



AS NULIDADES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Revista de Processo | vol. 30 | p. 38 | Abr / 1983
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 911 | Out / 2011
DTR\1983\14

Humberto Theodoro Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito "Milton Campos". Fundador da "Revista Brasileira de Direito Processual". Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Área do Direito: Processual

Sumário:

1. Conceito de nulidade - 2. Espécies de vícios dos atos jurídicos - 3. Os defeitos dos atos jurídicos processuais - 4. Atos inexistentes - 5. Defeitos do ato processual ligados à capacidade do agente, objeto e forma do ato - 6. Forma e nulidade em processo - 7. Atos absolutamente nulos - 8. Atos relativamente nulos - 9. Sistema geral das nulidades processuais - 10. Princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais - 11. "Pas de nullité sans grief" - 12. Nulidades sanáveis e nulidades insanáveis - 13. Outros princípios informativos do sistema de nulidades do Código de Processo Civil - 14. Princípio da economia processual - 15. Princípio do interesse de agir - 16. Princípio da lealdade processual (preclusão ou convalidação) - 17. Princípio da causalidade - 18. Efeitos das nulidades - 19. Nulidades absolutas e nulidades insanáveis - 20. Casos de nulidade absoluta - 21. Casos de nulidades relativas - 22. Convalidação das nulidades processuais - 23. Meios de impugnação dos atos processuais nulos - 24. Nulidade de ato processual e nulidade do processo - 25. A relevância dos pressupostos processuais e das condições de ação - 26. A nulidade insanável do processo julgado com inobservância de pressuposto processual ou condição da ação - 27. Síntese da proposição - 28. Conclusões - 29. Visão esquemática do sistema de nulidades processuais

1. Conceito de nulidade

"A nulidade processual é a privação de efeitos imputada aos atos do processo que padecem de algum vício em seus elementos essenciais e que, por isso, carecem de aptidão para cumprir o fim a que se achem destinados".¹

A lei traça um padrão de procedimento ou conduta a ser observado em cada situação por ela regulada, quando o sujeito queira atingir o efeito jurídico previsto no diploma legal. O ato praticado, concretamente, é *típico* ou perfeito quando se amolda exatamente ao padrão da lei; é *atípico* ou defeituoso, quando dele se afasta.

A atipicidade às vezes é sancionada, outras vezes não, com a *ineficácia*.

Quando se dá a ineficácia, como sanção para o ato defeituoso, diz-se que a atipicidade é *relevante*; caso contrário, temos a atipicidade irrelevante:

No campo do processo, a nulidade do ato se resolve, segundo Redenti, numa *ineficácia* processual, cuja intensidade e espécie são variadas.²

O problema das nulidades, na verdade, não é privativo do direito processual; é, isto sim, comum a todos os ramos do direito, e tem gerado, em todos os quadrantes da ciência jurídica infindáveis e intrincadas controvérsias.

A teoria geral das nulidades, estabelecida a duras penas no direito civil, a respeito da validade dos *atos jurídicos*, tem, em princípio, aplicação, também, ao direito processual civil, já que o processo nada mais é do que uma relação jurídica complexa e dinâmica, formada pela concatenação de sucessivos atos jurídicos, visando um fim último: a solução do litígio por ato estatal de jurisdição.

Assim, o ato jurídico processual, como os demais atos jurídicos, reclama, para sua eficácia, *capacidade* do agente, objeto lícito e forma adequada (CC, art. 82).

E, por isso mesmo, as causas mais comuns de nulidade do ato processual são as mesmas dos



demais atos jurídicos, ligando-se, de tal sorte, à ocorrência de *incapacidade* do agente, à ilicitude do objeto ou à inobservância de forma necessária.³

2. Espécies de vícios dos atos jurídicos

Dos defeitos encontrados nos elementos formadores do ato jurídico, pode, conforme o caso, decorrer a total privação de efeitos, ou a possibilidade de inutilização do ato pelo interessado, tendo em vista a maior ou menor gravidade do vício, ou seja, do afastamento do ato do padrão legal existente.

Na primeira hipótese, ocorre o ato *nulo*, que, no direito civil, é tido, em princípio, como incapaz de produzir qualquer efeito. A nulidade decorre de uma ofensa à predeterminação legal, e configura uma sanção que, na ordem prática, priva o ato irregular (ou atípico) de sua eficácia. Quod nullum est nullum effectus producit.

