

Cassio Scarpinella Bueno

COORDENADOR

**IMPACTOS  
PROCESSUAIS do  
DIREITO CIVIL**

André Pagani de Souza ■ Bruno Freire e  
Silva ■ Cláudio José Franzolin ■ Diogo  
Leonardo Machado de Melo ■ Guilherme  
Linhares Valério da Silva ■ Heitor Vitor  
Mendonça Sica ■ Helena Lanna Figueiredo ■  
J. Hamilton Bueno ■ José Roberto Neves  
Amorim ■ Kátia Aparecida Mangone ■  
Luciano Vianna Araújo ■ Milton Paulo de  
Carvalho Filho ■ Paulo Rogério Zaneti ■  
Renato Montans de Sá ■ Sandro Gilbert  
Martins ■ Solange Tomiyama ■ Thomaz  
Henrique Junqueira de Andrade Pereira

2008



001357

## Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño)". In: *Reflexo do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. "Il giudice e lo storico". In: *Studi sul processo civile*, v. 5. Padova: CEDAM, 1947.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MAZZEI, Rodrigo. "Algunas notas sobre o (dispensável) art. 232 do Código Civil". In: *Prova, exame mérito e presunção - o art. 232 do Código Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici - nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA". In: *Prova, exame mérito e presunção - o art. 232 do Código Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

## CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA TEORIA DAS NULIDADES: COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE INVALIDADES NO CÓDIGO CIVIL E NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA  
*Master e doutorando em Direito Processual Civil pela USP, Advogado*

*Sinopsis:* 1. Introdução. 2. Alguns conceitos básicos (segundo a doutrina civil). 3. Influência do direito civil sobre o direito processual civil, no que diz respeito ao sistema de invalidades. 4. Posições jurídicas dos sujeitos processuais. 5. Sistemas de invalidades processuais. 6. Categorias de invalidades processuais (segundo a doutrina tradicional). 7. Algumas críticas à doutrina tradicional. 8. Proposta de sistematização. Bibliografia.

### 1. Introdução

Ainda hoje subsiste a ideia de que a ciência jurídica é dividida em "ramos", a despeito da consciência de que esse "corte" tenha raízes históricas longínquas e presente nos dias atuais um valor sensivelmente menor do que em outros tempos.

Quando se adentra no estudo da chamada "teoria das nulidades", porém, a utilidade dessa divisão entre "ramos do direito" irrompe indubitosa.

De fato, foram os estudiosos do direito civil que cunharam os conceitos básicos que informam essa teoria, os quais, contudo, acabam sendo manejados também no âmbito do direito processual (civil e penal) e do direito administrativo, para ficar apenas com três exemplos.

Pense-se, por exemplo, nos conceitos ato e negócio jurídico. Todos eles foram desenvolvidos pelos civilistas,<sup>44</sup> e se acham positivados no texto do Código Civil, apesar de aplicáveis a outras vertentes da ciência jurídica.

Mas não é só. Também é obra dos cientistas do direito privado a construção - de inegável utilidade - que divide os três planos (existência, validade e eficácia) pelos

<sup>44</sup> Apenas para assentarmos estes conceitos, que serviram de premissa para o raciocínio desenvolvido ao longo do texto, podemos lembrar que *facto jurídico*, em sentido lato, compreende acontecimentos naturais e ações humanas que produzem efeitos jurídicos. Ou seja: fatos que, por disposição de uma norma jurídica, produzem efeitos relevantes para o Direito (cf., dentre outros, Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 197 e ss.; Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade*, p. 1 e ss.). Também poderíamos lembrar que os fatos jurídicos subdividem-se, segundo a generalidade da doutrina, em fatos jurídicos *stricto sensu* - produzidos por força de acontecimentos naturais, sem concurso do homem - e atos jurídicos - que derivam de um comportamento humano. Ademais, por inspiração da doutrina alemã, o Código Civil acolheu expressamente a distinção dos atos jurídicos em duas categorias, segundo a natureza do comportamento humano envolvido em sua produção, ou seja, os atos jurídicos *stricto sensu* - nos quais a ação humana ou a manifestação da vontade funcionam como mero pressuposto de efeitos predeterminados pela lei - e negócios jurídicos - consistentes em uma manifestação da vontade dirigida pelo agente à produção de determinados efeitos.

quais os atos jurídicos em geral são analisados para que possam ser reputados perfeitos e aptos para produzirem todos os efeitos típicos previstos em lei.<sup>455</sup>

Por decorrência lógica, as idéias de invalidez, nulidade, anulabilidade e ineficácia também receberam as primeiras formulações na doutrina civilista, mas são empregadas, com diferenças e temperamentos, em outros ramos jurídicos.

Assim, não há alternativa senão reconhecer que esses conceitos e teorias, embora cunhados no âmbito do direito civil, servem a outros ramos jurídicos, enquadrando-se, em verdade, como parte da "teoria geral do direito".<sup>456</sup>

A dificuldade que se impõe, então, é transpor esses conceitos e idéias para outros ramos do direito, e depurá-los, de tal sorte que reste apenas o substrato mínimo enquadrável na Teoria Geral do Direito. Tarefa difícilíssima, sem dúvida, especialmente para os operadores do direito público, como o processual civil e nosso intuito, com as linhas que seguirem, não vai além de pontuar algumas questões que nos parecem relevantes, sem a ilusão de esgotar tão intrincado tema.

## 2. Alguns conceitos básicos (segundo a doutrina civil)

Não há como empreender qualquer comparação, sem estabelecer um paradigma, a ser confrontado com um modelo diverso. Segundo as premissas adotadas, o contornos principais procuraremos desenhá-los neste item.

Pois bem:

Para o direito civil, "a invalidez é o gênero, e compreende a nulidade e a anulabilidade". Essa é a terminologia empregada pelo Código Civil vigente, muito embora a doutrina francesa prefira falar em nulidades absolutas e relativas, respectivamente.<sup>457</sup>

A diferença entre essas duas espécies (ou graus) de invalidez é "a natureza do preceito legal afrontado ou descumprido".<sup>458</sup> Se a norma tutelar preponderantemente

o interesse público, trata-se de nulidade, que se revela sanção mais severa. Se, por outro lado, o interesse primordialmente resguardado pela norma for primordialmente privado, o caso é de anulabilidade, penalidade essa mais branda.<sup>459</sup>

Aqui podemos nos deter para suscitar pequeno retoque terminológico. Se nulidade e anulabilidade são consideradas sanções, como conceber tratá-las como espécies do gênero invalidez?

Ora, invalidez é uma qualidade do ato, consistente na falta de requisitos previstos em lei, que, uma vez reconhecida, enseja aplicação de uma sanção, mais ou menos grave, dependendo da natureza da norma violada. Assim, entendemos ser mais correto dizer que a invalidez é o estado do ato, anteriormente ser to da sanção, mais branda ou mais severa. Após a sanção, não há diferenças entre os atos: todos são reputados nulos.<sup>460</sup>

Pois bem, O negócio nulo é aquele que, embora tenha ingressado no mundo jurídico, descumpriu requisitos de validade reputados pelo ordenamento como de "ordem pública".

O Código Civil, em grande parte, nos poupa de preocupações acerca da fluidez e imprecisão do que seja "norma de ordem pública", e elenca diversos casos de nulidade e outros de anulabilidade, valorando antecipada e expressamente diversos tipos de vícios dos atos jurídicos.

Aquela inadequação que acaba acarretando nulidade é intrínseca, vem desde o nascedouro do ato jurídico, e, por conta disso, recebe uma sanção severa e vigorosa, privando o ato de todo efeito jurídico.<sup>461</sup>

O CC/1916 destinava seu art. 45 à disciplina da nulidade dos atos jurídicos,<sup>462</sup> cinco hipóteses. A norma era interpretada em conjunto com o art. 82 do mesmo diploma, que estabelecia os requisitos essenciais de validade do ato jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Com alguns temperamentos, o art. 166 do Código Civil vigente repetiu essas hipóteses de nulidade.<sup>463</sup>

A nulidade pode atacar o ato total ou parcialmente (caso as partes inválidas e válidas sejam separáveis), como já deu aza claro o art. 153 do CC/1916. O Novo

<sup>455</sup> A idéia de nulidade como sanção é assente desde Clóvis Beviláqua (*Código Civil comentado*, p. 331) e encontra grande eco na doutrina até hoje, a despeito de algumas opiniões em contrário (cf. Roque Komatsu, *Da Invalidez no processo civil*).

