade de *adequação*. Numa cobrança de dívida de jogo, por exemplo, não parece correto o julgamento de improcedência, o que significaria que o direito de crédito alegado pelo autor não existe, o que não condiz com a realidade. Afinal, a vedação no sistema jurídico para a cobrança judicial dessa espécie de dívida não quer dizer que ela não exista.

## 2.2.2. Possibilidade jurídica do pedido

Ainda que não seja mais prevista como condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido não deixará faticamente de existir, cabendo sua análise mesmo que no Código de Processo Civil de 2015 sua presença passe a levar à extinção do processo por falta de interesse de agir, ausência de pressuposto processual ou improcedência da ação.

Numa análise abstrata do pedido do autor à luz do ordenamento jurídico, são três os possíveis resultados:

- (a) o pedido está expressamente previsto como apto a receber a proteção jurisdicional;
- (b) não há nenhuma previsão legal a respeito do pedido;
- (c) existe uma expressa vedação na lei ao pedido formulado.

Desses três resultados possíveis, somente a vedação legal constitui a impossibilidade jurídica do pedido<sup>30</sup>. Numa análise abstrata e realizada *a priori*, o juiz deve considerar hipoteticamente que o autor tem razão em tudo que alega, e a partir daí verificar se existe a vedação legal ao que pretende receber, o que impedirá a continuidade do processo em razão de sua manifesta inutilidade.

Existe divergência a respeito do que significa *pretensão vedada pelo ordenamento jurídico*. Enquanto parcela da doutrina entende que se trata do pedido mediato, considerando-se que o pedido de tutela jurisdicional é sempre possível<sup>31</sup>, outra parcela defende que a impossibilidade jurídica do pedido recai sobre o pedido imediato, porque saber se o autor tem ou não o direito à obtenção do bem

<sup>25</sup> Marinoni, *Teoria*, p. 173-174; Dinamarco, *Instituições*, n. 453, p. 299.

<sup>26</sup> STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.679.189/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 05/12/2017, DJe 19/12/2017.

<sup>27</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.431.244/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

<sup>28</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.757.123/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/08/2019, DJe 15/08/2019; STJ, 1ª Seção, AR 3.667/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 27/04/2016, DJe 23/05/2016.

<sup>29</sup> Informativo 654/STJ, 3ª Turma, REsp 1.757.123-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/08/2019, DJe 15/08/2019.

<sup>30</sup> Fux, *Curso*, p. 161; Didier, *Curso*, p. 164-165; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 129; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 853.234/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.12.2008.

<sup>31</sup> Fux, *Curso*, p. 162.

da vida pretendido é matéria de mérito<sup>32</sup>, havendo também os que entendem que a ilicitude possa ser do pedido imediato e/ou mediato<sup>33</sup>.

Entendo que a primeira corrente é a mais acertada, valendo-se a segunda corrente doutrinária da dificuldade prática de distinguir a impossibilidade jurídica do pedido do mérito para afirmar equivocadamente ser possível verificar a carência da ação somente com a análise do pedido em seu aspecto processual. Ainda que se reconheça essa dificuldade prática, é impossível imaginar um pedido imediato juridicamente impossível, considerando que a tutela jurisdicional é sempre admitida em lei em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF).

Existe parcela doutrinária que defende a insuficiência da ideia original de impossibilidade jurídica do pedido. Nesse entendimento, a possibilidade jurídica deve ser analisada tomando-se como base de análise todos os elementos da ação – ou demanda –, e não somente o pedido<sup>34</sup>. O pedido será juridicamente impossível quando a pretensão desejada pelo autor for expressamente vedada pelo ordenamento jurídico, como ocorre numa ação em que um Estado brasileiro pede seu desligamento da Federação (direito de secessão). A causa de pedir será juridicamente impossível quando a ordem jurídica negar aos fatos narrados pelo autor a geração de direitos, como ocorre numa ação em que se cobra uma dívida de jogo. A parte pode gerar impossibilidade jurídica em determinadas situações, como ocorre com a Fazenda Pública, que não pode ser executada por quantia certa da forma tradicional (penhora/expropriação)<sup>35</sup>.

Apesar de entender adequada a tese da impossibilidade jurídica da ação – ou da demanda – e não somente do pedido, entendo que a execução por procedimento comum movida contra a Fazenda Pública contém um vício procedimental, que inclusive pode ser saneado por emenda à petição inicial, não sendo hipótese de extinção do processo sem a resolução do mérito. Diferente é a hipótese de um réu preso ser litigado nos Juizados Especiais, o que é vedado expressamente pelo art. 8.º da Lei 9.099/1995, sendo nesse caso a demanda juridicamente impossível – evidentemente em sede

de Juizados Especiais – em razão da parte<sup>36</sup>. Compreendo que para os críticos da teoria a extinção desse processo também poderia ser justificada pela incompetência absoluta dos Juizados Especiais.

### 2.2.3. Interesse de agir

A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional<sup>37</sup>. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que não existe utilidade prática, e por consequência interesse de agir, em execução de valor ínfimo pela Fazenda Pública<sup>38</sup>.

Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. O juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo. Ter ou não razão em suas alegações e pretensões é irrelevante nesse tocante, não afastando a carência da ação por falta de interesse de agir.

Segundo parcela da doutrina, o interesse de agir deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter<sup>39</sup>. Também é nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>40</sup>.

Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a um direito, consubstanciada

<sup>32</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 65-66.

<sup>33</sup> Greco, *A teoria*, p. 31.

<sup>34</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 298-299; Didier, *Curso*, p. 165; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 120. Contra: Greco, *A teoria*, p. 32; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 129, para quem a ilicitude de outros elementos da ação, que não o pedido, gera sentença de improcedência.

<sup>35</sup> Exemplos de Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 299.

<sup>36</sup> Câmara, *Lições*, v. 1, p. 120.

<sup>37</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 544, p. 302; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118.

<sup>38</sup> *Informativo* 422/STJ: 3ª Turma, REsp 796.533/PE, rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), j. 09.02.2010.

<sup>39</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 544, p. 302-303; Marinoni, *Teoria*, p. 173; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 128; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118-119; Lima Freire, *Condições*, n. 4.15, p. 130-131.

<sup>40</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 1.400.607/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/05/2018, DJe 26/06/2018; STJ, 3ª Turma, REsp 1.431.244/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/12/2016, DJe 15/12/2016.



na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesse por essas vias alternativas. Na jurisdição voluntária há lide presumida, conforme analisado no Capítulo 1, item 1.7.2.3, decorrendo a necessidade da própria previsão legal que obriga as partes à intervenção jurisdicional<sup>41</sup>.

Por adequação se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses apresentado na petição inicial. Sendo a lide consubstanciada numa resistência à pretensão de obtenção de um bem da vida, cabe ao autor requerer uma prestação jurisdicional que seja apta a afastar essa resistência, com isso liberando seu caminho para a obtenção do bem da vida pretendido. Narrando-se um esbulho possessório, não é adequado o pedido reivindicatório, porque, mesmo que o autor realmente seja o proprietário da área invadida, esse reconhecimento não será capaz de afastar o esbulho cometido, para o que deveria ter sido pedido uma tutela possessória e não petitoria. Na realidade, não sendo adequada a pretensão formulada para resolver a lide narrada na petição inicial, a tutela pretendida é inútil, faltando interesse de agir ao autor<sup>42</sup>.

O interesse-adequação, apesar de adotado por considerável doutrina, não agrada a todos, existindo parcela doutrinária que entende não haver nenhuma correlação entre o interesse de agir e a adequação, até porque a inadequação da pretensão não gera a perda do interesse de agir, considerando-se que mesmo de forma inadequada o autor pretende uma melhora em sua situação como o processo<sup>43</sup>. Por outro lado, existe doutrina que entende ser a inadequação da tutela pretendida questão referente aos pressupostos processuais e não às condições da ação. Para essa corrente doutrinária, a escolha de procedimento inadequado para a obtenção da tutela apta a resolver a lide apresentada em juízo não significa que o autor não tenha o direito de ação, mas que o meio adotado é impróprio, o que deve gerar uma extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, IV, do CPC<sup>44</sup>, quando o vício não puder ser saneado.

Entendo que o interesse-adequação está intimamente associado à ideia de utilidade na prestação jurisdicional, estando presente essa condição da ação quando o pedido formulado tem aptidão concreta de melhorar a situação do autor. Discordo, portanto, da afirmação de que pelo mero fato de o autor provocar o Poder Judiciário com qualquer pretensão já estaria preenchida essa condição da ação. Interesse de provocar a jurisdição demonstrado pelo ingresso de petição inicial não se confunde com o interesse de agir, que dependerá sempre da análise da adequação entre pedido formulado e sua condição concreta de resolver a lide apresentada pelo autor.

Por outro lado, sou simpático ao entendimento que admite uma correção diante da ausência do *interesse-adequação*, por meio da emenda da petição inicial, considerando-se amplitude da saneabilidade dos vícios. Mas nem por isso aceito entender o *interesse-adequação* como pressuposto processual, porque a inadequação procedimental é diferente da inadequação da pretensão à luz da lide apresentada. Na inadequação procedimental associada aos pressupostos processuais o pedido é apto a resolver a lide, mas o meio procedimental adotado pelo autor é inadequado, enquanto na ausência do *interesse-adequação* a questão não é meramente procedimental, mas derivada da inaptidão do pedido em resolver a lide apresentada na petição inicial.

Quando o autor requer uma prestação de contas pelo rito sumário, não resta dúvida de que o seu pedido é apto a resolver o conflito de interesses que configura a lide no caso concreto, mas o meio procedimental é inadequado porque nesse caso o autor é obrigado a seguir o procedimento especial previsto nos arts. 550 a 553 do CPC. Situação bem diferente verifica-se no pedido reivindicatório para afastar esbulho possessório, até porque nesse caso o procedimento é o mesmo – comum –, não sendo correto afirmar que o meio procedimental seja inadequado. Apesar da correção do meio procedimental, o pedido formulado não tem aptidão de resolver o conflito de interesses narrado pelo autor em sua petição inicial, e por essa razão o autor é carecedor da ação por falta de *interesse-adequação*.

#### 2.2.4. Legitimidade

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial

<sup>41</sup> Greco, *A teoria*, n. 2.6, p. 35.

<sup>42</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 67; Greco Filho, *Direito*, n. 08, p. 44; Nery Jr., *Condições*, p. 37; Fux, *Curso*, p. 164; AgRg no MS 12.393/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Humberto Martins, j. 12.03.2008.

<sup>43</sup> Barbosa Moreira, apud Dinamarco, *Execução*, n. 264, p. 407-408, nota 111; Didier, *Curso*, p. 178.

<sup>44</sup> Greco, *A teoria*, n. 2.6, p. 36-37; Costa, *Condições*, p. 60.

e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda<sup>45</sup>. Tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante<sup>46</sup>, mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

A regra geral em termos de legitimidade, ao menos na tutela individual, é consagrada no art. 18 do CPC, ao prever que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse, consagrando a legitimação ordinária, com a ressalva de que o dispositivo legal somente se refere à legitimação ativa, mas é também aplicável para a legitimação passiva. A regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio.

Excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá legitimação extraordinária. Mesmo na vigência do diploma processual revogado, no qual era exigida a previsão legal expressa para se autorizar a legitimidade extraordinária no caso concreto, a melhor doutrina já entendia que essa espécie de legitimação, mesmo quando não prevista expressamente em lei, poderia decorrer logicamente do sistema<sup>47</sup>, como ocorre com a legitimação recursal da parte em apelar do capítulo da sentença que versa sobre os honorários advocatícios.

O art. 18, caput, do CPC, parece ter adotado expressamente tal entendimento, passando a prever que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. A atual redação do dispositivo legal permite a conclusão de mesmo quando não houver previsão legal expressa a legitimação extraordinária ela pode ser admitida quando decorrer do ordenamento jurídico.

Mais adequada era a redação do dispositivo do Projeto de Lei originário do CPC: havendo substituição processual, o juiz determinaria que fosse dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessaria a substituição. O primeiro aspecto interessante era o reconhecimento de que a legitimação extraordinária é sinônimo de

substituição processual, e esse é mantido na redação final aprovada pelo Senado. O segundo aspecto a ser apontado era a necessidade de intimação do substituído processual, o que garantiria a efetivação do contraditório até mesmo com a sucessão processual. Naturalmente, tal sucessão só seria possível quando o substituído processual também fosse legitimado, o que não ocorre, por exemplo, na tutela coletiva.