Nesse tipo de nulidade, que alguns chamam de *absoluta*, o que inspira a sanção legal é sempre um princípio de ordem pública, ou um interesse público.⁴

Na segunda hipótese, diversamente da primeira, não há ausência de um dos elementos essenciais do ato jurídico. A respeito desses atos, que se consideram *anuláveis*, ou contaminados por nulidade relativa, não se vislumbra o mesmo interesse público. Resguarda-se apenas a conveniência das partes. O ato é imperfeito, mas tem condições de produzir sua normal eficácia, se a parte interessada não reclamar sua anulação.

O ato nulo não é ratificável e não se convalida diante do silêncio das partes ou do decurso do tempo. O ato anulável é ratificável e se convalida plenamente se os interessados mantiverem-se inertes durante o prazo previsto em lei para impugná-lo.⁵

Existe, portanto, *disponibilidade* da anulabilidade, porque só a parte interessada pode promover sua decretação; e *indisponibilidade* da nulidade, porque ao juiz cumpre pronunciá-la até mesmo de ofício (CC, art. 146, parágrafo único).

No plano do direito substancial, apresenta-se enfim como *nulo* o ato jurídico quando praticado por agente absolutamente incapaz, quando for ilícito ou impossível o seu objeto, quando não revestir a forma prescrita em lei, ou quando a própria lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito (CC, art. 145).

É, outrossim, *anulável*, na ordem jurídica privada, o ato praticado por agente relativamente incapaz, ou quando, na declaração de vontade, houve vício de consentimento ou vício social, como o erro, o dolo, a coação, a simulação ou a fraude (CC, art. 147).

Ainda, no direito material, a par da nulidade e da anulabilidade, cogita-se, também, da *inexistência* do ato jurídico, considerando-se ato inexistente "aquele a que falta um pressuposto material de sua constituição".⁶ É mais do que um ato nulo, porque neste, pelo menos de fato, estão presentes os pressupostos do ato, enquanto naquele, nem mesmo de fato, se encontra o pressuposto material do ato, como, por exemplo, se dá no casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou celebrado por quem não tem autoridade para tanto.

3. Os defeitos dos atos jurídicos processuais

A teoria da ineficácia dos atos jurídicos do direito material privado pode ser transportada para o direito processual, mas tem que sofrer uma sensível adaptação conceitual, para atender à natureza especial do ato processual, que é de direito público e, sobretudo, instrumental.

Assim, podemos visualizar, também no campo do processo: a) atos *inexistentes*; b) atos nulos; e c) atos anuláveis.

A igualdade de terminologia, contudo, não corresponderá à mesmeidade de efeitos.

No direito material, a nulidade (também dita nulidade *absoluta*) priva o ato de toda eficácia, independentemente de desconstituição ou declaração judicial. O ato nulo não produz efeitos, pelo menos em tese.

Em processo, lembra Lopes da Costa, enquanto o juiz não declara a nulidade, a relação processual



existe e produz os efeitos de uma relação válida, podendo ocorrer a sanção do vício se se operar a *coisa julgada*.⁷ Também Amílcar de Castro observa que a nulidade processual opera diversamente da nulidade substancial: "o defeito jurídico que vicia relação processual, ou ato do processo, seja qual for, não impede a existência atual da relação, ou do ato, de tal sorte que aquela, ou este, subsistem enquanto não forem declarados nulos pelo juiz; e precisamente por isso, o vício que os invalida, em regra, pode ser sanado, e a relação ou o ato se aperfeiçoarem". Chega mesmo Amílcar de Castro a afirmar que os atos processuais seriam apenas anuláveis e nunca nulos propriamente ditos.⁸

Realmente, se os critérios para a classificação das nulidades fossem no processo os mesmos do direito material, teríamos que concordar com a conclusão do saudoso e notável processualista mineiro.

Mas, dentro do processo e segundo seus princípios, não podemos nivelar todas as nulidades sob a denominação genérica de *anulabilidades*, posto que a maneira de se configurarem e os efeitos que geram são diversos, em face da gravidade do vício e da repercussão dele sobre a relação processual e a prestação jurisdicional.