<sup>456</sup> Esse mesmo raciocínio é feito por Roque Komatsu com respeito às nulidades no processo civil (*Da invalidez no processo civil*), mas plenamente aplicável para o direito substancial.

<sup>457</sup> A regra comporta exceções. São o que a doutrina chama de "efeitos mínimos" do negócio nulo, verificados em casos excepcionais (os dois últimos exemplos são de Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 123-124): a) casamento putativo (art. 221 do CC/1916 e art. 1.561 do NCC/2002); b) a declaração feita em instrumento nulo serve como começo de prova; e c) o negócio translativo de propriedade nulo funciona, não obstante, como causa justificativa da posse, dando ensejo, inclusive, a usucapião extraordinária (art. 350 do CC/1916 e art. 1.242 do NCC/2002).

<sup>458</sup> Lembremos que, quando o CC/1916 refere-se ao "ato inválido", abrange também o negócio jurídico, conforme dissemos acima. Já o NCC/2002 refere-se sempre ao "negócio jurídico", entendendo a aplicação das normas nesse âmbito aos atos jurídicos lícitos, "no que couber" (art. 185).

<sup>459</sup> De fato, alteraram-se alguns casos de incapacidade absoluta, criou-se a hipótese de nulidade quando o objeto do negócio jurídico for indeterminável, quando o motivo determinante comuni a ambas as partes for ilícito ou fraudulatório à lei.

<sup>455</sup> Ponto de partida para compreensão dessa teoria é a conhecida monografia, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* de Antônio Junqueira de Azevedo. Muito embora o trabalho retrate apenas uma das finalidades do presente estudo, isto é, firmar premissas conceituais. Seguindo esse autor, no plano da existência, o operador do Direito haverá de identificar, em cada ato jurídico, a ocorrência de determinados elementos; à falta de qualquer um deles, o ato não existe (ao menos tal como foi concebido). Reconhecidos os elementos necessários, o ato existe. Porém, para que produza efeitos, é necessário que eles ostentem certos requisitos, exigidos pela lei, de tal sorte que o ato, existente, seja considerado válido. O requisito nada mais são do que a *validade* dos elementos do ato, sem as quais o sistema o considera inválido e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Por fim, alcançando o plano da eficácia, devem concorrer, para que o ato existente e válido produza seus efeitos típicos, determinados, *formas de eficácia*. Ausentes, o ato existe, é válido, mas é inapto para produzir os efeitos para o qual foi programado. O ato inválido é inapto para produzir quaisquer efeitos, ao passo que o ato ineficaz não é hábil para produzir seus efeitos típicos. Aqui, o termo "ineficácia" é empregado em sentido estrito, designando apenas a hipótese em que o ato jurídico, genericamente considerado, não sobrevive à análise de seus fatores do chamado "plano da eficácia". A advertência é pertinente, já que usualmente o termo é empregado como toda e qualquer impossibilidade de produzir efeitos, seja porque o ato não existe, não vale, ou não é eficaz na acepção estrita do termo.

<sup>456</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 29 e ss.

<sup>457</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

<sup>458</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 27.

<sup>459</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

<sup>455</sup> Ponto de partida para compreensão dessa teoria é a conhecida monografia, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* de Antônio Junqueira de Azevedo. Muito embora o trabalho retrate apenas uma das finalidades do presente estudo, isto é, firmar premissas conceituais. Seguindo esse autor, no plano da existência, o operador do Direito haverá de identificar, em cada ato jurídico, a ocorrência de determinados elementos; à falta de qualquer um deles, o ato não existe (ao menos tal como foi concebido). Reconhecidos os elementos necessários, o ato existe. Porém, para que produza efeitos, é necessário que eles ostentem certos requisitos, exigidos pela lei, de tal sorte que o ato, existente, seja considerado válido. O requisito nada mais são do que a *validade* dos elementos do ato, sem as quais o sistema o considera inválido e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Por fim, alcançando o plano da eficácia, devem concorrer, para que o ato existente e válido produza seus efeitos típicos, determinados, *formas de eficácia*. Ausentes, o ato existe, é válido, mas é inapto para produzir os efeitos para o qual foi programado. O ato inválido é inapto para produzir quaisquer efeitos, ao passo que o ato ineficaz não é hábil para produzir seus efeitos típicos. Aqui, o termo "ineficácia" é empregado em sentido estrito, designando apenas a hipótese em que o ato jurídico, genericamente considerado, não sobrevive à análise de seus fatores do chamado "plano da eficácia". A advertência é pertinente, já que usualmente o termo é empregado como toda e qualquer impossibilidade de produzir efeitos, seja porque o ato não existe, não vale, ou não é eficaz na acepção estrita do termo.

<sup>456</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 29 e ss.

<sup>457</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

<sup>458</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 27.

<sup>459</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

<sup>455</sup> Ponto de partida para compreensão dessa teoria é a conhecida monografia, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* de Antônio Junqueira de Azevedo. Muito embora o trabalho retrate apenas uma das finalidades do presente estudo, isto é, firmar premissas conceituais. Seguindo esse autor, no plano da existência, o operador do Direito haverá de identificar, em cada ato jurídico, a ocorrência de determinados elementos; à falta de qualquer um deles, o ato não existe (ao menos tal como foi concebido). Reconhecidos os elementos necessários, o ato existe. Porém, para que produza efeitos, é necessário que eles ostentem certos requisitos, exigidos pela lei, de tal sorte que o ato, existente, seja considerado válido. O requisito nada mais são do que a *validade* dos elementos do ato, sem as quais o sistema o considera inválido e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Por fim, alcançando o plano da eficácia, devem concorrer, para que o ato existente e válido produza seus efeitos típicos, determinados, *formas de eficácia*. Ausentes, o ato existe, é válido, mas é inapto para produzir os efeitos para o qual foi programado. O ato inválido é inapto para produzir quaisquer efeitos, ao passo que o ato ineficaz não é hábil para produzir seus efeitos típicos. Aqui, o termo "ineficácia" é empregado em sentido estrito, designando apenas a hipótese em que o ato jurídico, genericamente considerado, não sobrevive à análise de seus fatores do chamado "plano da eficácia". A advertência é pertinente, já que usualmente o termo é empregado como toda e qualquer impossibilidade de produzir efeitos, seja porque o ato não existe, não vale, ou não é eficaz na acepção estrita do termo.

<sup>456</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 29 e ss.

<sup>457</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

<sup>458</sup> Cf. dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo civil brasileiro*, p. 115 e ss., e Roberto Komatsu, *Da invalidez...*, cit., p. 27.

<sup>459</sup> Zeno Veloso, *Invalidez...*, cit., p. 34.

Código Civil (art. 184) incluiu outro requisito para que se reputa nulo o negócio apenas parcialmente: que se observe a intenção das partes.

As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, a requerimento do interessado inclusive a parte que deu causa à invalidade, pelo Ministério Público, ou de ofício pelo juiz, sempre que "conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos e se encontrar (as nulidades) provadas" (art. 168, parágrafo único, do NCC/2002, com correpondente parcial no art. 146, parágrafo único, do CC/1916).

Os efeitos do reconhecimento judicial da nulidade são, normalmente, *ex tunc*, já que o ato nulo está viciado desde seu berço, não tendo aptidão para validamente produzir quaisquer efeitos.

Também porque os vícios que acarretam a nulidade do ato são oriundos do nascimento do ato jurídico e que fica excluída qualquer possibilidade de convalidação, sanção, suprimento, confirmação, ou ratificação, seja pelas partes, seja pelo juiz.<sup>44</sup> Quando muito, podem ser repetidos, desde que as causas que impuseram a nulidade do ato não mais se verifiquem no nascimento do novo ato.