Essa inovação não resistiu e no texto final aprovado pelo Senado o parágrafo único do art. 18 do CPC se limitou a prever que o substituído processual poderá intervir como assistente litisconsorcial do substituto. Sem a exigência de intimação do substituído para que tome ciência da existência de processo no qual se discute direito material de sua titularidade, o juiz pode inclusive indeferir pedido nesse sentido. Em sentido diametralmente oposto, por não existir qualquer vedação legal ou lógica, o juiz poderá, inclusive de ofício, determinar a intimação, com o que estará realizando o princípio do contraditório real. Sem a imposição legal, entretanto, trata-se de mera faculdade do juiz, não se podendo concordar com o Enunciado 110 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), que aparentemente cria um dever judicial não previsto expressamente em lei: “Havendo substituição processual, e sendo possível identificar o substituto, o juiz deve determinar a intimação deste último para, querendo, integrar o processo”.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que por meio dessa espécie de legitimação se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo<sup>48</sup>.

Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual

<sup>45</sup> Araken de Assis, *Substituição*, p. 9.

<sup>46</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 116; Greco, *A teoria*, n. 2.7, p. 41; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 127; Fux, *Curso*, p. 160.

<sup>47</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 178; Barbosa Moreira, *Notas*, p. 33.

<sup>48</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 178.

o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio<sup>49</sup>, outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual<sup>50</sup>. Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal legitimação exclusiva do substituído<sup>51</sup>. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele<sup>52</sup>. As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno.

Não se deve confundir substituição processual com sucessão processual, fenômeno consubstanciado na substituição dos sujeitos que compõem os polos da demanda<sup>53</sup>. Sempre que um sujeito que compõe o polo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica processual para que um terceiro tome o seu lugar ocorrerá a sucessão processual. Nos termos do art. 109 do CPC, sendo alienado bem litigioso, o autor será intimado:

- (a) caso concorde com a saída do réu originário e o ingresso do terceiro adquirente em seu lugar, haverá uma sucessão processual;
- (b) caso não concorde com tal alteração, haverá uma substituição processual, considerando-se que a partir da alienação da coisa litigiosa o réu originário permanecerá no processo em nome próprio defendendo interesse alheio<sup>54</sup>, admitindo-se o ingresso do terceiro adquirente como assistente litisconsorcial do réu.

Também não se pode confundir a substituição processual com a representação processual (*legitimatío ad processum*), fenômeno relacionado à capacidade de estar em juízo. O representante processual atua em nome alheio na defesa de interesse alheio, não sendo considerado parte no processo, mas mero sujeito que dá à parte a capacidade para

que esteja em juízo. Numa ação de investigação de paternidade, por exemplo, a mãe será representante processual do incapaz, que será autor e titular do direito discutido nessa demanda.

Além da classificação entre legitimação ordinária e extraordinária, a doutrina adota outros critérios para classificar a legitimação. A legitimação autônoma é da parte, ao passo que a subordinada é do assistente. Há legitimação exclusiva quando somente um sujeito é considerado legitimado para compor um dos polos do processo, enquanto na legitimação concorrente (colegitimação) existe mais de um sujeito legitimado a compor um dos polos do processo. A legitimação isolada ou disjuntiva (simples) permite que o legitimado esteja sozinho no processo, enquanto a legitimação conjunta (complexa) exige a formação de litisconsórcio entre todos ou alguns dos legitimados (litisconsórcio necessário). A legitimação pode ser total, quando referente a todo o processo, ou parcial, quando referente somente a determinados atos, como ocorre nos incidentes processuais<sup>55</sup>.

## 2.3. ELEMENTOS DA AÇÃO

### 2.3.1. Introdução

Os elementos da ação se prestam a identificar a ação, tarefa de extrema importância quando se pretende comparar uma ação com outra. É impossível afirmar que duas ações são iguais, parecidas ou absolutamente diferentes sem o conhecimento de quais são os elementos da ação. Fenômenos como a coisa julgada, litispendência e preempção exigem a existência de ações idênticas, enquanto fenômenos como conexão, continência e prejudicialidade são relevantes em circunstâncias de ações parecidas.

São três os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir.

### 2.3.2. Partes

É antiga e tradicional a divergência doutrinária a respeito do conceito de parte. Enquanto Chiovenda entende que *parte* é o sujeito que pede ou contra quem se pede tutela jurisdicional<sup>56</sup>, Liebman tem entendimento mais amplo, afirmando ser parte todo sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse

<sup>49</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 548, p. 308; Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68.

<sup>50</sup> Araken de Assis, *Substituição*, p. 16-17; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 101.

<sup>51</sup> Araken de Assis, *Substituição*, p. 16.

<sup>52</sup> Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118.

<sup>53</sup> Fux, *Curso*, p. 160.

<sup>54</sup> Fux, *Curso*, p. 161; Bedaque, *Código*, p. 144; Nery-Nery, *Código*, p. 251.

<sup>55</sup> Didier, *Curso*, p. 168.

<sup>56</sup> Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 2; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 102.

próprio ou alheio<sup>57</sup>. Esses sujeitos, ao defenderem interesse próprio ou alheio em juízo, são titulares de situações jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição), responsáveis pelo desenvolvimento das atividades a serem praticadas pelas partes<sup>58</sup>.

Na tentativa de solucionar o impasse, parcela da doutrina pátria entende possível a convivência dos dois entendimentos em tese contraditórios. A tese restritiva, defendida originariamente por Chiovenda, determina o conceito de “partes na demanda”, exigindo-se para que o sujeito seja considerado parte, além de sua presença na relação jurídica processual, que esteja em juízo pedindo tutela ou contra ele esteja sendo pedida tutela jurisdicional. A tese ampliativa, defendida por Liebman, determina o conceito de “partes no processo”, bastando para que o sujeito seja parte que participe da relação jurídica processual, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independentemente de fazer pedido ou contra ele algo ser pedido<sup>59</sup>.

Registre-se corrente doutrinária que entende que parte só é o sujeito que participa da lide, sendo que os demais sujeitos, apesar de serem considerados participantes do processo, são terceiros<sup>60</sup>. Prefiro a distinção entre partes e terceiro adotando-se o conceito mais amplo de “partes no processo”, forma mais adequada de distinguir quem é parte e quem é terceiro.

Na hipótese das intervenções de terceiros típicas previstas pelo Código de Processo Civil é possível, a depender de sua espécie, ter-se parte na demanda e parte no processo. Autor ou réu fazem pedido de natureza regressiva contra o denunciado à lide, de forma que essa passa a ser parte na demanda. No chamamento ao processo há formação de um litisconsórcio ulterior passivo entre o réu originário e o chamado ao processo, sendo contra esse dirigido o pedido formulado pelo autor, devendo-se, por essa razão, se considerar o chamado ao processo parte na demanda. Já o assistente, que não faz pedido e contra ele nada é pedido, é tão somente parte no processo, o mesmo ocorrendo com o Ministério Público quando funciona no processo como fiscal da ordem jurídica.

Registre-se posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que o *amicus curiae* não é parte, mas sim um colaborador informal da Corte, não configurando sua atuação espécie de intervenção de terceiros<sup>61</sup>. Apesar do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 138 do CPC incluiu a intervenção do *amicus curiae* no Título III do Livro III, referente às intervenções de terceiro, o que naturalmente pressupõe que a partir da admissão do seu ingresso no processo passe a atuar com qualidade de parte. Sendo considerado parte, é inegável ser o *amicus curiae* somente parte no processo, já que não faz pedido e contra ele não é formulado qualquer pedido.

A última intervenção típica é a gerada pela desconsideração da personalidade jurídica por meio da instauração do incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC. Nesse caso o pretensor credor (autor ou exequente) faz pedido contra os que pretende atingir patrimonialmente, que passam a ser parte na demanda com o acolhimento de sua pretensão.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Dessa forma, mesmo que não seja o titular dessa relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado parte processual, independentemente da legalidade de sua presença no processo. É por isso que, mesmo sendo parte ilegítima, o sujeito é considerado parte processual pelo simples fato de participar do processo<sup>62</sup>. Por outro lado, mesmo sendo parte legítima, não há necessidade de a parte processual ser também parte material, como bem demonstra o fenômeno da substituição processual.

Segundo a melhor doutrina, existem quatro formas de adquirir a qualidade de parte<sup>63</sup>:

- (a) pelo ingresso da demanda (autor/opoente);
- (b) pela citação (réu, denunciado à lide e chamado ao processo);
- (c) de maneira voluntária (assistente e recurso de terceiro prejudicado);
- (d) sucessão processual (alteração subjetiva da demanda, como na extromissão de parte).

<sup>57</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 66, p. 86.

<sup>58</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 521, p. 249.

<sup>59</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 530, p. 269-270; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 142-143.

<sup>60</sup> Baptista da Silva, *Curso*, p. 238-239; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 103-104.

<sup>61</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI-ED 3.615/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008 (*Informativo* 499/STF).

<sup>62</sup> Didier, *Curso*, p. 190; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 143.

<sup>63</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 533, p. 276-279.



Também há a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, que intervém de forma voluntária vinculada, ou seja, a palavra final a respeito da intervenção no processo é sempre do Ministério Público, mas não será sua vontade, e sim a vontade da lei, que demandará sua participação.

### 2.3.3. Pedido

O pedido pode ser analisado sob a ótica processual, representando a providência jurisdicional pretendida – condenação, constituição, mera declaração, acautelamento, satisfação – e sob a ótica material, representado pelo bem da vida perseguido, ou seja, o resultado prático (vantagem no plano dos fatos) que o autor pretende obter com a demanda judicial. É tradicional na doutrina nomear a espécie de tutela jurisdicional como o pedido imediato (aspecto processual) e o bem da vida, como pedido mediato (aspecto material).

Apesar de tradicional a afirmação de que o réu não pede, mas apenas impede, não tenho dúvida de que o réu formula pedido em sua contestação, afinal, a improcedência do pedido é um pedido do réu por uma sentença meramente declaratória (declara a inexistência do direito material alegado pelo autor, e no caso de ação declaratória negativa, declara a existência do direito material). Interessante notar que, justamente porque o réu faz pedido, nem sempre a natureza da sentença será determinada pela natureza da ação, fixada somente pelo pedido do autor. Assim, se o autor faz um pedido condenatório, a ação tem natureza condenatória, mas somente na hipótese de sentença de procedência a sentença terá essa natureza, já que na hipótese de improcedência a natureza da sentença será meramente declaratória.

#### 2.3.3.1. Certeza e determinação do pedido

Segundo o art. 322, *caput*, do CPC (referente à ação) e art. 324, § 2º, do CPC (referente à reconvenção), o pedido deverá ser certo e determinado, não restando mais dúvidas de que os pressupostos são cumulativos e não alternativos, como erroneamente previa o art. 286, *caput* do CPC/1973. Registre-se que mesmo sob a égide do diploma processual revogado a melhor doutrina já apontava para a necessária cumulatividade dos requisitos da certeza e determinação<sup>64</sup>.

Ainda que mantenha a certeza como exigência do pedido, o art. 322, § 2º, do CPC prevê que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, dando a entender que a certeza poderá advir não do pedido expresso, mas de interpretação conjunta da postulação. Tento ser otimista, mas tenho dificuldade de imaginar como a espécie de tutela jurisdicional e o gênero do bem da vida poderão não ser indicados expressamente pelo autor, mas descobertos a partir da tal interpretação conjunta da postulação. É importante lembrar que o pedido limita a reação do réu, de forma que admitir que um pedido não elaborado de forma expressa pode não ser objeto de contestação, com o que se estará violando o princípio do contraditório<sup>65</sup>. A impossibilidade de prolação de “decisão surpresa” já vem chamando a atenção da doutrina na interpretação do dispositivo legal ora comentado<sup>66</sup>.

Entendo que a única forma de interpretação do dispositivo legal é admitir que o autor tenha feito pedido, ainda que ele não conste expressamente da parte referente a postulação do autor na petição inicial, mas tenha sido objeto de expressa menção em sua fundamentação. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, deve-se promover a interpretação lógico-sistemática do pedido, extraindo-se o que se pretende com a instauração da demanda de todo o corpo da petição inicial e não apenas da leitura da sua parte conclusiva<sup>67</sup>, mas não se admite que a mera descrição de fatos que poderiam ensejar em tese um pedido, sem que haja qualquer cogitação tendente a exigi-lo, admita sua concessão pelo juiz<sup>68</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que mesmo tendo sido narrados fatos que comportem, em tese, indenização por dano moral, não cabe a condenação do réu sem pedido expresso do autor nesse sentido<sup>69</sup>. O pedido, portanto, deve ser sempre expresso, ainda que conste apenas da fundamentação da petição inicial.

A certeza é exigida tanto no aspecto processual quanto no material do pedido. No pedido imediato o autor deve indicar de forma precisa e clara

<sup>65</sup> Bondioli, *Breves*, p. 824; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 550.

<sup>66</sup> Costa, *Comentários*, p. 512; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 550.