Como se sabe, há nulidades que atingem simples *atos do processo*, enquanto outras inutilizam toda a relação processual. As primeiras, sim, sofrem a sanatória geral da res iudicata, como queria Lopes da Costa. Mas, as que afetam a relação processual na sua origem, estas não podem ser sanadas pela coisa julgada, porque, na realidade, impedem até mesmo a formação da res iudicata, como bem o demonstra Liebman.⁹

Há, realmente e sempre, necessidade de um pronunciamento judicial para se ter como nulo um ato processual, mas há profunda diversidade de grau ou intensidade, também, entre os vícios processuais, de sorte que alguns se *sanam*, até mesmo tacitamente, enquanto outros são insanáveis e podem ser reconhecidos até mesmo depois de encerrado o processo por sentença final e definitiva.

Impõe-se, à vista disso, a distinção entre atos nulos e anuláveis, ou entre atos nulos absolutamente e nulos relativamente, como querem alguns doutrinadores também na área do direito processual civil.

4. Atos inexistentes

Anota Lopes da Costa que "a figura da *inexistência*, se discutível no direito civil, é indispensável em direito processual", posto que em casos como o da sentença proferida por quem não se acha investido da função jurisdicional, ou prolatada por autoridade judiciária, mas sem o pressuposto da existência de processo válido, o ato jamais poderá ser havido sequer como sentença, para qualquer efeito de direito processual.¹⁰

Para Micheli, há inexistência, em tema de processo, quando o ato não tenha sequer os requisitos mínimos para ser considerado como ato processual.¹¹

A inexistência, de fato, visualiza um problema anterior a toda idéia de *validade* do ato. Como destaca Couture, não se refere à eficácia, mas à vida mesma do ato. O ato inexistente, na realidade, não é ato, mas simples fato, sem a mínima relevância jurídica. Um quid incapaz de todo e qualquer efeito.

Por isso, conclui o processualista uruguaio, "o ato inexistente (*fato*) não pode ser convalidado, nem necessita ser invalidado".¹²

Há autores, como Liebman que nivelam a inexistência com a nulidade *ipso iure*.¹³ Enquanto, outros, como Pontes de Miranda, procuram distinguir os dois defeitos ou vícios.¹⁴ De qualquer maneira, a questão é puramente acadêmica, já que do ponto de vista prático os efeitos se equivalem, impedindo a formação de res iudicata.

5. Defeitos do ato processual ligados à capacidade do agente, objeto e forma do ato

Tal como no direito material, o agente para praticar o ato processual tem de ser *capaz*; mas, aqui, além da capacidade civil, reclama-se, como pressuposto de eficácia do ato ("pressuposto processual"), a capacidade técnica: *legitimatío ad processum* e *ius postulandi*, para os sujeitos da



lide, e competência para o juiz, que também é um dos sujeitos da relação processual.

Em se tratando de defeito de pressupostos de validade da relação jurídica processual nulo é o processo instaurado por pessoa incapaz ou promovido por quem não detenha a habilitação técnico-profissional para postular em juízo, bem como o que for presidido e julgado por juiz absolutamente incompetente.

Viciado, também, será o processo utilizado como instrumento para alcançar fim *ilícito*, como nas hipóteses de processo "simulado" para encobrir fraudes e produzir efeitos vedados pela lei.

Mas, a questão dos vícios processuais atinge seu ponto máximo de relevância na parte relacionada com a *forma*, como veremos a seguir.

6. Forma e nulidade em processo

Lembrando Couture que o direito processual, em sentido lato, é nada mais do que um conjunto de *formas* (direito formal) criadas de antemão pelo ordenamento jurídico, mediante as quais se deve promover o processo, a nulidade, nessa matéria, consiste, especificamente, na prática de um ato processual com "afastamento desse conjunto de formas necessárias estabelecidas por lei".¹⁵

E explica: "a irregularidade do ato processual, isto é, o desajuste entre a forma determinada na lei e a forma utilizada na vida, envolve na prática uma questão de matizes, que vai desde o afastamento *gravíssimo*, abandono absoluto das formas necessárias, até o *levíssimo*, apenas perceptível".¹⁶

À medida que se afasta do padrão necessário, o ato vai sofrendo a sanção da ineficácia. No primeiro grau, ocorre a ineficácia *máxima*, que é a inexistência; em segundo grau, a nulidade absoluta; e em terceiro grau, a nulidade relativa.