Outro ponto que merece destaque é a introdução, no art. 169 do Novo Código Civil, de norma que sepulta longa divergência doutrinária travada no quase um século de vigência do CC/1916, determinando que o reconhecimento das nulidades possa ocorrer a qualquer tempo, o que indica inexistir prazo para tanto.<sup>45</sup>

É justamente aqui que sobressai uma das primeiras e mais evidentes diferenças entre nulidade e anulabilidade. Esta última só pode ser conhecida se alegada pelo interessado (art. 152 do CC/1916 e art. 177 do NCC/2002), o qual mesmo assim deve fazê-lo no prazo decadencial<sup>46</sup> de 4 (quatro) anos, como reza o art. 178 do NCC/2002, contados do fim do estado de coação (inc. I), da cessação da incapacidade (inc. III) e da celebração do negócio anulável, nos demais casos (inc. II).

A necessidade de provocação dentro de termo decadencial denota ser a anulabilidade categoria menos grave de invalidade, ocorrente nos casos em que o ato ou negócio jurídico inobserva normas legais que tutelam primordialmente o interesse da parte. E malgrado ser inválido o ato, produz ele todos os seus efeitos até que se reconheça judicialmente a invalidade, com efeitos *ex tunc* (como já indicava o art. 152 do CC/1916, e determina, de modo bem mais claro, o art. 177 do NCC/2002).

<sup>44</sup> A afirmação categórica é de já citado Zeno Veloso (*Inutilidade...*, cit., p. 137 e ss.), que a faz no estio de robusta pesquisa doutrinária. O art. 169 do NCC-2002, sem similar na anterior legislação, cinge-se em vedar a confirmação, não se referindo às demais formas de "correção" do ato defeituoso.

<sup>45</sup> Zeno Veloso (*Inutilidade...*, cit., p. 143 e ss.) analisa as diferentes correntes doutrinárias que se formaram em torno da questão: alguns entendendo que as ações de nulidade não podem fugir ao que dispõem os arts. 177 a 179, atendo-se ao prazo prescricional vintenário, previsto para as ações pessoais (Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Serpa Lopes, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros), outros sustentando inaver prazo prescricional (Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Francisco Anuarí, Orlando Gomes, Carlos Alberto Bitar etc.). Prevaleceu o segundo entendimento, pois o art. 169 do NCC-2002 é expresso ao preceituar que "o negócio jurídico nulo não (...) invalida-se pelo decurso do tempo".

<sup>46</sup> No Código revogado que não distinguiu decadência de prescrição, esse prazo era reputado prescricional (art. 178, § 1º, do CC-1916).

Na mesma esteira, e diferentemente do ato nulo, o anulável pode ser confirmado e/ou ratificado (arts. 148 e ss. do CC/1916 e arts. 172 e ss. do NCC/2002).<sup>47</sup>

Esse é, em brevíssimas pinceladas, o quadro geral da teoria das invalidades segundo o direito material civil, a qual, em grande medida, já se acha positivada desde o Código Civil de 1916 e sofreu apenas retoques (de ordem terminológica, sobretudo) pelo diploma que o sucedeu.

### 3. Influência do direito civil sobre o direito processual civil, no que diz respeito ao sistema de invalidades

Quando se estuda o sistema de invalidades processuais sente-se, de modo marcante, a influência do método do direito material civil.

O uso de conceitos tão esmiuçados pelos civilistas (como os de fato jurídico e ato jurídico, nulidades e anulabilidades) remete-nos aos longínquos tempos em que o direito processual não havia se afirmado como ciência autônoma.

Analisando a operação de transposição de conceitos cunhados pelos civilistas para o processo civil, a doutrina identifica alguns pontos de ajuste, acerca dos quais discorreremos brevemente a partir de agora.

A primeira distinção apontada pelos processualistas reside no fato de que a atividade processual é típica, segue modelo definido em lei, como condição inafastável para regular exercício da jurisdição.<sup>48</sup> Pautados os atos processuais no modelo legal, os sujeitos da relação jurídica processual sabem antecipadamente como se desenvolverá o procedimento, até seu objetivo final, isto é, a prestação jurisdicional requerida ao Estado-juiz. Tem-se, portanto, atendida a vital necessidade de segurança jurídica daqueles a quem é administrada a justiça em um Estado de Direito.<sup>49</sup>

Para Dinamarco,<sup>50</sup> o sistema processual impede a eficácia dos atos inválidos por que sabe que a observância de certos requisitos mínimos constitui o melhor modo de impedir abusos, em nome da garantia constitucional do *due process of law*.<sup>51</sup>

O direito material civil, de seu lado, não estabelece modelos legais fechados, deixando a cargo das partes exercerem sua autonomia da vontade dentro de determinados parâmetros gerais de validade e eficácia.

Porém, em que pese a envergadura dos mestres que defendem tal argumento, parece-nos não ser de todo irrefutável.

Com efeito, o direito civil prevê, sim, forma dos atos e negócios jurídicos, e ao desrespeito de tais formas comina pena de nulidade (cf. art. 166, IV, do NCC/2002 e art. 145, III, do CC/1916). A falta de norma nesse mister, o sistema dá às partes liberdade quanto a forma (cf. art. 107 do NCC/2002 e art. 129 do CC/1916).

<sup>47</sup> Os casos de anulabilidade vinham expressamente previstos no art. 147 do CC/1916, ou seja, "por incapacidade relativa do agente" (inc. I) e "por não manifestar de em, ídolo, coação, simulação ou fraude" (inc. II).

<sup>48</sup> A propósito, de modo bastante nítido, Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 43 e ss.

<sup>49</sup> Teresa Arruda Alvim Wanderer destaca, com embasamento nas lições de Luhmann e Tércio Stumpfen Ferraz Jr., que a palavra-chave é "previsibilidade", pois dela depende o exercício das garantias processuais instituídas pela Constituição da República (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 132).

<sup>50</sup> *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, n. 718, p. 589.

O mesmo se dá no direito processual civil: o Código vigente prevê a forma de determinados atos jurídicos imediatamente aqueles de maior relevância no *iter* processual, tal como petição inicial – art. 282 – e sentença – art. 458, etc.), conferindo aos sujeitos processuais liberdade para praticar os demais atos do rito que julguem necessários e adequado para que tais atos atinjam seu fim (art. 154 do CPC).

É evidente que, confrontando os dois sistemas, a forma dos atos processuais acha-se regrada de modo muito mais completo e detalhado, do que os atos praticados no âmbito do direito civil. Como dissemos acima, trata-se de consequência da necessidade de segurança jurídica e previsibilidade das partes quanto ao desenrolar da atividade processual, em consonância com a garantia do devido processo legal.

Mas nem por isso pode-se afirmar categoricamente que a atividade desenvolvida pelos sujeitos do processo é intrinsecamente típica, e que, quanto aos atos e negócios realizados na esfera do direito civil, não há tipicidade alguma. A assertiva ignora diversas normas legais, mostrando-se frágil, insensível à realidade e inapta a valer como argumento para distinguir os dois sistemas de nulidades em exame.

É não é demais notar que o direito civil sequer traz normas como a do art. 244 do CPC, segundo a qual, embora verificada a nulidade (de natureza não convalidada), o juiz abster-se-á de declará-la se reconhecer que a finalidade do ato foi atingida. Desse modo, verificado no âmbito do direito material o desvio da forma prevista em lei, sempre haverá o reconhecimento de nulidade, sem sequer haver a possibilidade de continuação ou ratificação do ato (cf. art. 169 do NCC/2002).

Nessa esteira tem-se a lição de Roque Komatsu,<sup>54</sup> para quem o traço fundamental do sistema de nulidades processuais é seu caráter finalístico, isto é, condiciona o reconhecimento das invalidades ao atingimento ou não do objetivo a que o ato processual, defeituoso, se propôs. Reflete-se, aqui, a marca publicista e instrumental do processo.