<sup>67</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 1.512.796/RN, rel. Og Fernandes, j. 12/12/2017, DJe 01/02/2018; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 526.638/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19/02/2013, DJe 27/02/2013.

<sup>68</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.155.274/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2012, DJe 15/05/2012.

<sup>69</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.155.274/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2012, DJe 15/05/2012.

<sup>64</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 361, p. 410; Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 111.



qual a espécie de tutela jurisdicional pretendida, enquanto no pedido mediato deve indicar o gênero do bem da vida pleiteado. O direito brasileiro não admite pedido incerto, sendo a certeza do pedido o mínimo exigível em todo e qualquer pedido<sup>70</sup>. Afinal, o pedido incerto impede a defesa do réu e o próprio julgamento do mérito<sup>71</sup>.

A determinação só se refere ao pedido mediato, significando a liquidez do pedido, ou seja, a quantidade e a qualidade do bem da vida pretendido<sup>72</sup>. Ainda que a determinação do pedido seja a regra do sistema processual, o próprio art. 324, § 1º, do CPC, em seus três incisos, prevê as exceções a essa exigência, hipótese em que haverá um pedido genérico, expressão que não constava do CPC/1973, mas é consagrada pelo atual diploma processual. O § 2º do art. 324 do CPC estende expressamente as hipóteses de pedido genérico para a reconvenção, o que é natural em razão da natureza de ação dessa espécie de resposta do réu.

Pedido genérico, portanto, é o que deixa de indicar a quantidade de bens da vida pretendida (*quantum debeatur*) pelo autor, sendo admitido somente quando houver permissão legal em lei. Registre-se mais uma vez que, mesmo no pedido genérico, cabe ao autor fazer o pedido certo, ou seja, deve determinar a espécie de tutela e o gênero do bem da vida<sup>73</sup>.

### 2.3.3.2. Pedidos genéricos

#### 2.3.3.2.1. Universalidade de bens

A primeira possibilidade de pedido genérico verifica-se nas chamadas “ações universais”, caso o autor não consiga individualizar na petição inicial os bens demandados (art. 324, § 1º, I, do CPC). Por *ações universais* se devem entender as ações que têm como objeto uma universalidade de bens em situação na qual falte ao autor condições de precisar, já na peça inicial, os bens efetivamente pretendidos. A universalidade de bens pode ser tanto fática – por exemplo, livros que compõem o acervo de uma biblioteca ou um rebanho – quanto jurídica – por exemplo, herança<sup>74</sup>.

#### 2.3.3.2.2. Demanda de indenização quando impossível a fixação do valor do dano

A segunda hipótese de pedido genérico é a impossibilidade ao autor de determinar de modo definitivo as consequências do ato ou do fato ilícito (art. 324, § 1º, II, do CPC). Na realidade, o ato ou fato pode ser lícito, desde que danoso e que por ele responda civilmente o réu. Trata-se de dispositivo utilizado nas demandas de indenização quando não for possível ao autor a fixação do valor de todos os danos suportados em virtude do ato imputado ao réu. Essa impossibilidade decorre da circunstância de o ato ainda não ter exaurido seus efeitos danosos no momento de propositura da demanda<sup>75</sup>.

Registre-se nesse tocante que nas ações de indenização caberá ao autor especificar o prejuízo que pretende ver ressarcido, ainda que não tenha condições de indicar o *quantum debeatur*. Expressões genéricas como “condenação em lucros cessantes”, ou ainda “condenação em perdas e danos”, não se prestam à necessária individualização do bem pretendido pelo autor, prejudicando o direito de defesa do réu e maculando o princípio da ampla defesa<sup>76</sup>. Assim, embora não seja necessária a indicação do valor que se pretende obter, o pedido deverá conter elementos identificadores da pretensão do autor, justamente para permitir o exercício do direito de defesa por parte do réu e limitar a atuação do juiz em sua eventual condenação.

Num acidente automobilístico envolvendo um caminhão de empresa de transporte e um taxista, esse segundo não pode ingressar com ação judicial pleiteando simplesmente todos os danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e morais possíveis e imagináveis. Apesar de não ser necessária a indicação do valor propriamente dito – considerando que o taxista ainda se encontra no hospital, não sendo possível precisar quando se dará seu pronto restabelecimento –, é exigido do autor da demanda a especificação de sua pretensão. Dessa forma, não precisará indicar quanto pretende receber de lucros cessantes, mas indicar qual era o seu faturamento médio e pedir a condenação do réu ao pagamento desse valor multiplicado pelos dias em que não puder trabalhar. Da mesma forma, ao pleitear a condenação em danos emergentes, deverá especificar no que

<sup>70</sup> Barbosa Moreira, *O novo*, p. 11; Baptista da Silva, *Curso*, p. 227; STJ, 1ª Turma, REsp 764.820/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2006, DJ 20/11/2006, p. 280.

<sup>71</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 745.350/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/11/2009, DJe 03/12/2009.

<sup>72</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120.

<sup>73</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 363, p. 411; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 296.

<sup>74</sup> STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 906.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23/06/2009, DJe 06/08/2009; Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120;

Baptista da Silva, *Curso*, p. 227; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 78.

<sup>75</sup> Baptista da Silva, *Curso*, p. 228; Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 112.

<sup>76</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 363, p. 411.

estes consistem, por exemplo, gastos hospitalares, remédios, sessões de fisioterapia, acompanhamento de enfermeira doméstica etc.

Visto que não é legítimo ou justo exigir do autor que aguarde o momento em que o ato ou o fato tenha exaurido seus efeitos para somente então ingressar com a demanda judicial, o ordenamento processual permite o pedido genérico, reservando, no mais das vezes, para uma posterior fase de liquidação de sentença, a definição do *quantum debeatur*. Afirma-se que nem sempre será necessária uma fase de liquidação subsequente à condenação do réu, porque não existe nenhum empecilho para que a liquidação do valor seja realizada durante o próprio processo de conhecimento, o que, inclusive, à luz do princípio da economia processual, deverá ser buscado sempre que possível<sup>77</sup>.

Nota-se na praxe forense que a admissão do pedido genérico fundado no art. 324, § 1º, II, do CPC não se restringe às situações em que seja impossível ao autor indicar o valor do dano e, por consequência, o *quantum debeatur* de sua pretensão, mas também àquelas hipóteses nas quais, apesar de possível, torna-se difícil ao autor comprovar o valor do dano *ab initio*. Essa dificuldade – obviamente diferente da impossibilidade – decorre da necessidade de produção de uma prova complexa, de natureza técnica, imprescindível para obter o exato valor da pretensão. Nesses casos, o ato ou o fato que compõe a causa de pedir já exauriu seus efeitos, mas, para apontarem-se com precisão os efeitos já gerados, faz-se imprescindível a realização de uma prova técnica. É notória a complacência de nossos juízes de primeiro grau em aceitar petições iniciais nessas condições, ao remeterem à fase de instrução – prova pericial – a apuração do *quantum debeatur*<sup>78</sup>, posição corroborada pelos tribunais superiores<sup>79</sup>.

Até se compreende a flexibilização perpetrada por nossos tribunais. Por não ter outra forma de descobrir o valor de sua pretensão, que não por meio da produção de uma prova técnica, o autor contrata um particular que realiza referida prova – isso quando tiver acesso a todos os dados necessários – e com ela instrui sua petição inicial, indicando o valor obtido pelo técnico como o valor de sua pretensão. Ocorre, porém, que a referida prova não foi realizada sob o crivo do contraditório, de

modo que é praticamente certa a impugnação do réu, exigindo a produção da prova em juízo, sob a forma pericial. Por ser possível essa nova produção, agora judicial e protegida pelas garantias da ampla defesa e do contraditório, deverá o pedido do réu ser admitido, sob pena de cerceamento de defesa e de anulação do processo.

Apesar de todo o tempo despendido pelo autor extrajudicialmente, bem como os valores gastos para a realização da prova técnica, esta será repetida em juízo, o que torna praticamente inútil todo o esforço do autor na indicação do valor do dano que suportou. Em aplicação do princípio da economia processual, admitir-se-á ao autor que, em vez de gastar tempo e dinheiro na produção da prova extrajudicial, que fatalmente será desprezada em juízo, simplesmente elabore pedido genérico e remeta o debate a respeito do *quantum debeatur* para a prova pericial a ser realizada durante a fase de instrução do processo de conhecimento. Sob a perspectiva do autor, portanto, nada mais justo e correto que a flexibilização do disposto no art. 324, § 1º II, do CPC.

Interessante questão diz respeito ao pedido de condenação em danos morais. Muitos autores – diante da inegável atribuição do juiz em arbitrar o valor desse dano – simplesmente deixam de consignar o valor de sua pretensão, afirmando terem sofrido demais e merecerem um valor em dinheiro em razão de tais danos. Não fazem nenhuma menção ao valor pretendido, simplesmente requerendo que este seja arbitrado pelo juízo no caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça admitia, de forma pacífica, que por aplicação do art. 286, II, do CPC/1973 o pedido em condenação em danos morais poderia ser genérico<sup>80</sup>. Esse entendimento era fundado na percepção desse tribunal de que o arbitramento do valor do dano moral é tarefa exclusiva do juízo, sendo que o autor, mesmo quando indica um valor em sua petição inicial, estará levando ao processo uma mera estimativa. Não parecia ser a melhor solução, porque a tarefa de arbitramento do valor não é tarefa exclusiva do juízo, que, apesar de ser o responsável por dar a palavra final a respeito do valor, deverá chegar a essa conclusão com ampla participação das partes, em respeito ao princípio da cooperação. É no mínimo estranho que o autor, sujeito que

<sup>77</sup> STJ, 4.ª Turma, REsp 285.630/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.10.2001.

<sup>78</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120-121.

<sup>79</sup> STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 906.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.06.2009, DJe 06.08.2009.

<sup>80</sup> STJ, 3.ª Turma, REsp 1.313.643/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.05.2012, DJe 13.06.2012; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.066.346/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1.ª Região), j. 03.02.2009, DJe 23.03.2009.

pretensamente sofreu o dano, coloque em mãos de terceiro (juízo), que não participou da relação de direito material, a livre valoração dos alegados danos. Se o sujeito que suportou efetivamente os danos não tem condições de indicar o valor do dano, por que teria o juiz<sup>81</sup>?

O CPC prevê em seu art. 292, V, que o valor da causa nas ações indenizatórias, inclusive naquelas fundadas em dano moral, será a quantia que o autor pretende receber. Há duas interpretações possíveis ao dispositivo legal. Entendo que se o valor da causa tenha que ser necessariamente o do dano moral pretendido, o autor passa a ser obrigado a indicar um valor desejado, de forma que estaria afastada a possibilidade de pedido genérico<sup>82</sup>. Por outro lado, é possível que se entenda que nada mudou, e que o valor da causa só será o do dano moral quando o autor optar por quantificar sua pretensão, sendo um valor meramente estimativo quando o pedido for genérico.<sup>83</sup>

Há um precedente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que tem como objeto principal definir que a condenação do réu em valor inferior a pedida gere integral procedência do pedido, nos termos da Súmula 326 deste tribunal, na qual decide-se *obter dicta* que continua a ser cabível o pedido genérico, podendo o autor, inclusive, se valer de fórmulas genéricas como “indenização não inferior a”<sup>84</sup>.

Quanto ao tema, há interessante posicionamento consolidado em sede de Juizados Especiais. O Enunciado 170 do FONAJE consagra o entendimento de que o art. 292, V, do CPC, não se aplica aos Juizados Especiais, concluindo que o autor pode deixar de valorar sua pretensão indenizatória por dano moral. Apesar de não existir qualquer razão plausível para a diferenciação de tratamento do tema nos Juizados Especiais, o Enunciado é interessante porque reconhece que em decorrência do art. 292, V, do CPC, o pedido de indenização por dano moral passa a ser determinado.

Não concordo com o entendimento que permite a indicação de um valor aproximado do valor pretendido quando não houver desde logo a quantificação exata do valor que se pretende

obter porque não imagino possível esse estado de indefinição no momento de propositura da ação<sup>85</sup>. Afinal, se o autor não consegue precisar o valor pretendido nesse momento, não há qualquer razão para acreditar que só possa fazê-lo posteriormente.

### 2.3.3.2.3. Valor a depender de ato a ser praticado pelo réu

A terceira hipótese de permissão de pedido genérico se dá sempre que a valoração do bem pretendido pelo autor depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 324, § 1º, III, do CPC). Nesse caso, a impossibilidade de indicação do valor deriva de ser o réu o responsável por tal indicação, o que obviamente cria um obstáculo material intransponível ao autor no momento da propositura da demanda. O exemplo comumente dado é o da ação de prestação de contas, quando o autor faz pedido de condenação em prestar as contas e em pagar o eventual saldo remanescente, sendo que esse segundo pedido poderá ser genérico quando o valor só puder ser determinado após a efetiva prestação das contas (ato a ser praticado pelo réu)<sup>86</sup>.