A exemplo de Couture, também Frederico Marques admite que em direito processual todas as formas são relevantes, embora sua inobservância, nas diversas situações concretas, nem sempre conduza à ineficácia do ato processual. Para o mestre paulista, a nulidade do ato processual, na espécie, ou decorre de cominação expressa da lei, ou resulta de, em se desobedecendo a forma da lei, o ato não atingir os fins que lhe são próprios.

No primeiro caso (nulidade cominada), teríamos a nulidade *absoluta*, sendo o ato insuscetível de sanar-se, em regra. No segundo caso, a nulidade seria apenas relativa, de sorte que seria tido por eficaz sempre que a finalidade processual fosse alcançada, ainda quando a forma tivesse sido descumprida.

Tal como a generalidade dos processualistas modernos, reconhece Frederico Marques a categoria dos atos *inexistentes*, ao lado dos atos absolutamente nulos e dos relativamente nulos.¹⁷

Em igual linha de pensamento, Liebman proclama a possibilidade de atos processuais *inexistentes*, e divide as nulidades dos atos do processo em relativas e absolutas, tendo como relativas aquelas que só possam ser declaradas a requerimento da parte prejudicada, e que por isso são sanáveis por sua inércia (já que se referem a tutela de interesse privado da própria parte); e como absolutas, as que devam ser pronunciadas de ofício pelo juiz, sendo, em regra insanáveis, por dizerem respeito a requisitos que a lei considera indispensáveis ao bom andamento da função jurisdicional.¹⁸

Existem na doutrina outras classificações que procuram subdividir a nulidade em graus, além de colocarem a anulabilidade em outra classe. Prefiro, todavia, a posição já exposta, por entender suficiente a dicotomia "nulidade-anulabilidade" (isto é, nulidade absoluta e nulidade relativa) para fins tanto práticos como teóricos.

7. Atos absolutamente nulos

Os atos processuais contaminados de nulidade absoluta têm a categoria de ato processual. Não são simples fato, como adverte Couture. Mas acham-se gravemente afetados em sua formação. O desvio de forma é sumamente grave, por isso quer a lei privá-lo de efeitos.

Uma vez comprovada a nulidade, o ato deve ser invalidado pela autoridade judicial, até mesmo de ofício, isto é, sem provocação da parte interessada. É que a lei, ao cominar-lhe nulidade, presumiu o prejuízo jurídico na inobservância da forma traçada para sua prática.



Tem esse ato, contudo, "uma espécie de vida artificial até o dia de sua efetiva invalidação", já que, não obstante o grave vício de que é portador, produz eficácia no processo enquanto não é desconstituído.¹⁹ Para Couture, "a nulidade absoluta não pode ser convalidada, mas precisa ser invalidada".²⁰

A afirmação é de ser aceita sem restrições, se a nulidade for de fundo, isto é, relacionada com os pressupostos processuais ou condições da ação (*legitimatío ad processum* ou *ad causam*, incompetência absoluta, etc.), é realmente insuscetível de convalidar. Em se tratando, contudo, de simples defeito de forma, mesmo absoluta, admite relevação se dela não decorrer prejuízo processual, e sofre a eficácia sanatória da res iudicata, se não alegada e não decretada antes da exaustão da possibilidade de impugnação recursal da sentença de mérito.

Em nosso direito, só há nulidade absoluta em matéria de vício de *forma* nos casos expressamente previstos em lei. Fora das previsões do Código, o ato processual com desvio de forma não é de ser anulado ex officio pelo juiz, nem a requerimento da parte, se esta não demonstrar efetivo prejuízo (CPC (LGL\1973\5), art. 244).

Em suma, a nulidade absoluta por defeito de forma, no direito processual brasileiro, tem duas características fundamentais: a) a nulidade tem de ser expressamente cominada na lei; e b) o juiz pode decretá-la de ofício, porque o prejuízo processual é presumido. Havendo, contudo, prova evidente da ausência de prejuízo, o magistrado deverá abster-se de decretá-la, já que nenhuma nulidade em questão de forma deve subsistir onde inexistente lesão (CPC (LGL\1973\5), arts. 249, §§ 1.º e 2.º, e 250, parágrafo único).