À vista de tais constatações, é possível concluir que o Código Civil, apesar de vincular a forma de uma gama de atos jurídicos muito menor, proporcionalmente, que o Código de Processo Civil, possui sistema de nulidades mais rígido, pois não comporta que atos viciados sejam "salvos" mesmo que atingirem sua finalidade.<sup>55</sup>

Um segundo fator, comumente apontado, de marcante distanciamento entre os sistemas do direito material e do processual, reside no fato de que as invalidades processuais, em sentido amplo, devem necessariamente ser pronunciadas, declaradas judicialmente, já que a "incapacidade de produzi-los (os efeitos) é imposição da lei, e não da invalidade em si mesma".<sup>56</sup> Os defensores de tal posição sustentam que no direito civil os atos nulos são privados de todo o efeito desde seu nascimento.

A afirmativa, contudo, não é de todo verdadeira.

<sup>54</sup> Da *Invalidade no processo civil*, p. 26.

<sup>55</sup> Exceções e o art. 170 do NCC/2002, que permite que determinado negócio jurídico nulo, que contenha requisitos de outro, subsista como se esse fosse, "quando o fim a que visavam os parts permitiu apoiar que tenham que não se houverem produzido a nulidade". É o que a doutrina civilista chama de *convalidação* (cf., dentre outros, Zeno Veloso, *Invalidade*, cit., p. 98 e ss).

<sup>56</sup> *Dinamar, o Instrumentalismo*, cit., v. 2, p. 580.

Como vimos acima, a doutrina civilista, no geral, preconiza que as nulidades, no âmbito do direito civil, independem de reconhecimento ou declaração judicial, pois o vício que lhes dá causa é concomitante ao nascimento do ato, impedindo-o de produzir quaisquer efeitos.

Porém, já numa primeira vista, percebe-se que há algo de incongruente na assertiva: se a nulidade é considerada sanção, cominada ao ato que inobserva preceito legal, como conceber sua aplicação *per se*, independentemente de pronunciamento judicial?

Zeno Veloso afirma que há, no mínimo, "necessidade prática de ser a nulidade pronunciada pelo juiz", uma vez que "incivil seria que o próprio interessado, por ato próprio, viesse declarar que um negócio é nulo, mandando uma carta à outra parte ou fazendo uma notificação pelos jornais, por exemplo".<sup>54</sup>

Até por exigência da garantia da infastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), a decretação de nulidade de um ato ou negócio jurídico há de contar com a intervenção judicial, sob o signo do contraditório e da ampla defesa (especialmente quando a nulidade não é reconhecível *prima facie*, carecendo de instrução probatória).

Alerta Zeno Veloso, a nosso ver, de modo irreprensível, que "o negócio nulo subsiste, se escapa à apreciação do juiz"<sup>55</sup>, já que a mera aparência de validade é capaz de produzir efeitos materiais, que, juridicamente, não pertencem ao mundo do direito.

O reconhecimento judicial da nulidade pode se dar incidentalmente no processo (como questão prejudicial ao exame do mérito, quando o réu, acionado com fundamento em negócio jurídico inválido, suscita em sede de defesa a existência do vício) ou, até mesmo, por meio de uma ação declaratória, desde que proposta pela parte juridicamente legitimada e portadora de interesse processual.<sup>56</sup>

Imagine-se que o credor de uma prestação avençada em contrato nulo ajuíze demanda para exigi-la, e o réu, citado, não a contesta, operando-se a revelia. Caso o juiz não atente para a causa da invalidade e deixe de decretar a nulidade *ex officio*, poderá sentenciar o feito em favor do credor. Coberta a sentença pelo manto da coisa julgada, e transcorrido o prazo para ajuizamento de ação rescisória, o devedor não mais poderá alegar a nulidade do contrato para eximir-se do cumprimento da prestação a que foi condenado.

É claro, portanto, que as nulidades no campo do direito civil devem, sim, ser pronunciadas judicialmente, como, aliás, indica o art. 168 do NCC/2002: "As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz", com redação idêntica à do art. 146 do CC/1916.

Os doutrinadores que se debruçaram sobre as nulidades processuais passam ao largo de tais constatações tão presentes aos civilistas, e acabam por encontrar diferenças entre os sistemas de nulidades de ambos os ramos do direito que, à luz de exame mais detido, se revelam inexistentes.

<sup>54</sup> *Invalidade*, cit., p. 128-129.

<sup>55</sup> *Invalidade*, cit., p. 98.

<sup>56</sup> Alfredo Buzaid, em sua conhecida obra, *Ação declaratória no direito brasileiro* assevera que a demanda declaratória "pode ser proposta independentemente da violação ou ameaça ao direito subjetivo. Basta apenas um estado de incerteza, que cause prejuízo" (p. 136).

Quando muito, pode-se dizer que a necessidade de decretação de nulidades processuais se faz mais premente e têm reflexos e contornos que não estão presentes no âmbito do direito material. Isto porque os atos processuais, por definição, estão encadeados em um procedimento e, desse, a declaração de nulidade repercutirá nos atos subsequentes, de tal sorte que a regularidade da marcha processual depende da validade dos atos antecedentes.

Assim, no processo civil, a exigência de que as nulidades sejam pronunciadas não decorre, a nosso ver, da natureza da nulidade em si, pois a nulidade dos atos processuais não difere, substancialmente, da nulidade dos atos praticados pelo agente sob o império do Código Civil.

Tanto a nulidade do ato processual quanto do ato jurídico da esfera do direito privado é cominada aos vícios oriundos do momento em que o ato vem ao mundo jurídico, consistentes na falta de algum requisito legal do plano da validade, tornando-o inapto para produzir quaisquer efeitos. Descartamos, então, mais uma diferença comumente apontada pela doutrina para extremar os dois sistemas.

Outra distinção entre o sistema de nulidades do Novo Código Civil e do Código de Processo Civil reside no fato de que no primeiro o foco é dado sobre o negócio jurídico,<sup>34</sup> ao passo que no segundo não.

Preparando-nos aqui com uma questão que há tempos é objeto de calorosas discussões na doutrina processual, ou seja: existe negócio jurídico processual? Parece-nos prevalecer a opinião negativa.

Primeramente convém lembrar que a expressão ato processual, embora atenciosa do ponto de vista do sistema de nulidades, designa, apenas, "uma declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo enquadrada em uma das categorias de atos previstos pela lei processual e pertinente a um procedimento, com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a correspondente relação processual".<sup>35</sup>

Ou seja, excluem-se dessa definição atos praticados fora do processo, ainda que repercutam na relação processual (i.e., a transação).<sup>36</sup>

Tomando-se os atos praticados dentro do processo, vê-se que seus efeitos são sempre previstos em lei, dispondo a vontade do agente dirigida ao determinado fim. Por isso é que seriam, sempre, atos jurídicos em sentido estrito. Nesse sentido, apenas para exemplificar, na doutrina estrangeira, Redenti<sup>37</sup> e Liebman,<sup>38</sup> e, entre nós, Calmon de Passos<sup>32</sup> e Cândido Dinamarco.<sup>31</sup>

<sup>32</sup> Veja-se, a propósito, o que ficou lido na nota III, *supra*.

<sup>33</sup> Liebman, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 222.

<sup>34</sup> Antonio Juar Dell'Agnol Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 21, p. 3 e s.

<sup>35</sup> Para o sistema processualista, a vontade manifestada nos atos processuais trata-se de "uma vontade extrinsecamente gerada, ou seja, a simples vontade constitutiva de realizar o ato"; esse termo abstrato refere-se, além disso, a uma importância indistinta secundária, "sendo irrelevante a intenção íntima do agente que realiza e funde".

<sup>36</sup> Excluída qualquer investigação destinada a propiciar: (Mazzilli, *loc. cit.*, v. 1, p. 226).

<sup>37</sup> *Insunções*, *loc. cit.*, v. 2, p. 469 e s.

<sup>38</sup> *Insunções*, *loc. cit.*, v. 2, p. 469 e s.