### 2.3.3.3. Pedido implícito

O pedido deve ser expresso, não podendo o juiz conceder aquilo que não tenha sido expressamente requerido pelo autor, bastando para se chegar a tal conclusão a aplicação do art. 492 do CPC, que proíbe o juiz de conceder diferente (*extra petita*) ou a mais (*ultra petita*) do que foi pedido pelo autor. Também essa regra sofre exceções, permitindo-se a concessão de tutela que não foi expressamente pedida pelo autor.

A nomenclatura não é a mais adequada, devendo-se entender por pedido implícito qualquer tutela não pedida pelo autor que a lei permite que o juiz conceda de ofício<sup>87</sup>. Não é pedido implícito, portanto, aquele que decorreria logicamente de outro, mas sim as tutelas que a lei expressamente permite que sejam concedidas mesmo sem ter o autor formulado pedido expresso para sua concessão.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vem ampliando o conceito de pedido implícito para também admitir a concessão de pedido não elaborado pelo autor, desde que decorra logicamente de pedido presente na petição inicial. Em

<sup>81</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 556-557; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 79-80; Didier Jr., *Curso*, p. 401-402.

<sup>82</sup> Nery Jr., *Código*, pp. 834-835. Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 211. Amaral, *Comentários*, p. 389. Miranda, *Comentários*, p. 395.

<sup>83</sup> Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 301. Faria, *Breves*, p. 764. Cramer, *Comentários*, p. 458.

<sup>84</sup> Informativo 746/STJ, 4ª Turma, REsp 1.837.386-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, por unanimidade, j. 16/08/2022.

<sup>85</sup> Arruda Alvim, *Novo*, p. 151.

<sup>86</sup> Barbosa Moreira, *O novo*, p. 11; Ovídio Baptista, *Curso*, p. 228; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 297.

<sup>87</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 455, p. 138.

juízo de Recurso Especial Repetitivo, decidiu que nas demandas por complementação de ações de empresas de telefonia, admite-se a condenação ao pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio, independentemente de pedido expresso em razão da decorrência lógica do pedido de complementação<sup>88</sup>. A ação rescisória admite como implícito o pedido de novo julgamento sempre que ele decorrer logicamente do pedido de desconstituição da decisão impugnada<sup>89</sup>.

São hipóteses de pedido implícito:

- (a) despesas e custas processuais (art. 322, § 1º, do CPC);
- (b) honorários advocatícios (art. 322, § 1º, do CPC);
- (c) correção monetária (art. 404 do CC e art. 322, § 1º do CPC);
- (d) prestações vincendas e inadimplidas na constância do processo em caso de contratos de trato sucessivo (art. 323 do CPC)<sup>90</sup>;
- (e) os juros legais/moratórios (arts. 404 e 406 do CC e art. 322, § 1º do CPC) – não sendo considerados pedidos implícitos os juros convencionais ou compensatórios.

Quanto aos juros moratórios, é preciso lembrar o teor da Súmula 254 do STF, que admite sua inclusão na liquidação de sentença mesmo quando omissa a sentença liquidanda. Esse entendimento torna os juros moratórios uma verdadeira “condenação implícita”<sup>91</sup>, porque o autor terá direito a eles mesmo que o juiz não os conceda expressamente na sentença. Ainda haverá um juiz que extinguirá o pedido de condenação do réu ao pagamento de juros moratórios por falta de interesse de agir com o argumento de que não é necessário se pedir tutela que o autor ganhará independentemente de sua concessão pela decisão judicial. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça não admite a inclusão de juros remuneratórios e moratórios capitalizados<sup>92</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela natureza de ordem pública dos juros moratórios, inclusive para modificar seu termo inicial de ofício em recurso de apelação, ainda que em prejuízo do recorrente<sup>93</sup>. Note-se que somente os juros moratórios podem ser concedidos independentemente do pedido. Será *extra petita* a sentença que conceder, sem pedido expresso do autor, juros contratuais ou sobre o capital próprio<sup>94</sup>.

No tocante à correção monetária, apesar de tradicionalmente ser entendida como espécie de pedido implícito, em termos econômicos não agrega ao patrimônio do vencedor mais do que ele pediu; pelo contrário, tratando-se de atualização do valor do dinheiro, a aplicação de correção monetária nas condenações de pagar quantia certa se presta para evitar um *minus* e não para se entregar um *plus*<sup>95</sup>. O Superior Tribunal de Justiça entende admissível a inclusão de expurgos inflacionários na fase de liquidação de sentença, ainda que omissa a sentença, por refletir correção monetária a recomposição do valor da moeda aviltada pelo processo inflacionário<sup>96</sup>, e que os índices de deflação na correção monetária também são admissíveis, desde que preservado o valor nominal do crédito<sup>97</sup>.

Salvo as hipóteses de juros moratórios e de correção monetária, a obtenção pela parte dos chamados pedidos implícitos depende de expressa concessão pelo juízo. Em outras palavras, se o autor deixa de pedir e o juiz deixa de conceder, o autor nada obtém, sendo indispensável para que possa obter o bem da vida o ingresso de uma ação autônoma.

Existem duas interessantes polêmicas a respeito do alcance do pedido implícito: percebendo o juiz que a parte tem o direito a alimentos, bem como presente a necessidade de recebê-los e a possibilidade do devedor em prestá-los, poderá conceder os alimentos mesmo sem pedido expresso? As *astreintes*, previstas no art. 537 do CPC, ao serem concedidas de ofício pelo juiz, podem ser consideradas espécie de pedido implícito?

<sup>88</sup> STJ, 2ª Seção, REsp 1.373.438/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/06/2014, DJe 17/06/2014.

<sup>89</sup> STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.070.825/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/06/2013, DJe 03/02/2014.

<sup>90</sup> É correta a interpretação por analogia para aplicar a regra também ao processo de execução: Informativo 716/STJ, 4ª Turma, REsp 1.835.998-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, j. 26/10/2021; STJ, 3ª Turma, REsp 1.756.791/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/08/2019, DJe 08/08/2019; Enunciado 86 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “As prestações vincendas até o efetivo cumprimento da obrigação incluem-se na execução de título executivo extrajudicial (arts. 323 e 318, parágrafo único, do CPC)”.

<sup>91</sup> Contra: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 32.2, p. 237.

<sup>92</sup> Informativo 492/STJ: 2ª Seção, Elnf nos EDcl na AR 3.150/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 29.02.2012.

<sup>93</sup> Informativo 464/STJ: 3ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 998.935/DF, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 22.02.2011.

<sup>94</sup> Informativo 438/STJ: 2ª Seção, REsp 1.171.095/RS, rel. originário Min. Massami Uyeda, rel. para acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 09.06.2010.

<sup>95</sup> Informativo 445/STJ: Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 1.º.09.2010; Informativo 418/STJ: Corte Especial, REsp 1.143.677/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2009.

<sup>96</sup> Informativo 534/STJ, 2ª Turma, REsp 1.423.027/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.02.2014.

<sup>97</sup> Informativo 542/STJ, Corte Especial, REsp 1.361.191/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.03.2014.



No tocante aos alimentos, uma primeira observação se faz necessária: o art. 7.º da Lei 8.560/1992 (Lei de investigação de paternidade) prevê que, “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”. A utilização dos termos “sempre” e “fixarão” demonstra sem nenhuma dúvida que nessa espécie de demanda os alimentos devem ser concedidos pelo juiz mesmo que não haja pedido expresso do autor nesse sentido, sendo o suficiente para amparar a conclusão de tratar-se de pedido implícito<sup>98</sup>. O problema, entretanto, continua a existir nas demais demandas, não parecendo correta a aplicação de tal dispositivo por analogia.

Não resta dúvida de que não existe para as outras demandas uma expressa previsão legal, o que, entretanto, não é o suficiente para concluir pela exclusão dos alimentos do âmbito do pedido implícito, sob pena de indevido respeito à supremacia da lei derivada de um positivismo acrítico. Nesse caso, a análise deve se realizar tomando-se por base os princípios que exigem o pedido expresso (inércia da jurisdição e imparcialidade do juiz) e o princípio que fundamenta os alimentos (dignidade humana). O confronto entre tais princípios deve ser resolvido com a aplicação da regra da proporcionalidade, com a conseqüente determinação de qual deles deverá prevalecer no caso concreto. Entendo que o princípio da dignidade humana deve prevalecer, admitindo-se a concessão de alimentos de ofício pelo juiz em qualquer demanda, sendo indispensável nesse caso o respeito ao contraditório, como forma de evitar a surpresa ao réu em ser condenado em tutela que não foi pedida pelo autor.

Há doutrina que entende serem as *astreintes* concedidas pelo juiz de ofício exemplo de pedido implícito<sup>99</sup>. O entendimento, entretanto, deve ser visto com reservas. As *astreintes* têm como objetivo pressionar psicologicamente o réu para que a obrigação seja cumprida nos exatos termos do pedido do autor. Caso essa pressão funcione, o autor não ganhará tutela não pedida; bem ao contrário, porque nesse caso receberá exatamente aquilo que pediu (tutela específica), não sendo possível nesse caso falar em pedido implícito. Por outro lado, caso a pressão não funcione, o autor poderá cobrar o valor da multa fixada a título de *astreintes*, o que naturalmente entregará ao autor um bem da vida que não foi pedido (dinheiro). Portanto, somente

quando as *astreintes* fixadas de ofício não atingem seu objetivo será correto considerá-las espécie de pedido implícito.

### 2.3.3.4. Cumulação de pedidos

Interessantes questões surgem a respeito da cumulação de pedidos. Entendo que as principais podem ser analisadas à luz de dois temas principais: espécies de cumulação e requisitos para a cumulação.

#### 2.3.3.4.1. Requisitos para a cumulação dos pedidos

O art. 327, *caput*, do CPC prevê um “não requisito” ao estabelecer que a cumulação de pedidos é admitida mesmo que os pedidos não sejam conexos, ou seja, que não derivem de uma mesma causa de pedir. Significa dizer que o autor poderá cumular causas de pedir em sua petição inicial, cumulando também pedidos gerados por cada uma delas, desde que preencha os requisitos previstos no art. 327, § 1.º, do CPC. É evidente que os pedidos poderão ser conexos, mas a conexão entre eles não é um dos requisitos legais para a cumulação de pedidos.

Edison e Carlos colidem seus veículos e são conduzidos pela autoridade policial à delegacia de polícia, onde Edison agride fisicamente Carlos. Na demanda proposta por Carlos, é admissível a narração da causa de pedir referente à colisão dos veículos, da qual derivam os pedidos de danos emergentes e de lucros cessantes e da causa de pedir referente à agressão física, da qual deriva o pedido de danos morais. Nesse caso, os danos emergentes e os lucros cessantes são conexos, mas nenhum deles é conexo com o pedido de reparação de dano moral.

Apesar de o art. 327, *caput*, do CPC prever que a cumulação será admitida num único processo “contra o mesmo réu”, repetindo o equívoco do art. 292, *caput* do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente já decidiu que a cumulação de pedidos é admissível mesmo que a demanda seja proposta com formação de litisconsórcio passivo, dirigindo-se diferentes pedidos para cada um dos réus. Nesse entendimento, basta o preenchimento dos requisitos previstos no art. 327, § 1.º, do CPC e a demonstração que a cumulação – tanto de pedidos como de réus – não gera tumulto procedimental nem prejudica o exercício da ampla defesa<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 778.187/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18.11.2008; SEC 800/IT, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.10.2006. *Informativo* 380/STJ: 4.ª Turma, REsp 819.729-CE, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.12.2008.

<sup>99</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 455, p. 138; Spadoni, *Ação*, p. 210.

<sup>100</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 727.233/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 19/03/2009, DJe 23/04/2009. Contra: STJ, 2ª Seção, CC 128.277/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/10/2013, DJe 28/10/2013.



#### 2.3.3.4.1.1. Pedidos não podem ser incompatíveis entre si

O art. 327, § 1.º, I, do CPC prevê que os pedidos devem ser compatíveis entre si, mas essa exigência só é aplicável às espécies de cumulação própria (simples e sucessiva). Na realidade, não há problema em cumular pedidos incompatíveis; o problema existe na concessão de pedidos incompatíveis, de forma que nas espécies de cumulação imprópria (subsidiária/eventual e alternativa), que se caracterizam pela possibilidade de concessão de apenas um dos pedidos cumulados, não haverá nenhum problema na incompatibilidade dos pedidos<sup>101</sup>. Sabendo-se de antemão que o autor, na melhor das hipóteses, receberá somente um dos pedidos formulados, a exigência legal deve ser afastada.