Adiante enumeraremos os casos de nulidade expressa segundo nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5).

8. Atos relativamente nulos

Os atos que a doutrina considera como relativamente anuláveis, por desvio de forma, podem adquirir eficácia, não obstante sua atipicidade frente ao padrão legal.

O desvio de forma, na hipótese, não é grave, e sim leve. Sua invalidação, por isso mesmo, só é possível se a parte interessada provar prejuízo concreto.

Ditos atos são perfeitamente sanáveis, quer por declaração expressa de vontade, quer por inércia da parte. O consentimento do interessado purifica o erro e opera a homologação ou convalidação do ato defeituoso.

Na lição de Couture, "o ato relativamente nulo admite ser invalidado e pode ser convalidado".²¹ É a categoria mais comum ou freqüente das nulidades processuais.

São configuradas as nulidades relativas por exclusão: os atos viciados, que não sejam por violação de pressupostos processuais ou condições da ação, e para os quais não exista cominação expressa de nulidade na lei, são atos processuais relativamente nulos.

9. Sistema geral das nulidades processuais

A nulidade sempre foi encarada juridicamente como uma *sanção*, que em tempos antigos era equiparada ou aliada até mesmo às multas que muitas vezes se impunham por infração de formas legais.

Embora hoje ainda prevaleça a tese de que a nulidade é uma sanção, totalmente afastada está sua equiparação a uma pena. Modernamente, o que Justifica a sanção de nulidade é a garantia de certos efeitos que a lei deseja alcançar com o ato jurídico.

A *forma* traçada pela lei é o meio de garantir-se um fim. Daí por que, em nossos dias, só se cogita de nulidade processual, quando, por desvio de forma, o fim colimado não for atingido.

Cumprida à própria lei estatuir o regime das nulidades, para evitar que a sanção da ineficácia venha, por falta de um critério seguro, a subverter-se a hierarquia dos valores e fins do ordenamento jurídico.



Anota Amaral Santos que houve notável evolução, desde o sistema primitivo do direito romano e medieval em que a forma legal prevalecia sobre tudo, até a concepção de nossos dias, fundada na idéia de que os atos processuais são privados de *autonomia* e devem ser valorados segundo a meta a que se proponham.

Explicando como se deve entender esta nova posição, afirma o professor da Universidade de São Paulo, como invocação de renomados publicistas como Chiovenda, Carnelutti, Redenti, Goldschmidt, Jaeger, Liebman e Furno, que "os atos processuais são meios de que se servem os sujeitos da relação processual para atingir um fim, que é o fim do processo, ou seja, a sua definição pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Por outras palavras, os atos processuais nada mais fazem do que configurar *atividades que se destinam a um fim*. Daí concluir a doutrina que os atos processuais não têm caráter autônomo, mas essencialmente formal, instrumental, finalístico, no sentido de que são meios, dotados de forma, com a finalidade de criar as condições necessárias ao processo para que atinja o seu fim.

"E, como esse é o seu caráter, rege-os o *princípio da instrumentalidade das formas*, que Liebman eleva à categoria de um dos princípios fundamentais do processo, e conforme o qual, no julgar da validade ou invalidade de um ato processual, se deve atender, mais que à observância das formas, ao fato de haver ou não o ato atingido a sua finalidade".

Conclui Amaral Santos, ressaltando que "o que se deve verificar é se o ato, pela *forma que adotou*, atingiu a sua finalidade próxima, de autenticar e fazer certa uma atividade, e remota, mas que lhe é própria, de meio para atingir a finalidade do processo. Quer dizer que o princípio da instrumentalidade das formas dos atos processuais recomenda que, ao julgar da validade ou invalidade de um ato processual, se atendam a dois elementos fundamentais: a finalidade que a lei atribui ao ato e o prejuízo que a violação da forma traria ao processo".²²

Para Amaral Santos, nosso sistema processual de nulidades, comporta a classificação dos atos defeituosos em nulos e anuláveis, a exemplo dos atos jurídicos materiais.

Nosso Código traçou nos arts. 243 a 250 o sistema legal das nulidades processuais, cujos princípios fundamentais correspondem aos conceitos traçados e ressaltados pela moderna doutrina do processo, como a seguir exporemos.

10. Princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais

Como já afirmamos no tópico anterior é o mais importante dos fundamentos da atual concepção do processo, em matéria de nulidades. Figura como critério básico do sistema de nulidades de nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5).

Por esse princípio se entende que, sendo a forma *instrumento*, meio, e não fim, o que se procura apurar para definir-se uma nulidade é a circunstância de ter ou não sido atingido a finalidade do ato.

No direito processual, preleciona Calmon de Passos, "o interesse predominante é o interesse final de realização dos fins de justiça do processo"; que se consubstanciam na pacificação do litígio por meio da realização prática do direito material.

O processo globalmente, e cada ato que o integra, particularmente, revestem-se de *tipicidade* estatuída em função de sua natureza instrumental.

O descumprimento da *forma*, isto é, da tipicidade do ato processual, contudo, nem sempre afeta sua finalidade instrumental.

Daí a necessidade, recomendada por Calmon de Passos, de apurar-se a cada caso se o defeito formal (atipicidade) é *relevante* ou não-relevante.

Se o resultado do ato defeituoso ou atípico foi o mesmo que se esperava do ato perfeito ou típico, a atipicidade é irrelevante. Se, ao contrario, o ato defeituoso não gerou o resultado almejado, então a atipicidade é *relevante*.

Para se apreciar a tipicidade e relevância, o que há de ser, outrossim, ponderado pelo magistrado será sempre o cotejo do ato concreto com os fins de justiça do processo, ou seja, com o "seu fim de



pacificação e seu fim de derivação do direito material", como destaca Calmon de Passos.²³

Se o ato, embora *atípico*, mostrou-se eficaz (atipicidade irrelevante), teremos mera irregularidade formal. Se, porém, a atipicidade for relevante (tiver causado prejuízo), teremos a ineficácia, cabendo ao juiz decretar a nulidade do ato.

Porque os atos processuais produzem efeitos imediatos, mesmo quando atípicos, a *nulidade* é sanção que só se verifica depois da competente declaração judicial.

Couture, tratando do mesmo tema, fala em princípio de "transcendência", ao explicar que "não há nulidade de forma se a irregularidade não tem transcendência sobre as garantias de defesa em juízo". E explica, mais, que "não há nulidade sem prejuízo". "Sem um gravame, ninguém pode postular a invalidação de qualquer ato processual".²⁴

Essas regras se acham expressas em nosso direito positivo, nos arts. 244, 249, § 1.º, e 250, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5).

11. "Pas de nullité sans grief"

O que preside, fundamentalmente, o sistema de nulidades formais é, em suma, a ocorrência de prejuízo.

Mesmo quando a lei prescreve a forma de um ato processual com cominação expressa de nulidade para sua inobservância, como no caso de citação e intimação, não teria sentido, dentro do sistema da instrumentalidade do ato, decretar-se a sua nulidade, se seu fim foi atingido mediante a produção de defesa hábil pelo citado.

Daí considerar a lei suprida a citação (nula ou inexistente) pelo comparecimento do réu ao processo (CPC (LGL\1973\5), art. 214, § 1.º).

O ato processual nulo reclama, após o reconhecimento de sua invalidade, a respectiva repetição. Mas qualquer que seja a nulidade, "o ato não se repetirá", nem reclamará suprimento de sua falta, "quando não prejudicar a parte" (CPC (LGL\1973\5), art. 249, § 1.º).

Absurdo, por exemplo, seria mandar fazer a citação omitida, depois que o réu já compareceu espontaneamente e já produziu sua resposta.

Enfim, sem dano não se concebe nulidade processual. Por inexistir nulidade sem conseqüências, grave que seja a violação formal, "inexiste nulidade, quando inexistente prejuízo, ou quando o fim atribuído ao ato foi alcançado com a realização do ato atípico".²⁵

Qual seria o dano que justifica a nulidade do ato processual? Responde-nos Calmon de Passos, afirmando que no processo todo o interesse das partes e do Estado cinge-se à aplicação da lei ao caso concreto, para fazer cessar o conflito existente. Logo, o prejuízo que justifica a nulidade é o que se relaciona com o interesse na consecução do objetivo processual. Sempre que se perde ou se diminui uma faculdade processual, há lesão ou prejuízo para a parte, ficando demonstrado que tal faculdade poderia gerar influência no resultado final do processo.