Em linha de síntese, concordamos com a lição de Teresa Armida Alvim Wambier<sup>34</sup> para quem, na identificação e classificação dos vícios, aplica-se a sistemática desenvolvida pelo direito material civil e que vale para toda a Teoria Geral do Direito, em especial a análise dos atos nos três diferentes planos (existência, validade e eficácia) e as consequências legais dos vícios nesses reconhecidos (inexistência, nulidade, anulabilidade, ineficácia). Porém, é nas normas que determinam como serão decretadas as nulidades que emerge o signo publicístico do processo, norteando pelo princípio finalístico e de aproveitamento e convalidação dos atos.<sup>35</sup>

Feitas essas considerações iniciais, cabe-nos, então, avançar sobre a análise do sistema processual de nulidades.

#### 4. Posições jurídicas dos sujeitos processuais

O Código de Processo Civil define um sistema de nulidades, sem fazer qualquer distinção sobre a nulidade de atos praticados pelo juiz e seus auxiliares, ou pelas partes e, em larga medida, a doutrina tradicional não dispensou a devida atenção à intrigante indagação feita acima.

Para compreensão desse fenômeno, é importante analisar quais são as posições jurídicas ativas e passivas que cada sujeito exerce na relação jurídica processual.<sup>36</sup>

O juiz exerce no processo exclusivamente poderes-deveres,<sup>37</sup> correlatos à sujeição das partes e ao direito subjetivo das partes à prestação da tutela jurisdicional. É totalmente estranho à atividade jurisdicional o exercício de facilidades, direitos ou ônus, pela sua própria natureza, e pelo interesse público que lhe serve de pano de fundo.

As partes, de seu lado, exercem, na esmagadora maioria dos atos processuais, *dirius* (cujo cumprimento representa o atendimento a um interesse particular da parte, e lhe assegura uma posição de vantagem no processo), algumas poucas *faciúndas* (cuja inobservância, diferentemente do ônus, não acarreta à parte, propriamente, uma situação de desvantagem) e, residualmente, *deveres* (cujo atendimento importa em atender um interesse público ou um direito da parte adversa).

Pois bem. Desenhado tal quadro (que desconsidera os atos de terceiros e dos auxiliares da justiça por entendê-los, por ora, irrelevantes), é até mesmo intuitivo perceber que o desempenho de cada uma dessas posições jurídicas é essencialmente diverso, em razão dos interesses atendidos.

<sup>34</sup> *Nulidades do processo e da sentença*, p. 117.

<sup>35</sup> *Nulidades*, *loc. cit.*, p. 127-128.

<sup>36</sup> Esse raciocínio foi desenvolvido de modo muito mais completo no nosso *Procedimento processual civil*, Capítulo 6.

<sup>37</sup> Essa expressão foi originalmente cunhada pelos estudiosos do direito administrativo. A proposição, remete-se a lição de Hely Lopes Mello: "O poder-dever de agir da autoridade pública é logo reatualizado pacificamente pela jurisdição e pela doutrina. O poder não para o agente público e significação de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercê-lo" (*Curso administrativo brasileiro*, p. 89). A despeito dessa origem, a expressão é comumente empregada pelos processualistas. Veja-se, por exemplo, Cândido Dinamarco, para quem os poderes dados ao juiz para realização de atos processuais *auto-impõem*, com a eficácia outorgada ao bem da vida furebido a uma das partes, ou a satisfação do crédito do exequente) *devem* ser exercidos, por aplicação inerte do princípio do controle jurisdicional (*Insunções*, *loc. cit.*, v. 2, p. 226).

O magistrado é um servidor público que, no desempenho de suas atividades, representa o Estado (o "Estado-juíz", como diz Dinamarco<sup>31</sup> e há de observar, a exemplo do que fazem os servidores dos Poderes Executivo<sup>32</sup> e Legislativo, o princípio da legalidade.<sup>33</sup>

No campo do direito processual, o princípio da legalidade assume caráter peculiar, na cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), cujo conteúdo é "desdobrado em um rico leque de garantias específicas", como a garantia ao juiz natural, ao contraditório, à ampla defesa etc.<sup>34</sup>

Como efeito, no contexto de um Estado Democrático de Direito só se concebe que o particular se sujeite a uma decisão jurisdicional se emanada de um processo que siga o modelo descrito na lei. Por isso é que, com respeito às atividades do juiz, a observância das formas se traduz em segurança jurídica, previsibilidade e oportunidades do cidadão, uma vez informado do desenrolar do procedimento, reagir com os meios que a mesma lei lhe disponibiliza.

Neste ponto cabe a seguinte pergunta: o princípio da legalidade, no âmbito do direito processual, revelada na cláusula constitucional do devido processo legal, vincula a atividade das partes do mesmo modo e pelas mesmas razões que o faz com os atos praticados pelo magistrado?

Estamos convicidos, ainda que com base apenas nessa análise perfunctória, de que a resposta a tal pergunta é negativa.

As partes, ao se desincumbirem de seus ônus, ou exercerem faculdades e direitos dentro do processo, atendem a interesses próprios, ainda que a isso o sistema atribua enorme importância, em consonância com os escopos da jurisdição (político, social e jurídico). Caso a parte não se atenha ao modelo da lei, o ato por ela praticado será inadmissível, isto é, insuscetível de surtir os efeitos pretendidos.

Ainda quando o exercício de uma posição jurídica pela parte no processo importe não em atendimento a um interesse jurídico próprio, mas sim alheio, como no cumprimento de um dever processual, ainda assim a situação não se equipara àquela do magistrado e de seus auxiliares. A inobservância de um dever dirigido à parte, o sistema comina penalidades (pecuniárias, como aquela por litigância de má-fé, por exemplo), não propriamente nulidades.

<sup>31</sup> *Instituições*, cit., v. 2, p. 228. Igualmente, confira-se Chiavenda: "...no processo civil, se desempenha uma atividade de órgãos públicos destinada ao exercício de uma função estatal" (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 56 e ss.).

<sup>32</sup> Apenas para ilustrar e exemplificar o que ficou exposto, novamente se mostra útil recorrermos à comparação com o Direito Administrativo. O já citado Hely Lopes Merello, leciona, com a acuidade habitual, exigências do bem comum, e dele não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido, e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 82). Ora, também no âmbito processual, o ato praticado pelo juiz (funcionário estatal investido de jurisdição), que não observa o princípio da legalidade, é reputado inválido. Trata-se do chamado *error in procedendo*, que, se atacado por recurso, enseja a decretação de nulidade do ato (cf. dentre outros, Barbosa, *Maneira, Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 265).

<sup>33</sup> A lição de Teresa Arruda Alvim Wambier também é nesse sentido (*Nulidades*, cit., p. 151 e ss.).

<sup>34</sup> Cf. Araujo Cintra, Grunewer e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 83.

O juiz, no desempenho de seus poderes-deveres, há que respeitar as garantias constitucionais asseguradas a cada cidadão de um Estado de Direito: atende, pois, ao interesse público.

O não atendimento ao modelo prescrito na lei é repudiado pelo sistema, que reputa o ato irregular ou defeituoso inválido, e determina seja ele excluído do âmbito do jurídico, mediante sua declaração de nulidade (respetados, evidentemente, os princípios já aludidos, como os da finalidade, do prejuízo etc.).

A vista do exposto, avulta indubitosa a diferença das situações. A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no plano da eficácia. Diferentemente sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade.

Para reforçar tal entendimento, faz-se mister observar que os atos processuais praticados pelo juiz que desrespeitam os requisitos a que deveriam observar são considerados inválidos, e, dependendo da natureza da norma violada, a nulidade não se convesce, nem mesmo pela coisa julgada. Adiante adentraremos em considerações específicas acerca das modalidades de nulidades processuais. Por ora, pensemos no exemplo da sentença *extra petit*, isto é, que decide pedidos que não foram deduzidos pelo autor, em frontal violação do art. 128 do CPC. A parte interessada pode suscitar a invalidade por meio do recurso de apelação e, por dois anos após o trânsito em julgado, pode lançar mão da ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei). Trata-se, sem dúvida, de uma invalidade de ato provocada por uma atipicidade relevatíssima, permitindo a declaração da nulidade em um momento até mesmo posterior à formação da coisa julgada material.