E nesse sentido deve ser elogiado o Código de Processo Civil que, ao prever em seu art. 327, § 3.º, a inaplicabilidade dessa exigência para a espécie de cumulação prevista no art. 326, que versa justamente sobre as duas espécies de cumulação imprópria (subsidiária e alternativa), consagra legislativamente o entendimento doutrinário.

Guilherme ingressa com ação judicial contra Sarah cumulando dois pedidos: rescisão contratual e, subsidiariamente, a revisão de algumas cláusulas do contrato. Trata-se de cumulação imprópria, de forma que se sabe de antemão que, no máximo, Guilherme terá somente um dos dois pedidos acolhido. Os pedidos são evidentemente incompatíveis (como é possível se rever cláusula de contrato rescindido?), mas não há qualquer impedimento a tal cumulação.

#### 2.3.3.4.1.2. Mesmo juízo competente para todos os pedidos

O juízo ser competente para todos os pedidos (art. 327, § 1.º, II, do CPC) é o segundo requisito legal exigido para a cumulação de pedidos. Na análise desse requisito, é importante num primeiro momento a determinação das diferentes espécies de competência. Tratando-se de diferentes competências absolutas, a cumulação é sempre inadmissível, sendo obrigatória a propositura de diferentes demandas<sup>102</sup>. Caso o autor desafie a exigência legal e ingresse com uma demanda cumulando tais pedidos, o juiz deverá de ofício reconhecer a incompetência absoluta parcial, proferindo decisão

interlocutória que diminui objetivamente a demanda, que seguirá somente com o pedido para o qual o juízo é competente<sup>103</sup>.

Apesar de extremamente comum na praxe forense, não é correto falar em extinção parcial do processo, porque a extinção do processo é conceito absoluto, a exemplo de funcionário público honesto, mulher grávida etc. Se o processo continua a existir, não haverá sua extinção, mas sim a diminuição subjetiva ou objetiva da demanda (como ocorre no caso presente). Trata-se de interessante hipótese na qual a incompetência assume natureza peremptória, impedindo o juízo de dar seguimento à análise do pedido para o qual é absolutamente incompetente.

Sendo os pedidos de diferentes competências relativas, a cumulação num primeiro momento dependerá da conexão entre os pedidos, porque nesse caso a distribuição da demanda tornará o juízo prevento, com a prorrogação de competência quanto ao pedido para o qual o juízo era originariamente incompetente em razão da conexão<sup>104</sup>. Não sendo conexos os pedidos, a cumulação será admitida no caso de o réu deixar de alegar a incompetência do juízo, ocorrendo nessa hipótese a prorrogação de competência, analisada no Capítulo 4, item 4.7.2.2.<sup>105</sup> Alegada a incompetência, o juiz deverá acolhê-la, diminuindo objetivamente a demanda. Nesse caso, a cumulação tentada pelo autor restará frustrada, de forma que será necessária a propositura de nova demanda perante o juízo competente para decidir o pedido que foi excluído da demanda originária.

João ingressa com demanda e cumula pedidos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, o que é inadmissível; haverá a declaração da incompetência absoluta de ofício e a consequente diminuição objetiva da demanda. Caso os pedidos sejam de competência da comarca de Belo Horizonte e de São Paulo, sendo derivados de uma mesma causa de pedir (conexos), a cumulação poderá ser feita em demanda a ser distribuída em qualquer das duas comarcas. Não sendo conexos, tudo dependerá da existência ou não da exceção de incompetência; sem exceção a cumulação será admitida, e sendo exceção o juízo a cumulação de pedidos inicialmente realizada pelo autor restará frustrada, ocorrendo diminuição objetiva da demanda.

<sup>101</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 414; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 85-86.

<sup>102</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 415; Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 367; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 86.

<sup>103</sup> STJ, 1.ª Turma, REsp 837.702/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008, DJe 03/12/2008.

<sup>104</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368; Didier, *Curso*, p. 391.

<sup>105</sup> Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 113-114; Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 415.

### 2.3.3.4.1.3. Identidade procedimental

O art. 327, § 1.º, III, do CPC exige como requisito para a cumulação de pedidos a identidade procedimental entre eles, o que faz sentido considerando-se que a demanda deve seguir sempre um procedimento único. Segundo o art. 327, § 2.º, do CPC, havendo diversidade de procedimentos dos pedidos cumulados, o autor poderá cumulá-los pelo rito comum. Essa preferência pelo rito comum, entretanto, não permite a cumulação de quaisquer pedidos de diferentes procedimentos.

No tocante aos procedimentos especiais, é preciso observar que não é uma opção do autor a sua utilização, sendo de aplicação cogente, não se admitindo que um pedido de procedimento especial seja cumulado com outro de procedimento comum pelo rito comum<sup>106</sup> (por exemplo, pedidos de prestação de contas e de indenização de danos morais exigem a propositura de duas demandas, uma com procedimento especial e outra com procedimento comum, a depender do caso concreto). O Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 entendia ser inadmissível, pela diferença de ritos, a cumulação de pedido de revisão contratual com o de prestação de contas<sup>107</sup>, ainda que admitisse o pedido de consignação de pagamento com o de revisão contratual<sup>108</sup>.

A obrigatoriedade do procedimento especial não se aplica aos chamados *falsos procedimentos especiais*, que na realidade se limitam a ter um pequeno detalhe procedimental em seu início e depois se tornam comuns, como ocorre, por exemplo, no procedimento possessório.<sup>109</sup> Nesse caso, é possível a cumulação de um pedido de falso procedimento especial com outro de procedimento comum, desde que ambos sigam pelo rito comum.

O art. 327, § 2º, do CPC permite a aplicação das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, desde que compatíveis com o procedimento comum. Entendo que essa previsão é a confirmação tácita de que entre nós

continuam a existir os falsos procedimentos especiais, incapazes de evitar a cumulação de pedidos pelo procedimento comum<sup>110</sup>.

### 2.3.3.4.2. Espécies de cumulação

A cumulação de pedidos pode ser classificada em sentido estrito, também chamada de *cumulação própria*, quando for possível a procedência simultânea de todos os pedidos, e em sentido amplo, também chamada de *cumulação imprópria*, quando formulado mais de um pedido, somente um deles puder ser concedido.

A cumulação própria pode ser simples, quando os pedidos forem absolutamente independentes entre si, ou sucessiva, quando a análise do pedido posterior depender da procedência do pedido que lhe precede. Na cumulação simples o resultado de um pedido não interfere no resultado dos demais, de forma que o resultado de um não condiciona o resultado dos outros. Em razão dessa independência, qualquer resultado é possível, inclusive o acolhimento de todos os pedidos cumulados<sup>111</sup>, como ocorre na cumulação de pedidos de dano moral e material<sup>112</sup>. Registre-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça na qual, apesar de reconhecer a natureza simples dessa cumulação, consignou que a mesma conduta não pode ser lícita para uma espécie de dano e ilícita para o outro. Segundo o entendimento, o que poderá ocorrer é que, apesar de ilícita, a conduta não gere no caso concreto uma das espécies de dano cuja reparação tenha sido pleiteada pelo autor<sup>113</sup>.

Na cumulação sucessiva há uma relação de prejudicialidade entre os pedidos, de modo que, sendo o pedido anterior rejeitado, o pedido posterior perderá o seu objeto (ou seja, restará prejudicado), não chegando nem ao menos a ser analisado<sup>114</sup>. Numa demanda de investigação de paternidade cumulada com a condenação em alimentos, sendo rejeitado o pedido de investigação de paternidade, ou seja, declarado que o réu não é o pai do autor, o pedido de alimentos perderá o objeto. O mesmo ocorre numa demanda em que se cumulam pedidos

<sup>106</sup> Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 114; Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 31.8.3, p. 236. Contra, Nery-Nery, *Código*, p. 559; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 87.

<sup>107</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 663.830/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 657.938/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/05/2015, DJe 18/06/2015.

<sup>108</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.179.034/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28/04/2015, DJe 05/05/2015.

<sup>109</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368.

<sup>110</sup> Medina, *Novo*, p. 543.

<sup>111</sup> Calmon de Passos, *Comentários*, n. 31.2, p. 229; Ovidio Baptista, *Curso*, p. 230.

<sup>112</sup> Súmula 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

<sup>113</sup> *Informativo* 401/STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.096.560/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.08.2009.

<sup>114</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 473, p. 167; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 14; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 81.

de rescisão contratual e reintegração de posse<sup>115</sup>. Sendo acolhido o pedido anterior, o pedido posterior será analisado pelo juiz, podendo ser concedido, o que torna essa espécie de cumulação de pedidos uma cumulação própria.

Na cumulação imprópria somente um dos pedidos cumulados pode ser acolhido, ou seja, na melhor das hipóteses para o autor, a procedência de sua pretensão significará o acolhimento de um dos pedidos. Existem duas espécies de cumulação imprópria:

- (a) *cumulação subsidiária*, também chamada de eventual, quando o segundo pedido somente será analisado se o primeiro não for concedido; e
- (b) *cumulação alternativa*, com a reunião de pedidos com a intenção do autor de que somente um deles seja acolhido, à escolha do juiz.

Na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, *caput* do CPC, o autor estabelece uma ordem de preferência entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior<sup>116</sup>. Um bom exemplo é do autor que pede a rescisão integral do contrato em razão de alegada abusividade, e de forma subsidiária que, em caso de improcedência do pedido principal, lhe seja concedida a revisão de determinada cláusula do contrato para diminuir a taxa de juros. Não era exatamente o que o autor pretendia, mas diante da negação de seu pedido principal terá alguma vantagem (ainda que parcial) resultante do processo.

Na cumulação alternativa, prevista no parágrafo único do art. 326 do CPC, o autor cumula os pedidos, mas não estabelece uma ordem de preferência entre eles, de maneira que a escolha do pedido a ser acolhido fica a cargo do juiz, dando-se o autor igualmente por satisfeito com o acolhimento de qualquer um deles<sup>117</sup>. Ainda que a escolha nesse caso seja do consumidor, é possível que haja cumulação de pedidos com fundamento no art. 18, § 1.º, do CDC, pedindo o autor a devolução do dinheiro, a entrega de um novo produto ou a concessão de um desconto, indicando que

qualquer desses pedidos que seja acolhido satisfará por igual o autor. Nessa espécie de cumulação, o acolhimento de qualquer um dos pedidos não gera interesse recursal ao autor<sup>118</sup>.

É preciso cuidado com o chamado “pedido alternativo” previsto pelo art. 325, parágrafo único, do CPC. Ao afirmar que o pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo, o dispositivo legal não cria verdadeira cumulação de pedidos, mas sim cumulação na forma da satisfação caso o pedido seja julgado procedente. O pedido continua sendo um só, cabendo ao réu, entretanto, mais de uma forma de satisfazê-lo<sup>119</sup>.

Em previsão inovadora, o dispositivo legal permite ao juiz assegurar ao réu o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo quando pela lei ou pelo contrato a escolha a ele couber, mesmo que o autor não tenha formulado pedido alternativo. Sendo a escolha do devedor, o autor não pode *a priori* definir a forma de cumprimento da obrigação, de forma que será obrigado a fazer pedido alternativo. O disposto afasta a possibilidade de o autor sacrificar o direito de escolha do réu quando indevidamente deixa de fazer pedido alternativo. Note-se que sendo a escolha do autor, e tendo sido ela feita na petição inicial, não poderá o juiz acolher o pedido para determinar o cumprimento da obrigação de outra forma que não aquela escolhida pelo autor.

Portanto, quando a escolha couber ao autor, poderá em sua petição inicial indicar desde já a única forma que lhe satisfará, mas, quando a escolha for do réu, o autor se limitará a pedir a satisfação da obrigação, cabendo ao réu a escolha da forma para tal obtenção. Registre-se que, satisfeita pelo réu a obrigação por qualquer forma que a lei ou contrato permita, a obrigação estará amplamente satisfeita, não podendo o autor demandar por nova satisfação por outro meio, constituindo tal postura em evidente *bis in idem*.

Odete celebra contrato de seguro de seu automóvel no qual consta a obrigação alternativa da seguradora de, no caso de sinistro de perda total do bem, efetuar o pagamento de seu valor ou de entregar um automóvel novo. Descumprido o contrato, Odete ingressa com demanda judicial e

<sup>115</sup> Ovídio Baptista, *Curso*, p. 230.

<sup>116</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 475, p. 171-172.

<sup>117</sup> Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 82; Didier, *Curso*, p. 389.

<sup>118</sup> Enunciado 109 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “Na hipótese de cumulação alternativa, acolhido integralmente um dos pedidos, a sucumbência deve ser suportada pelo réu”.