Imaginemos agora, de outro lado, um recurso de apelação interposto sem o comprovante de recolhimento do preparo, ou embargos infringentes interpostos contra acórdão que improveu apelação por maioria, após o advento da Lei n. 10.352/2001. Em ambas as hipóteses ocorre, sem dúvida, um afastamento entre o ato e o tipo legal (os arts. 511 e 530 do CPC, respectivamente), mas a consequência jurídica não é a nulidade, e sim a inadmissibilidade.

O mesmo princípio se aplica a outros atos processuais praticados pelos litigantes. A petição inicial deve trazer a narrativa dos fatos e fundamentos em que se embasa a demanda (art. 282 do CPC); caso o juiz receba peça que não preencha tais requisitos formais, dará prazo para a emenda (art. 284) e, caso não haja regularização, extinguirá o processo sem exame do mérito (art. 295, I, c/c art. 267, I, ambos do CPC).

A pessoa jurídica deve se fazer representar no processo de acordo com a norma contida no art. 12, VI, do CPC; se assim não for, a petição inicial ou a contestação apresentadas por tal litigante serão reputadas inadmissíveis, acarretando, respectivamente, a extinção do processo sem apreciação de mérito,<sup>35</sup> ou a decretação da revelia (art. 13, II, do CPC)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Parece-nos totalmente equivocosa a redação do art. 13, I, do CPC. A regularidade da representação processual do autor é considerada pressuposto de desenvolvimento regular do processo, cuja falta enseja a extinção sem exame de mérito, ou seja, a inadmissibilidade da demanda, e não nulidade do processo.

Os exemplos acima demonstram que, inegavelmente, há claras diferenças entre as consequências da atipicidade dos atos da parte (que, quando muito, redundam em *inadmissibilidade*, ou seja, *ineflicácia*) e do juiz (que, uma vez defeituosos, são inválidos, e podem ser sancionados pela nulidade).

Por via de consequência, soa-nos lógico as regras inseridas no Capítulo V do Título V do Livro I do CPC sejam destinadas *prezantemente* à avaliação dos atos praticados pelo magistrado e, quiçá, de seus auxiliares.

Pergunta-se, então: que atos da parte podem estar sujeitos à nulidade?

Caso nos filieemos à doutrina tradicional, seguindo a qual o papel da vontade da parte é irrelevante na prática de atos processuais (como acima referido), e desarte os vícios de vontade não são aptos a ensejar nulidade, podemos afirmar que os atos processuais praticados pela parte não podem ser declarados nulos, apenas ineficazes, porquanto inaptos para produzir os efeitos queridos por quem os praticou.

Trilhando caminhos diversos, acabamos por encontrar conclusões similares às de Dinamarco,<sup>52</sup> no sentido de que os atos judiciais defeituosos podem ser declarados nulos (a análise se passa no plano da validade), ao passo que o exame dos atos da parte, quando viciados, se situa no plano da eficácia apenas, sem se cogitar de sua validade ou não.

Postas tais considerações que, a nosso ver, deveriam preceder qualquer discussão em torno do sistema de invalidades processuais, podemos nos lançar à análise das normas do Código de Processo Civil pátrio nesse mister.

## 5. Sistemas de invalidades processuais

Roque Kohnatou<sup>53</sup> identifica, após exauriente retrospectiva histórica acerca do tratamento legislativo dado às invalidades processuais, quatro tipos de sistemas de nulidades nos ordenamentos antigos e contemporâneos:

a) *Sistema formal*, onde a forma se sobrepunha ao conteúdo, com o objetivo de transmitir segurança aos agentes do processo. Era o sistema adotado em Roma, no período das *legis actiones*.

(nesse sentido, confira-se Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, notas 1 e 8 ao art. 13, com farta referência jurisprudencial, p. 282-283). Até porque, o que aconteceria após a anulação de todos os atos processuais praticados? Abrir-se-ia novo prazo para o autor regularizar sua representação? Certamente que não, pois, esgotado o prazo inicialmente concedido, opera-se a preclusão do direito do autor em praticar o ato e outra alternativa não há senão extinguir o processo. Acrescente-se ainda que, caso tenham passadas desaperecidas irregularidades de representação no momento de recebimento da inicial ou do oferecimento da contestação, é de se ver que o juiz, ao sancionar o processo, poderia conceder prazo para correção pelas partes (art. 327 do CPC).

<sup>52</sup> Registre-se, apenas, que os exemplos dados referem-se tanto aos atos processuais viciados quanto à forma isto é, com o meio da expressão do ato), mas também quanto ao fundo (para nos valeremos da expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades de processo*, 2ª edição, p. 117). Aqui está-se diante de falta de pressupostos processuais, por exemplo, como a competência do juiz, ou a capacidade das partes de estar em juízo.

<sup>53</sup> *Instituições*, cit., v. 2, p. 611-612.

<sup>54</sup> *Da nulidade*, cit., p. 77.

b) *Sistema judicial livre*, que atribui ao juiz o poder discricionário de avaliar, caso a caso, quando a invalidade será sancionada, e quando não. São exemplos o sistema alemão, e o inglês, com a observação de que, no sistema inglês, o juiz deve exercer tal poder dentro dos limites da *equity*.

c) *Sistema legalista ou taxativo*, no qual a lei cuida de relacionar, *inimemis clausis*, as causas de invalidade. Cuida-se de sistema superado na maioria das legislações.

d) *Sistema da legalidade instrumental*: sem procurar elencar taxativamente as causas de nulidade, estabelece princípios norteadores ao julgador que, para declarar a nulidade, deverá perquirir se o ato atingiu sua finalidade, e se sua imperfeição causou prejuízo às partes e à boa administração da Justiça. Esse sistema se serve, sempre, dos conceitos de aproveitamento e convalidação dos atos. É sistema de raiz latina, e tem sua expressão culminante na famosa máxima do direito francês: *pas de nullité sans grief*. O Código de Processo Civil brasileiro, desde 1939, filia-se a esse tipo de sistema.<sup>54</sup>

Para Dinamarco,<sup>55</sup> a superada estratificação das nulidades em números fechados tem o duplo inconveniente de enrijecer o sistema, dando por nulo o ato apesar de não haver falhado ao escopo, e de permitir, pela omissão, que atos indôncos tenham eficácia.<sup>56</sup> E, por isso, critica o art. 564 do Código de Processo Penal brasileiro, que elenca casos de nulidade.

Essa escolha do legislador se funda, basicamente, nos seguintes pilares:

a) Quando a lei não exige forma determinada para algum ato, os sujeitos do processo podem praticá-lo do modo que julgarem necessário e adequado para que tal ato atinja seu fim (art. 154 do CPC).

b) Nem sempre que a lei estabelece determinada forma para um ato, comina pena de nulidade à inobservância do tipo. Nesse caso, verificar-se-á, por exemplo, se a finalidade do ato foi atingida (art. 244 do CPC).

c) Nos casos em que o desrespeito à forma prevista em lei tem como consequência expressa a pena de nulidade, não haverá, em princípio, de se perquirir a existência de prejuízo ou não para que se decrete a nulidade do ato irregular.

Estamos, então, diante de três categorias de atos processuais: os de forma livre, os de forma vinculada, mas sem cominação de nulidade (nulidades não cominadas), e os de forma vinculada com cominação de nulidade (nulidades cominadas).

Prevalece largamente o segundo tipo de atos processuais, em detrimento do primeiro (pois a atividade processual é geralmente típica, como vimos acima, restando pouca margem de liberdade para os sujeitos elegerem para os atos a forma que melhor lhes convenha) e do terceiro (pois um sistema de legalidade instrumental das formas relega para casos isolados e excepcionais a expressa cominação de nulidade).

Sem entrarmos em considerações acerca da distinção entre nulidades absolutas, relativas ou anulabilidades, que será objeto do item seguinte, podemos ficar com a idéia de que quanto às nulidades não cominadas é que se aplicarão os princípios do aproveitamento e convalidação dos atos, em face do atingimento dos objetivos que a lei lhes determina, e do prejuízo eventualmente causado à parte e à atividade

<sup>54</sup> Essa opção mereceu elogios rasgados da doutrina, v.g. Galeno Lacerda, *Depósito sanador*, p. 69.

<sup>55</sup> *Instituições*, cit., v. 2, p. 592.



jurisdicional em si. Por isso é que Dinamarco as chama de nulidades sistêmicas.<sup>538</sup> As nulidades cominadas, segundo a doutrina tradicional, não comportariam essa aplicação sistêmica dos princípios instituídos no capítulo destinado às nulidades pelo CPC.

Identificam-se, em sua maioria, com o que a generalidade dos processualistas costumam chamar de nulidades absolutas, conforme o adiante exposto, ou seja, são inaniáveis, e não comportam juízos acerca do atenuamento de fins e dos prejuízos causados.<sup>539</sup>

Contudo, José Roberto dos Santos Bedaque, em seu recente trabalho *Eficiência de processo e técnica processual*, rompe com essa doutrina tradicional, destacando em particular a possibilidade de qualquer vício processual ser sanado pelos princípios da finalidade e do prejuízo, exceto o decorrente da incompetência absoluta do juiz.<sup>540</sup>

## 6. Categorias de nulidades processuais (segundo a doutrina tradicional)

Superadas essas questões, cumpre observar como têm sido classificados os tipos de invalidade pela doutrina processual.

Galeno Lacerda, em sua aclamada monografia *Despacho sancionador*, estruturou o sistema de nulidades de modo que, durante décadas, influenciou a generalidade dos doutrinadores pátrios.<sup>541</sup>

O esquema desenhado pelo ilustre processualista reconhece a inexistência jurídica, e na análise do plano da validade, parte da premissa de que "o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico".<sup>542</sup>

Como se vê, a inspiração no direito civil é claríssima; naquele sistema distinguem-se nulidades e anulabilidades em razão da natureza da norma violada: se de interesse preponderantemente público ou privado, respectivamente.

Se a norma processual inobservada pelo ato imperfeito tutela interesse público, estar-se-á diante de uma nulidade absoluta, insanável, cognoscível *ex officio*, a qualquer tempo. Como exemplo, Moniz de Aragão invoca a incompetência absoluta do juiz, que é insanável, irrepetível, cognoscível de ofício e em qualquer grau de jurisdição.<sup>543</sup>

Caso o ato processual despreste norma que proteja preponderantemente o interesse da parte, mas tenha caráter cogente, a nulidade seria relativa e o juiz pode dela conhecer de ofício. O exemplo de Galeno Lacerda é a "ilegitimidade proces-

<sup>538</sup> *Instituições*, cit., v. 2, p. 503-504.

<sup>539</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier recata que, quanto às nulidades absolutas, haveria "presunção absoluta de prejuízo, em relação às quais seria, por assim dizer, 'perigoso' deixar, em parte, na dependência da iniciativa das partes, privá-las de efeito". *Nulidades*, cit., p. 159.

<sup>540</sup> Veja-se ainda de suas mais enfáticas conclusões: "A rigor, somente a incompetência absoluta impede de forma genérica a desconstrução da nulidade pela ausência de prejuízo". *Eficiência de processo e técnica processual*, p. 574.

<sup>541</sup> L. G. Frederico Marques, *Instituição de direito processual civil*, v. 2, p. 391 e ss.; Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 271 e ss.; dentre outros.

<sup>542</sup> *Despacho sancionador*, p. 72.

<sup>543</sup> *Comentários*, cit., p. 275.

sual" causada pela falta de representação, assistência ou autorização. O vício é sanável, e o juiz pode determinar a correção de ofício.<sup>544</sup> Moniz de Aragão, por seu turno, aponta, como nulidade relativa, a violação à norma contida no art. 649 do CPC, que prescreve lista de bens absolutamente impenhoráveis. O dispositivo legal tutela prevalentemente direito da parte, mas tem aplicação cogente. Daí por que a nulidade seria relativa.<sup>545</sup>

Se, por fim, o modelo legal não guardado pelo ato processual for instituído por norma de interesse precípua da parte, e seu comando for dispositivo, o ato seria apenas anulável, e o magistrado só poderá reconhecê-la a pedido do interessado. A falta dessa provocação no tempo oportuno, opera-se a preclusão, e o vício não mais poderá ser reconhecido.

Os exemplos dados por Galeno Lacerda são a incompetência relativa (cuja falta de impugnação tempestiva pela parte enseja a prorrogação) e a falta de pagamento de custas do processo anterior extinto sem exame de mérito, para repropositura da demanda (art. 205, parágrafo único, do CPC de 1939, equivalente ao art. 268, parte final, do CPC atual). Moniz de Aragão menciona outro: a inobservância da ordem instituída pelo art. 655 do CPC, a respeito de bens passíveis de penhora (seria norma de interesse da parte, e cujo teor seria dispositivo).

Nesse ponto é pertinente indagar: as nulidades cominadas seriam necessárias-niente absolutas, e as não cominadas seriam obrigatoriamente relativas? Para Komat-su,<sup>546</sup> a resposta é negativa, exemplificando com casos de nulidade cominada relativa ("p. g. arts. 11, parágrafo único, 13, I, 84, I, 236, § 1º").<sup>547</sup>

Por fim, cabe apenas deixar o registro de que adeptos da doutrina de Lacerda, como Frederico Marques e Moniz de Aragão, reconheciam, ainda, outra categoria de vícios, as irregularidades. Na esteira da doutrina de Carnelutti, que diferenciava os vícios processuais em essenciais e não essenciais, preconizavam os aludidos processualistas que o ato irregular é aquele "afetado por pequenos vícios de forma que em absoluto afetam a sua validade".<sup>548</sup>

## 7. Algumas críticas à doutrina tradicional

O sistema construído pela doutrina tradicional vem sendo alvo de algumas críticas, as quais convém aqui apontar, com um convite à reflexão.

A primeira crítica que podemos tecer, em consonância com a distinção que procuramos demonstrar no item 4 *supra*, reside no engano de incluir na categoria das nulidades os atos praticados pelas partes em desatenção aos tipos legais. Feita tal distinção, cai por terra, em nosso entender, o exemplo de Galeno Lacerda para as nulidades relativas, qual seja: a falta de regular representação processual.

<sup>544</sup> *Despacho sancionador*, p. 72.

<sup>545</sup> *Comentários*, cit., p. 280.

<sup>546</sup> *Da invalidade*, cit., p. 212.

<sup>547</sup> *Da invalidade*, cit., p. 214. Resolve-se, contudo, que, em nosso entender, os dois primeiros casos não estão, propriamente, no campo da invalidade, já que as normas citadas regem atos da parte e a inobservância em cumprí-los gera outras consequências, que não a nulidade (como visto acima, por exemplo, a inobservância de bens absolutamente impenhoráveis, nos termos do art. 267, IV, do CPC).

<sup>548</sup> Frederico Marques, *Instituições*, cit., v. 2, p. 414.

Na mesma esteira, a falta de pagamento de custas do processo anterior extinto sem exame de mérito, para reposição da demanda (art. 248, parte final, do CPC atual), também não dá causa à nulidade por se tratar de ato da parte: se tanto, enseja a extinção do segundo processo sem apreciação do mérito pela falta de pressuposto de sua constituição válida.

Ademais, Dinamarco refina a existência das nulidades absolutas. Parte da premissa de que, no direito substancial civil, qualifica-se de anulável o ato que produz efeitos, mas é suscetível de anulação, e reconhece que, no processo, todos os atos produzem efeitos até que o magistrado reconheça o vício e declare a nulidade do ato. Em face de tal reconhecimento a inexistência da anulabilidade no campo do direito processual.<sup>33</sup>

Por isso, em-abila distinção apenas entre nulidades absolutas (cujo objetivo é preservar o correto funcionamento dos órgãos judiciários e preponderando o interesse público, podem ser decretadas de ofício)<sup>34</sup> e nulidades relativas (que visam assegurar a plenitude do exercício dos poderes das partes no processo, de modo equo e em comunhão com as garantias processuais, e cujo reconhecimento dependem de provocação da parte, sob pena de preclusão).<sup>35</sup>

Os autos discordar dessa opinião.