<sup>119</sup> Baptista da Silva, *Curso*, p. 228-229; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 27, p. 215-216. Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 474, p. 169-170, confundindo pedido alternativo com cumulação alternativa.

pede a condenação da seguradora ao cumprimento do contrato, sendo esse seu único pedido. Caso a seguradora seja condenada, poderá satisfazer sua obrigação em fase executiva pagando o valor devido ou entregando um novo automóvel, o que demonstra que o pedido de cumprimento do contrato feito por Odete era alternativo.

### 2.3.4. Causa de pedir

Segundo ensina a melhor doutrina, existem duas teorias doutrinárias que explicam do que é composta a causa de pedir.

A teoria da individuação, oriunda do direito alemão e atualmente com mero interesse histórico<sup>120</sup>, afirma que a causa de pedir é composta tão somente pela relação jurídica afirmada pelo autor. Registre-se que, mesmo na *teoria da individuação*, os fatos continuam a ser exigidos nas demandas que versam sobre direitos obrigacionais, havendo controvérsia apenas nas demandas que versam sobre direitos reais<sup>121</sup>. Por outro lado, a *teoria da substanciação*, também criada pelo direito alemão, determina que a causa de pedir, independentemente da natureza da ação, é formada apenas pelos fatos jurídicos narrados pelo autor.

A doutrina pátria amplamente majoritária afirma que o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação, sustentando que a exigência da narrativa dos fatos na petição inicial derivada do art. 319, III, do CPC seria a demonstração cabal da filiação de nosso ordenamento jurídico a tal teoria<sup>122</sup>. O curioso, entretanto, é que essa mesma doutrina que aponta para a adoção da teoria da substanciação afirma que a causa de pedir não é composta exclusivamente dos fatos jurídicos; além dos fatos, também a fundamentação jurídica compõe a causa de pedir, inclusive como determinado no art. 319, III, do CPC.

Uma parcela minoritária da doutrina aponta a incongruência da doutrina majoritária, afirmando que o direito brasileiro teria adotado uma teoria mista, de equilíbrio entre a teoria da individuação e da substanciação. Ao exigir a narrativa na petição inicial dos fatos e dos fundamentos jurídicos, o direito brasileiro exigiu tanto a narrativa da causa

de pedir próxima quanto da causa de pedir remota, criando-se uma teoria que resulta da soma das duas tradicionais teses que explicam o objeto da causa de pedir<sup>123</sup>.

A distinção entre *causa de pedir remota* e *causa de pedir próxima* merece um comentário. Sem nenhuma justificativa de suas opções, a doutrina concorda que as “duas causas de pedir” designam os dois elementos constitutivos da causa de pedir (fato e fundamento jurídico), mas, ao determinar qual causa de pedir designa qual elemento, a confusão impera. Para alguns, a causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido, enquanto a causa de pedir remota são os fatos constitutivos<sup>124</sup>. Para outros, é exatamente o contrário: causa de pedir próxima são os fatos e causa de pedir remota são os fundamentos do pedido<sup>125</sup>, sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>126</sup>. Sem grandes consequências práticas, a divergência exaure sua importância no campo doutrinário, mas em minha concepção pessoal a causa de pedir próxima são fatos e a causa de pedir remota é o fundamento jurídico, porque é dos fatos que decorrem os fundamentos jurídicos.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que, apesar de entender que os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir, inclusive por expressa previsão legal do art. 319, III, do CPC, não vinculam o juiz em sua decisão ao fundamento jurídico narrado pelo autor, de forma que essa vinculação só existe quanto aos fatos jurídicos narrados. Com a afirmação de que o fundamento jurídico que obrigatoriamente deve narrar o autor é uma mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, defende essa corrente doutrinária a possibilidade de o juiz decidir com base em outro fundamento jurídico distinto daquele contido na petição inicial (*narra mihi factum dabo tibi jus*)<sup>127</sup>. O exemplo clássico é o pedido de anulação do contrato com o fundamento no erro e a sentença anulando o contrato com base no dolo<sup>128</sup>.

<sup>120</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 550.

<sup>121</sup> Cruz e Tucci, *A causa petendi*, p. 90-91.

<sup>122</sup> STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 674.850/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 1.153.656/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10/05/2011, DJe 18/05/2011; Theodoro Jr., *Curso*, n. 354, p. 399; Greco Filho, *Direito*, n. 15, p. 95; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 291; Nery-Nery, *Código*, p. 550.

<sup>123</sup> Botelho de Mesquita, *Conteúdo*, p. 48; Carvalho, *Do pedido*, p. 92-93.

<sup>124</sup> Greco Filho, *Direito*, n. 15, p. 95; Cruz e Tucci, *A causa*, p. 154.

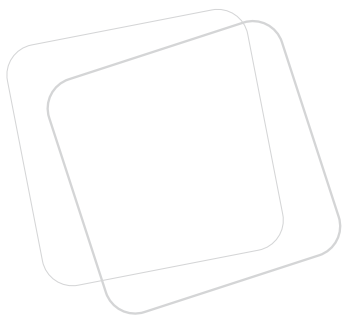
<sup>125</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 450, p. 126; Nery-Nery, *Código*, p. 550; Câmara, *Lições*, p. 307.

<sup>126</sup> STJ, 2ª Seção, CC 121.723/ES, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26/02/2014, DJe 28/02/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 1.322.198/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/06/2013, DJe 18/06/2013.

<sup>127</sup> STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 674.850/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 24.888/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23/04/2013, DJe 03/05/2013.

<sup>128</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 450, p. 127-128; Fux, *Curso*, p. 178; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 17.





# VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

**Sumário:** 12.1. Introdução – 12.2. Vício e Nulidade – 12.3. Classificação – 12.4. Mera Irregularidade – 12.5. Nulidades Relativas – 12.6. Nulidade Absoluta – 12.7. Inexistência Jurídica – 12.8. Efeito Expansivo e Confinamento das Nulidades.

## 12.1. INTRODUÇÃO

O ato processual é uma espécie de ato jurídico, sendo que a lei estabelece determinada forma para a sua prática cuja inobservância pode gerar a ineficácia, nulidade ou a inexistência do ato processual. Ao não seguir a forma prevista em lei para o ato processual, tem-se um ato viciado, defeituoso, atípico, contrário às previsões legais. A consequência da imperfeição do ato guarda estrita relação com a natureza e a gravidade do vício, além da própria natureza do ato processual<sup>1</sup>.

Não se devem confundir *existência, validade e eficácia* do ato processual.

O plano da existência deve ser o primeiro a ser analisado, considerando-se que, se o ato processual não existir juridicamente, não passará de mero fato, não podendo ter qualquer validade (não pode ser válido algo que nem ao menos existe). No que tange aos efeitos, e nesse ponto o direito processual civil distancia-se significativamente do direito civil, é plenamente possível que um ato processual inexistente gere efeitos como se existente e válido fosse, somente cessando tal eficácia

quando da declaração judicial do vício<sup>2</sup>. Imagine-se uma sentença proferida por um juiz aposentado, em nítido caso de inexistência do ato processual (faltou o pressuposto processual subjetivo da investidura). A parte vencedora poderá executar tal sentença, e caso o executado nada alegue é possível imaginar tal execução chegando ao seu final com a satisfação do direito do exequente. Enquanto não existir a decisão que declare o ato inexistente, portanto, é correto afirmar-se que mesmo o ato inexistente gera efeitos.

Segundo parcela da doutrina, os atos processuais com defeitos dessa ordem não produzem efeitos porque em si mesmo não os têm, ou porque o resultado desejado encontra barreiras jurídicas tão sólidas que, de modo absoluto, impedem sua produção. Concorro parcialmente com esse entendimento, porque alguns atos, mesmo que inexistentes juridicamente, por sua simples existência fática, poderão gerar efeitos, conforme ocorre no exemplo mencionado anteriormente. É verdade, porém, que existem atos juridicamente inexistentes que não geram efeitos, antes mesmo de sua declaração judicial como a sentença sem dispositivo. Como executar uma “decisão” que nada decide?

<sup>1</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 705, p. 580.

<sup>2</sup> Wambier, *Nulidades*, n. 2.2, p. 157.



Somente se chegará ao plano da validade se ultrapassado o plano da existência, aferindo-se a validade do ato jurídico processual desde que exista juridicamente. O ato inválido é o ato viciado, que não vale em razão de sua imperfeição formal, mas que pode gerar efeitos. Ato que não gera efeitos é ato ineficaz, e, conforme visto, no processo civil todos os atos são eficazes, independentemente de sua regularidade ou imperfeição, sendo que os viciados somente gerarão efeitos até que sejam declarados por decisão judicial atos nulos ou inexistentes.

É importante consignar que qualquer que seja o vício do ato processual, o mesmo somente não será apto, ou deixará de produzir efeitos, após decisão judicial que reconheça tal imperfeição do ato<sup>3</sup>. Significa dizer que no direito processual não existe a figura do *ato jurídico nulo de pleno direito*<sup>4</sup>, que desde o momento de sua prática não gera efeitos, sendo todos os atos meramente anuláveis, já que sempre dependem de decisão judicial a reconhecer o vício, somente deixando de produzir efeitos após a prolação da decisão. É possível, em razão de tal regra, inclusive imaginar situação em que ato viciado (insista-se, qualquer espécie de imperfeição) gere efeitos eternamente, como se válido fosse, bastando para tanto não existir decisão judicial que ateste o vício, declarando-o nulo ou até mesmo juridicamente inexistente.

## 12.2. VÍCIO E NULIDADE

Não se deve confundir o vício do ato processual com sua nulidade – consequência natural da inadequação de confundir objeto e o efeito de um mesmo fenômeno processual – até mesmo porque nem sempre a ocorrência desse fenômeno gerará o efeito programado a ele por lei. No Capítulo 19 demonstrou-se que a revelia e seus efeitos são aspectos diferentes do fenômeno consubstanciado na ausência jurídica de contestação, que, se é um fato suficiente para gerar a revelia, dependerá de outras circunstâncias para gerar seus efeitos (p. ex., basta tratar-se de direito indisponível para que o efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor não seja gerado).

Ato viciado é o ato imperfeito, praticado com defeito porque em desrespeito à forma legal prevista para a sua prática. Como todo ato processual tem um objetivo, um resultado pretendido pela parte que o pratica, a lei assegura às partes que, praticado o

ato dentro das formalidades legais, o efeito legal será gerado e o objetivo pretendido alcançado. Nota-se, portanto, que a formalidade é importante num sistema processual porque representa a *segurança jurídica* à parte que, respeitando as formas legais, sabe de antemão que conseguirá atingir seus objetivos<sup>5</sup>. O réu já sabe de antemão que, se a sua contestação for formalmente perfeita, evitará a revelia e tornará os fatos alegados pelo autor controvertidos; a parte sabe que, se apelar da sentença cumprindo as exigências formais, evitará o trânsito em julgado, e assim por diante.

Da mesma maneira que a lei garante que o respeito à forma legal leva à geração dos efeitos legais e à obtenção do resultado pretendido por quem o praticou, cria uma sanção processual para a parte que descumpra a forma legal na prática do ato, chamada de *nulidade*<sup>6</sup>. Significa dizer que o desrespeito à forma é suficiente para a existência de um ato defeituoso, e que em regra esse desrespeito com a forma é sancionado pela nulidade, que impedirá que o ato processual gere os efeitos previstos em lei e, por consequência, que a parte que o praticou alcance o objetivo pretendido. A doutrina afirma que nesse caso o ato defeituoso será um ato inválido ou atípico<sup>7</sup>.

Essa explicação já seria suficiente para demonstrar que ato viciado não se confunde com ato nulo, sendo o primeiro apenas o ato defeituoso, enquanto o segundo é o ato defeituoso atingido pela nulidade. A distinção fica ainda mais importante quando se percebe que, apesar de o binômio “ato defeituoso-nulidade” ser a regra de nosso sistema, nem sempre um ato imperfeito gera a nulidade, ou ainda, gera diferentes formas de nulidade.

O próprio sistema pode excluir determinadas espécies de vícios do âmbito das nulidades, como ocorre com a mera irregularidade, que apesar de tornar o ato defeituoso nunca gera a nulidade do ato. Por outro lado, podem ser criadas exceções na praxe forense, como ocorre na aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas*, analisado no Capítulo 3, item 3.4.8. Na instrumentalidade das formas reconhece-se que o ato é defeituoso, mas, por uma opção resultante da preocupação em evitar os formalismos exagerados, afasta-se a nulidade do ato, permitindo que este gere seus efeitos e que a parte

<sup>5</sup> Wambier, *Nulidades*, n. 2.3, p. 168.