O termo anulável empregado pela doutrina processual tradicional nada tem a ver com o sentido que lhe é dado no direito material civil. A rigor, sob o prisma do pensamento de Dinamarco, todos os atos processuais são anuláveis, porquanto produzem efeitos, até que um pronunciamento judicial os tire do mundo jurídico.

Registre-se, ainda sobre o mesmo tópico, a opinião de Calhoun de Passos, que igualmente nega a distinção entre nulidades absolutas, relativas e anulabilidades, mas por outras razões. Para o autor, não haveria normas processuais instituídas no interesse exclusivo da parte, pois, se os fins de aplicação da justiça e pacificação social puderem ser prejudicados, todo afastamento do ato processual do tipo legal é relevante. No processo, não estariam em jogo, portanto, apenas interesses privados, e sim o interesse público de solucionar conflitos aplicando o direito.

Justamente por isso, o autor baixo enfaticamente afirma: "Se posta no interesse do sujeito, ela (a nulidade) seria relativa. Em caso contrário, absoluta. Costumo dizer a meus alunos que pago um prêmio de vulto a quem me indicar uma antecipidade que se possa afirmar posta apenas no interesse do sujeito, em campo diverso daquele em que opera a autonomia privada. No particular do processo, principalmente, jamais identifiquei alguma, e aguardo ansiosamente que me seja revelada a primeira".<sup>36</sup>

Por conseguinte, afirma o autor não haver nenhuma imperfeição de ato processual que, para reconhecimento pelo magistrado, dependa de provocação da parte interessada. Ao comentar o art. 245, parágrafo único do CPC, Calhoun de Passos assim se manifesta: "E que nulidades seriam estas, insuscetíveis de decretação pelo magistrado,

mesmo existindo provocação do interessado? Bem difícil será identificá-las. Entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivaleria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente em favor delas. O erro seria evidente. É possível identificarem-se tipos de comportamento regulados no processo em exclusivo benefício das partes? Temos sérias dúvidas. E se existirem (ainda não logrei um exemplo em que isso ocorresse) serão revestidos de tal excepcionalidade que deveriam merecer do legislador a referência específica".<sup>37</sup>

Tal posição é discutível, especialmente porque a doutrina tradicional jamais defendeu a existência de normas processuais de interesse exclusivo da parte, e sim trabalhando com o fator de *propriedade* do interesse privado sobre o público.<sup>38</sup>

Feita tal ressalva, parece-me que Galeno Lacerda e Moniz de Aragão poderiam reclamar o "prêmio de vulto" oferecido por Calhoun de Passos a seus alunos, pois efetivamente trouxeram exemplos em que o interesse da parte prevalece sobre o público (veja-se, por exemplo, a norma contida no art. 655 do CPC, acima mencionada).

Porém, em um ponto assiste razão a Calhoun de Passos: poucos são os exemplos invocados pela doutrina acerca de normas de interesse exclusivo (ou mesmo preponderante) da parte, bem como de normas que sejam dispositivas, a autorizar a conclusão de que as chamadas anulabilidades são raras (e não raríssimas) em nosso ordenamento processual civil.

Também não aparenta ser coerente a construção de que há normas que tutelam interesse da parte, mas são cogentes (nulidades relativas). É absolutamente pacífico que as normas cogentes são "de ordem pública", pois "anparam altos interesses sociais" e são instituídas em razão do fato de que "o Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados".<sup>39</sup> A afirmativa de que há normas que tutelam interesse da parte e são cogentes traz em si uma incongruência incontestável.

Entendemos bastar a distinção entre normas cogentes e dispositivas, que já traz insita a idéia de que as primeiras resguardam interesse público, e as demais interesses particulares dos litigantes.

## 8. Proposta de sistematização

Em linha de síntese de todos os pensamentos aqui espostos, e à guisa de conclusão, entendemos possível, agora, propor uma sistematização das nulidades processuais.

Primeiramente, as nulidades aplicam-se somente aos atos praticados pelo juiz, na situação em que o modelo típico previsto em lei não é guardado, e se verifica um defeito no ato, surgido no momento de seu nascimento. A imperfeição dos atos praticados pela parte gera consequência que se situa no plano da eficácia (a *inadmissibilidade*).

<sup>33</sup> Inverte-se, no art. 248, § 1º, sob o símbolo enfático: "há existência em direito processual", p. 504-502.

<sup>34</sup> *Idem*, ibidem, p. 504-506.

<sup>35</sup> *Idem*, ibidem, p. 504 e 507.

<sup>36</sup> Esboço de uma teoria das nulidades processuais, *Revista de Direito*, n. 36, p. 18.

<sup>37</sup> Esboço de uma teoria das nulidades..., cit., p. 145.

<sup>38</sup> J. G. Galeno Lacerda, *Dispacho*, *Sancti*, p. 72.

<sup>39</sup> Miguel Reale, *Lógica*, cit., p. 131.

As categorias de nulidades processuais não diferem daquelas estabelecidas pelo direito material: para saber a gravidade do vício, basta reconhecer se a norma é cogente ou dispositiva. Se a norma violada pelo ato judicial for cogente, a nulidade é absoluta. Se, de outra banda, a norma violada for dispositiva, está-se perante uma nulidade relativa, que só será conhecida se houver provocação da parte no tempo adequado (art. 245, *caput*).<sup>54</sup>

Como a atividade judicial é pautada na estrita legalidade, são raríssimos os casos em que as normas que a disciplinam não sejam cogentes. Ocorrem-nos, agora, dois exemplos, colhidos na doutrina tradicional: a incompetência relativa que, se não alegada por meio da exceção instrumental adequada, no momento correto, enseja a preclusão de alegá-la, e a prorrogação de competência e a inversão da ordem instituída pelo art. 655 do CPC, a respeito de bens passíveis de penhora, contra a qual o executado deve levantar-se na primeira oportunidade que tiver sob pena de preclusão.

A vista desses exemplos, aqui está, a nosso ver, a primeira grande diferença entre os dois sistemas de nulidades *sub examine*. Enquanto que, no direito civil, a graduação das nulidades se dá pelo interesse tutelado pela norma violada, no processo, quase todas as normas atendem de forma marcante o interesse público existente na correta aplicação das leis, na composição dos litígios com justiça, na promoção da paz social.

Uma vez reconhecido o desvio entre o ato e o tipo prescrito por lei cogente, passa-se a aplicar as normas previstas nos arts. 243 e seguintes do CPC (que instituem os diversos princípios do sistema de nulidades, dos quais se destacam em particular o do prejuízo e o da finalidade).

Mesmo quando houver expressa cominação de nulidade, na esmagadora maioria dos casos, deve-se verificar se o ato atingiu sua finalidade e se causou prejuízo, na esteira da opinião de Bedaque,<sup>55</sup> que aqui endossamos integralmente, a despeito das várias opiniões contrárias.<sup>56</sup>

Finalmente, o ato judicial inválido produz efeitos até que outra decisão decretar sua nulidade, seja por força do recurso cabível, seja de ofício, nos casos em que a nulidade puder ser reconhecida deste modo.

#### Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Iniquiera de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4. ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002.  
BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.  
BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.  
BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efritividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 10. ed., atualizada por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, v. I.  
BUZARD, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Livr. Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1943.

CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades. *Revista de Processos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, p. 7-20, 1989.

\_\_\_\_\_. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Progetto del Codice di Procedura Civile, Presentato alla Commissione reale per la riforma del Codice Di Procedura Civile* — parte prima, Padova: Cedam, 1926.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945, 3 v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2.

KOMATSU, Roque. *Da Inutilidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 22. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 1997.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 2.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 3. ed., revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1939.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>54</sup> Preferentes a determinação nulidade absoluta e relativa, que é adotado pelo maioria da doutrina processualista, à doutrina nulidade e anulabilidade, abraçada pelo novo Código Civil.

<sup>55</sup> *Efritividade do processo e técnica processual*

<sup>56</sup> Dinamarco, *Instituições...*, op. cit., p. 395, e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades...*, op. cit., p. 150.