<sup>6</sup> Fux, *Curso*, p. 360; Theodoro Jr., *Curso*, n. 284-a, p. 325; Calmon de Passos, *Esboço*, n. 86, p. 105. Contra, entendendo não se tratar de sanção: Komatsu, *Da invalidade*, p. 182; Oliveira, *Notas*, p. 131-139; Mitidiero, *O problema*, p. 60-61.

<sup>7</sup> Câmara, *Lições*, v. 1, p. 245.

<sup>3</sup> Tesheiner-Baggio, *Nulidades*, n. 4.1.3, p. 261.

<sup>4</sup> Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 238; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 246.

que o praticou atinja o objetivo pretendido, desde que não exista prejuízo<sup>8</sup>. Note-se que na aplicação desse princípio não se trabalha com a convalidação do vício ou ainda com a sua retificação; simplesmente reconhece-se que o ato é defeituoso, mas não deve gerar nulidade, o que o faz em termos de eficácia um ato idêntico ao praticado em respeito às formalidades legais.

Por outro lado, a gravidade do dano determina a forma pela qual a nulidade é procedimentalmente tratada: quem pode alegar, em qual momento, de que maneira etc. Daí por que as diferentes espécies de vícios primeiramente levam à geração ou não da nulidade; e, num segundo momento, determinam o tratamento procedimental dessa nulidade. Fica evidenciada, portanto, a importância da distinção entre ato viciado e nulidade.

### 12.3. CLASSIFICAÇÃO

Parcela considerável da doutrina, levando em conta a gravidade do vício e a natureza do ato processual, divide academicamente as imperfeições do ato jurídico em quatro categorias: *meras irregularidades*, *nulidades relativas*, *nulidades absolutas* e *inexistência*. Mas está longe de ser pacífica essa classificação. A tarefa de classificar um instituto jurídico sempre cria muita controvérsia na doutrina, em razão dos diferentes critérios e premissas adotados. No tema dos vícios e invalidades do ato processual essas circunstâncias estão ainda mais presentes, existindo diversas teorias distintas da adotada no presente trabalho.

O saudoso jurista baiano Calmon de Passos, em obra clássica sobre o tema das nulidades, entende incorreta a diferenciação da nulidade absoluta e relativa ou da nulidade e da anulabilidade, que gerariam vícios sanáveis ou insanáveis. Para o autor, no sistema brasileiro existem somente dois tipos de atos: os perfeitos e os defeituosos, também chamados de atos atípicos porque desviados do tipo legal. Os atos defeituosos podem sofrer a sanção da nulidade, desde que satisfeitas algumas exigências legais, quando então se tornarão ineficazes<sup>9</sup>.

Teresa Arruda Alvim Wambier propõe uma classificação fundada em nulidades de forma e de fundo, além de admitir as meras irregularidades e os atos juridicamente inexistentes. Para a processualista as nulidades de forma são em regra relativas, somente sendo absolutas quando expresso em lei,

havendo nesse caso uma presunção absoluta de prejuízo. As nulidades de fundo, consubstanciadas em vícios referentes às condições da ação, pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos processuais negativos, são sempre nulidades absolutas<sup>10</sup>. Apesar da originalidade da classificação, não destoa substancialmente da classificação adotada ao analisar as características das nulidades relativas e absolutas.

Para Aroldo Plínio Gonçalves, não existe no processo norma que proteja o interesse das partes, sendo todas elas imperativas ao disciplinar a atuação jurisdicional e a participação das partes durante o procedimento. Por essa razão, não admite a clássica distinção entre nulidade relativa e nulidade absoluta, preferindo a distinção entre nulidades cominadas e não cominadas, afirmando que a distinção entre elas não está nos efeitos que sua declaração produz, tampouco no grau de gravidade do vício, mas apenas na legitimação para a sua arguição e no momento adequado para sua alegação<sup>11</sup>.

Em visão simplificadora do fenômeno, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, afirmam que qualquer classificação é inadequada, sustentando que o ato somente será nulo quando a infração da forma comprometer os fins de justiça no processo, frustrando o alcance de sua finalidade ou causando prejuízo. Caso contrário, o ato é válido<sup>12</sup>. A preocupação em simplificar o tema das nulidades processuais é louvável, mas conforme proposta pode levar a uma confusão de vício com nulidade, o que já se demonstrou não ser correto.

### 12.4. MERA IRREGULARIDADE

O ato meramente irregular é certamente aquele que possuiu o vício de menor gravidade entre todas as imperfeições possíveis<sup>13</sup>. Afirma-se que a mera irregularidade é gerada pela inobservância de regra não relevante para considerações acerca da validade do ato. As exigências superficialmente formais, que não guardem qualquer relação com a formalidade do ato e a produção do resultado pretendido por seu autor, são consideradas meras irregularidades. Note-se que a mera irregularidade não tem, nem mesmo em tese, aptidão para produzir qualquer prejuízo às partes ou ao próprio processo<sup>14</sup>. A mera

<sup>8</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 714, p. 597.

<sup>9</sup> Calmon de Passos, *Esboço*, n. 84, p. 101.

<sup>10</sup> Wambier, *Nulidades*, n. 2.5, p. 185-188.

<sup>11</sup> Gonçalves, *Nulidades*, p. 51-52.

<sup>12</sup> Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 238-239.

<sup>13</sup> Contra: Calmon de Passos, *Esboço*, n. 89, p. 111.

<sup>14</sup> Talamini, *Notas*, p. 47-48; STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 839.381/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. 24.04.2007.

irregularidade não gera a nulidade, considerando-se o ato praticado com tal espécie de imperfeição como um ato válido e eficaz<sup>15</sup>, lembrando a melhor doutrina que em determinadas situações as imperfeições processualmente irrelevantes podem gerar sanções de outra ordem, como a responsabilidade civil ou certas punições disciplinares a juízes, auxiliares da Justiça, partes, ou mesmo ao advogado, mas nunca a invalidade do ato<sup>16</sup>.

A utilização de língua estrangeira na petição inicial, desde que não torne a petição incompreensível, apesar de indicar afronta à regra que exige o vernáculo (art. 192, parágrafo único, do CPC), não se constituirá em vício grave o suficiente para tornar o ato nulo, e sim meramente irregular. O mesmo ocorrerá com eventuais rasuras sem a devida ressalva, considerando-as meras irregularidades sempre que for possível concluir pela sua inequívoca autenticidade.

Como se pode notar, a irregularidade, sendo a mais leve das imperfeições do ato processual, deve ser considerada autônoma forma de vício do ato, porque a incapacidade de gerar a anulação do ato é suficiente para não confundir com outras espécies de imperfeições formais. Desse modo, ainda que se concorde com alguma proximidade com a nulidade relativa, é incorreto acreditar na existência de um regime jurídico único a tutelar essas diferentes espécies de vício<sup>17</sup>.

## 12.5. NULIDADES RELATIVAS

O ato é considerado relativamente nulo quando praticado com inobservância de forma legal que tenha como escopo preservar o interesse das partes. A lei prevê que determinados atos processuais têm que seguir certa forma visando principalmente uma garantia aos próprios litigantes do cumprimento da promessa constitucional do devido processo legal<sup>18</sup>. O próprio direito dos sujeitos processuais estará garantido com a previsão de formas para os atos processuais, sem os quais seria impossível conceder o mínimo de segurança às partes nas atividades processuais.

O principal aspecto da nulidade relativa, derivada justamente de sua razão política de existência – proteção ao interesse das partes –, é depender seu reconhecimento da alegação oportuna e adequada

da parte interessada em ver tal nulidade declarada, sob “pena” de preclusão e, conseqüentemente, convalidação do vício<sup>19</sup>. Significa dizer que a nulidade relativa não deve ser reconhecida de ofício, devendo o juiz aguardar a manifestação da parte interessada, que, se não ocorrer nas formas e prazo determinados pela lei, fará com que o ato relativamente nulo gere eternamente efeitos como se fosse absolutamente regular. A declaração da nulidade relativa, portanto, deve seguir alguns requisitos.

Em primeiro lugar, a regra que determina exigível o pedido da parte interessada na decretação da nulidade é mais ampla do que deveria, não sendo qualquer parte, ainda que tenha interesse na nulidade, legitimada a argui-la. Somente a parte inocente, ou seja, aquela que não foi responsável pelo ato viciado, poderá formular pedido para sua anulação (art. 276 do CPC). A parte que deu causa à nulidade não tem legitimidade para requerer a sua decretação, não se admitindo que as regras processuais favoreçam quem agiu com torpeza ou desatenção, em desrespeito aos princípios de boa-fé e lealdade processual (*nemo allegans propriam turpitudinem auditur*)<sup>20</sup>.

O segundo requisito diz respeito ao interesse da parte na decretação da nulidade, sendo possível imaginar situações nas quais a decretação da nulidade pedida a prejudique, não lhe trazendo nenhum benefício processual. Nesse sentido o art. 282, § 2.º, do CPC, quando aponta para a possibilidade de o juiz não declarar a nulidade relativa de algum ato, mesmo que imperfeito, quando a decisão de mérito puder ser favorável à parte inocente.

Assim, por exemplo, a parte que, derrotada em sentença, pede a anulação da sentença arguindo em sua apelação a nulidade do processo em razão de não ter sido lhe dada vista de um documento juntado pela parte contrária e, caso não seja acolhida tal alegação, pede a reforma da sentença. O Tribunal, percebendo ter ocorrido o desrespeito ao contraditório (com a não intimação para manifestação sobre documentos juntados pela parte contrária), não deve decretar a nulidade se entender que, apesar da nulidade relativa, no mérito recursal tem razão o apelante. Nesse caso, eventual decretação de nulidade prejudicaria o próprio apelante, que, no julgamento do mérito, teria a reforma da sentença de mérito que lhe favorece, devendo o Tribunal deixar de reconhecer a nulidade e julgar o recurso no mérito a favor daquele que apontou a existência da nulidade relativa.

<sup>15</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 283, p. 324.

<sup>16</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 706, p. 581.

<sup>17</sup> Como pretendem Nery-Nery, *Código*, p. 490.

<sup>18</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 711, p. 591.

<sup>19</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 286, p. 326; Dinamarco, *Instituições*, n. 731, p. 594; Fux, *Curso*, p. 360.

<sup>20</sup> Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 239; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 490.

O terceiro e último requisito diz respeito ao prazo em que a nulidade relativa deve ser apontada, requerendo-se a sua decretação. Segundo o art. 278 do CPC, a parte interessada deve pedir a decretação da nulidade na primeira oportunidade que tenha para manifestar-se no processo, não importando a sua efetiva manifestação ou ainda a que título tenha sido instada a se manifestar. No primeiro prazo aberto para sua manifestação, se não requer expressamente o reconhecimento do vício, não mais poderá fazê-lo em razão da preclusão<sup>21</sup>. Assim, juntado documento do qual não tenha sido dada ciência à parte contrária, se a mesma é intimada para manifestar-se sobre outro ato, como a incorrência de intimação em razão de não localização de testemunhas, omitindo-se sobre a nulidade relativa, ou, ainda, deixando passar o prazo sem qualquer manifestação, o vício não poderá mais ser arguido, perpetuando-se os efeitos do ato processual, como se tratasse de ato absolutamente regular.

Para parcela da doutrina a nulidade relativa não se confunde com a anulabilidade, outra espécie de vício do ato processual. Nesse entendimento, a nulidade relativa é gerada pelo desrespeito à norma cogente (aplicação obrigatória) instituída para a tutela de interesse particular, enquanto a anulabilidade ocorre quando há violação de norma dispositiva (interessados podem deixar de aplicar por ato de vontade)<sup>22</sup>. Para outros, entretanto, *nulidade relativa* e *anulabilidade* são expressões que designam o mesmo fenômeno processual<sup>23</sup>. A distinção é importante porque os que distinguem a nulidade relativa da anulabilidade defendem que o juiz pode conhecer de ofício a nulidade relativa (a exemplo da nulidade absoluta), sendo somente a anulabilidade pendente de requerimento da parte interessada. Entre os defensores dessa tese, há aqueles que entendem que na nulidade relativa ocorre preclusão para a parte, apesar de poder ser reconhecida de ofício a qualquer momento pelo juiz<sup>24</sup>.

## 12.6. NULIDADE ABSOLUTA

Mais grave que o vício capaz de gerar a nulidade relativa é o vício que gera a nulidade absoluta,

consistente em ato praticado em desrespeito a exigências formais que têm como objetivo a preservação do correto e regular funcionamento da máquina jurisdicional<sup>25</sup>. A nulidade absoluta, portanto, diz respeito às situações em que a forma do ato processual busca preservar algo superior ao interesse das partes. Busca-se preservar interesses de ordem pública, tratando-se a garantia do cumprimento das formas legais de verdadeira garantia de preservação do interesse público da Justiça e da boa administração jurisdicional.

Existem importantes diferenças no trato da nulidade absoluta e da nulidade relativa. Conforme visto, a nulidade relativa somente será conhecida quando a parte interessada, que não tenha dado causa ao vício, na primeira vez que tenha oportunidade de se manifestar nos autos, assim o faça. Já a nulidade absoluta, justamente porque ligada às matérias de ordem pública, deve ser decretada a qualquer momento do processo pelo juiz, independentemente de manifestação da parte nesse sentido<sup>26</sup>. Se pode o juiz de ofício conhecer da nulidade absoluta, com maior razão admite-se, a qualquer momento do processo, a manifestação da parte nesse sentido, inclusive daquele que foi o causador da nulidade<sup>27</sup>, como no caso de autor indicar incompetência absoluta do juízo<sup>28</sup>.

Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem decisões no sentido de inadmitir a alegação de nulidade, ainda que absoluta, pela parte que a causou ou prejudicada por ela quando tal postura estiver fundada em má-fé e deslealdade processual. Trata-se da utilização da chamada nulidade de algibeira ou bolso, quando a parte deixa para alegar a nulidade em momento que lhe seja mais favorável, em estratégia repudiada pelo melhor Direito<sup>29</sup>. Trata-se da aplicação ao processo do princípio do *duty to mitigate the loss*, por meio do qual a parte deve mitigar seu próprio prejuízo, não sendo razoável que deixe para alegar uma nulidade, mesmo que absoluta, somente quando melhor lhe aprouver<sup>30</sup>.

Durante o trâmite do processo, o vício apto a gerar uma nulidade absoluta não é atingido pela

<sup>21</sup> STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 865.840/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2008; REsp 511.669/RS, 6.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 07.10.2004. Contra: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 240.

<sup>22</sup> Galeno Lacerda, *Despacho*, p. 72-73; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 246-247; Costa Machado, *Código*, p. 552.

<sup>23</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 284-a, p. 325; Wambier, *Nulidades*, n. 2.8, p. 218-219; Talamini, *Notas*, p. 47-48; Nery-Nery, *Código*, p. 491.

<sup>24</sup> Dall'Agnol Jr., *Invalidades*, p. 54. Em sentido crítico, com razão, Tesheiner-Baggio, *Nulidades*, n. 2.2.2, p. 103.

<sup>25</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 711, p. 591.

<sup>26</sup> STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.022.066/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03/03/2009, DJe 30/03/2009; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 247.

<sup>27</sup> Costa Machado, *Código*, p. 557.

<sup>28</sup> STJ, 6ª Turma, REsp 961.407/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/08/2008, DJe 06/10/2008.

<sup>29</sup> STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.203.417/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 04/09/2014, DJe 15/09/2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.372.802/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014.

<sup>30</sup> STJ, 6ª Turma, HC 266.426/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/05/2013, DJe 14/05/2013.



preclusão, podendo a qualquer momento ser declarado<sup>31</sup>. Registre-se importante corrente doutrinária que limita temporalmente essa declaração de nulidade absoluta às instâncias recursais ordinárias, entendendo que em sede de recurso extraordinário e especial os tribunais superiores só poderão se manifestar sobre uma nulidade absoluta se a mesma tiver sido objeto de prequestionamento<sup>32</sup>, em entendimento que poderá ser modificado em razão do art. 1.034, parágrafo único, do CPC (Capítulo 68, item 68.5). Em determinadas situações, até mesmo depois de encerrado o processo, a decretação da nulidade continua a ser possível por meio de ação rescisória, mas nesse caso a nulidade absoluta terá se transformado em vício de rescindibilidade, considerando-se que o trânsito em julgado é a sanatória geral das nulidades, inclusive das nulidades absolutas<sup>33</sup>.

É plenamente possível, e bastante frequente na praxe forense, que a parte alegue, em sede recursal, a existência de alguma nulidade absoluta. Tal vício, na verdade, poderia até mesmo ser reconhecido de ofício pelo Tribunal, em razão do efeito translativo da apelação. Ocorre, entretanto, que a nulidade absoluta somente poderá ser reconhecida pelo Tribunal, quer seja em resposta à manifestação da parte apelante, quer seja de ofício, se o recurso for devidamente conhecido, já que sem a admissibilidade do recurso a matéria não poderá ser apreciada pelo Tribunal, sendo necessário nesse caso, quando possível, o ingresso de ação rescisória.

Como se nota das considerações acima expostas, tanto a nulidade absoluta quanto a relativa se convalidam, mais cedo ou mais tarde. Enquanto as nulidades relativas de convalidam em prazo exíguo, qual seja o prazo da primeira manifestação da parte interessada nos autos, as nulidades absolutas se convalidam no trânsito em julgado, que é considerado como sanatória geral das nulidades, inclusive as absolutas<sup>34</sup>, transformando-se após esse momento processual em vícios de rescindibilidade.

Em regra, a nulidade absoluta que se transformou em vício de rescindibilidade após o trânsito em julgado atinge a estabilidade definitiva com o decurso do prazo de dois anos da ação rescisória, em fenômeno conhecido como “coisa julgada soberana”. Ocorre, entretanto, que existem nulidades absolutas tão graves, tão ofensivas ao sistema jurídico, que a sua manutenção é algo absolutamente indesejado; surgem os chamados *vícios transrescisórios*, que

apesar de serem situados no plano da validade não se convalidam, podendo ser alegados a qualquer momento, como ocorre com o vício ou inexistência da citação<sup>35</sup>.

Apesar das nítidas diferenças entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas, existe um ponto no qual o seu tratamento é homogêneo. Tanto na nulidade relativa quanto na nulidade absoluta é admissível o saneamento do vício, bem como a geração dos efeitos com o consequente afastamento da nulidade no caso concreto por meio da aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas*<sup>36</sup>. O art. 279 do CPC prevê tradicional hipótese de nulidade absoluta cominada: a ausência de intimação do Ministério Público nos processos em que deve participar como fiscal da ordem jurídica. O *caput* e o § 1.º, na realidade, apenas repetem o art. 246, *caput* e parágrafo único, do CPC/1973. A novidade fica por conta do § 2.º do art. 279 do CPC, ao prever que a nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo. O dispositivo cria uma regra formal para a decretação da nulidade, que, uma vez descumprida, gera nulidade absoluta, mas deixa claro que só haverá anulação se demonstrado o prejuízo gerado pela ausência do Ministério Público no processo, consagrando, ainda que implicitamente, o princípio da instrumentalidade das formas. Registre-se apenas que, ainda que imprescindível a intimação do Ministério Público para a decretação de nulidade, a decisão é do juízo, que deverá analisar e concluir se a ausência realmente gerou prejuízo no caso concreto.

## 12.7. INEXISTÊNCIA JURÍDICA

Trata-se certamente do mais grave dos vícios, tornando o ato inexistente por lhe faltar elemento constitutivo mínimo<sup>37</sup>, sendo impossível até mesmo reconhecê-lo como ato processual. Não se pode confundir a inexistência jurídica com a inexistência fática, embora obviamente aquilo que não existe no plano fático não pode também existir no plano jurídico. O ato inexistente de que nesse momento se trata existe no plano fático, até mesmo gerando efeitos, mas juridicamente é considerado inexistente.

<sup>31</sup> STJ, 2.ª Turma, REsp 909.434/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 10.04.2007.

<sup>32</sup> Nery-Nery, *Código*, p. 490; Dinamarco, *Instituições*, n. 712, p. 593-594.

<sup>33</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 712, p. 594.

<sup>34</sup> STJ, 1.ª Turma, REsp 871.166/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2008.

<sup>35</sup> Tesheiner-Baggio, *Nulidades*, n. 4.1.4, p. 263-264; Theodoro Jr., *Curso*, n. 292, p. 330.

<sup>36</sup> Wambier, *Nulidades*, n. 2.3; p. 173; Fux, *Curso*, p. 361; Nery-Nery, *Código*, p. 490. Contra, entendendo que há na nulidade absoluta uma presunção absoluta de prejuízo: Câmara, *Lições*, v. 1, p. 248.

<sup>37</sup> Theodoro Jr., *Curso*, n. 284, p. 324; Dinamarco, *Instituições*, n. 707, p. 582-583.

Diferentemente das nulidades relativas e absolutas, o vício que gera a inexistência do ato não se convalida jamais, podendo ser reconhecido na constância da demanda e após o seu encerramento, independentemente de prazo, por meio de mera *ação declaratória de inexistência de ato jurídico*. Essa é a principal consequência da distinção entre a nulidade absoluta e a inexistência jurídica, porque no primeiro caso, ainda que no processo exista uma nulidade absoluta, haverá trânsito em julgado e, não sendo interposta a ação rescisória no prazo de dois anos, o vício se convalida definitivamente, enquanto a decisão proferida em processo que seja juridicamente inexistente, ou conte com ato juridicamente inexistente que a contamine, não se convalida, podendo o vício ser alegado a qualquer momento<sup>38</sup>. Embora inexistente, é apto a gerar efeitos até que venha decisão judicial declarando-o como tal, da mesma forma que ocorre com as nulidades relativas e absolutas, distinguindo-se destas somente pela impossibilidade de convalidação.

Uma sentença sem a assinatura do juiz ou assinada por alguém não investido na jurisdição, embora exista no plano fático, não passa de mero pedaço de papel sem importância jurídica. O mesmo se pode dizer de uma sentença sem parte dispositiva, o que em última análise significa uma decisão que não decide, o que por si só já gera uma incongruência lógica que obsta claramente a sua existência no plano jurídico.

## 12.8. EFEITO EXPANSIVO E CONFINAMENTO DAS NULIDADES

O procedimento é representado por uma série de atos interligados que buscam um objetivo final. No caso do processo, o procedimento estabelecido entre os sujeitos processuais segue a mesma regra, estabelecendo-se entre o ato posterior e o ato anterior uma estreita ligação de causa-efeito. Diante de tal constatação, é preciso enfrentar o tema das nulidades dos atos processuais no que tange à geração de efeitos da decretação da nulidade não só em relação ao ato nulo, mas também a outros atos a ele ligados que deverão também ser anulados, apesar de perfeitos formalmente, em razão do efeito expansivo da decretação da nulidade, ou, como preferem alguns, em razão do princípio da causalidade.

O tratamento de como se aplica tal efeito expansivo vem previsto no art. 281 do CPC, que prevê que, anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito

todos os atos subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes. De tal regramento legal surgem importantes aspectos no trato da nulidade, em especial no que tange à geração de seus efeitos sobre outros atos que não aquele declarado nulo e aos limites de tal declaração, dentro do próprio ato. A análise será dividida em duas partes: efeito expansivo e confinamento das nulidades.

A primeira observação digna de nota é a indicação de que somente os atos subsequentes serão reputados sem efeito, preservando-se dessa forma os atos antecedentes ao ato nulo. É o que ocorre quando, anulado um processo em que a citação tenha sido considerada viciada, preserva-se a petição inicial, ato praticado antes da citação viciada. Apesar de ser essa a regra geral, é possível verificar que os atos anteriores àquele anulado também podem, ainda que excepcionalmente, sofrer os efeitos de tal declaração, como ocorre, por exemplo, no caso de anulação da arrematação, que gerará a nulidade do edital, ato processual precedente ao ato anulado.

A segunda regra que pode ser deduzida do artigo legal comentado é a exigência de que entre os atos exista alguma relação de subordinação, sendo possível imaginar uma situação em que os atos, apesar de subsequentes, não sejam atingidos pela anulação de um ato processual anterior. A imperfeição na citação ou a ausência do Ministério Público quando exigida sua participação anulam o processo desde o início, preservando-se somente a petição inicial e a decisão que determina a citação do réu. Nesse caso, todo o procedimento desenvolvido após esse momento inicial será anulado, sendo inegável a contaminação de todos os atos processuais praticados em razão da nulidade reconhecida. O ato citatório seria caso de nulidade inerente (originária), enquanto os outros atos, apesar de sadios, seriam caso de nulidade decorrente (derivada)<sup>39</sup>.

Pode ocorrer, entretanto, de o ato processual viciado não guardar relação de subordinação com outros atos processuais que tenham sido praticados posteriormente a ele, o que, em razão da aplicação do princípio da economia processual, gerará a manutenção de tais atos. É o caso de ato processual ligado a determinados incidentes processuais, que teria o condão de somente anular, pelo efeito expansivo, os atos praticados nesse incidente, mantendo-se intactos aqueles praticados no processo principal.

<sup>38</sup> Wambier, *Nulidades*, n. 2.6, p. 192-193.

<sup>39</sup> Dinamarco, *Instituições*, n. 715, p. 599; Wambier, *Nulidades*, n. 2.3, p. 172.