Galeno Lacerda ensina que a existência de prejuízo é condição para a nulidade quando a norma violada tutela interesse da parte, não sendo de aplicar-se a regra nos casos de interesse público, como da incompetência absoluta, etc.

Cita o mestre gaúcho, como exemplos de não incidência da nulidade hipóteses de invalidade da citação do réu revel, de falta de citação de litisconsorte necessário (como a mulher do réu, em ação real imobiliária), e a falta de intervenção do Ministério Público. Mesmo diante de tais vícios, que são gravíssimos e correspondem a nulidades cominadas em texto expresso de lei, "os atos processuais não serão anulados se não tiver havido prejuízo, respectivamente para o réu (se vencedor), para os litisconsortes ou para a parte que deveria ter sido assistida pelo representante do Ministério Público".²⁶

12. Nulidades sanáveis e nulidades insanáveis

Não há coincidência entre nulidade absoluta e nulidade insanável, ou entre nulidade cominada e



nulidade insanável.

É sob outro aspecto que, dentro do princípio de instrumentalidade das formas, as nulidades se apresentam como *sanáveis* ou *insanáveis*.

Esse caráter é apurado após o ato judicial de reconhecimento do vício do ato processual. Quem melhor apreciou a questão foi Calmon de Passos, ao ensinar que "se o juiz ao reconhecer a nulidade pode evitar o efeito do vício sobre todo o processo, ensejando oportunidade de renovar o ato, aperfeiçoá-lo ou realizá-lo, se ainda não foi de qualquer modo praticado, o caso é de *nulidade sanável*."

Quando, porém, a nulidade for daquelas que repercutem sobre a validade da relação processual, conduzindo à extinção do processo sem julgamento de mérito (casos do art. 267 do CPC (LGL\1973\5)), a hipótese será, então, de *nulidade insanável*.²⁷

Galeno Lacerda explica que é o interesse tutelado pela norma legal violada que justifica a classificação das nulidades em *sanáveis* e *insanáveis*: "Se o preceito desrespeitado tiver como inspiração o *interesse público*, o vício do ato se apresenta *insanável*", como se dá com o processo simulado, a oposição de defesa ou exceção fora do prazo, a incompetência absoluta, inobservância de pressupostos processuais etc. "Sanáveis, ao contrário, serão as infrações a regras ditadas, preferencialmente, no interesse das partes", pouco importando seja a nulidade cominada ou não a lei. São exemplos: a inépcia de petição inicial, a falta de citação, etc.²⁸

13. Outros princípios informativos do sistema de nulidades do Código de Processo Civil

Além do princípio fundamental, que é o da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, nosso Código adotou outros, em matéria de nulidades, como o princípio da *economia processual*, o princípio do interesse de agir, o princípio da lealdade processual (ou da convalidação) e o princípio da causalidade.

Examinaremos, separadamente, cada um deles.

14. Princípio da economia processual

O processo deve ser econômico, tanto para as partes como para o juízo. Tem-se, por isso, de obter "o máximo de resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais".²⁹

Por imposição desse princípio, dispõe o art. 249 do CPC (LGL\1973\5) que, ao pronunciar nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou ratificados os viciados. Mas, o § 1.º do mesmo artigo adverte que não haverá repetição nem suprimento de falta de ato, "quando não prejudicar a parte".

A regra - lembra Amaral Santos - "aplica-se a qualquer espécie de *forma*, mesmo à forma prescrita com a cominação de nulidade. Quer dizer que mesmo neste último caso, em que o juiz deverá declarar de ofício a nulidade, a lei lhe impõe verificar primeiro se é possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato".³⁰

É, ainda, aplicação do princípio de economia processual, a norma do art. 250, que, no erro de forma, manda anular-se apenas os atos que não possam ser aproveitados, renovando-se os que forem necessários para a observância das prescrições legais. E o parágrafo único do mesmo dispositivo, com a mesma preocupação, e com reafirmação da regra do § 1.º do art. 249, ordena o aproveitamento de todos os atos nulos de que não tenha decorrido prejuízo à defesa.

Também no art. 113, § 2.º, que manda aproveitar os atos não decisórios do juiz incompetente, o que prevalece é uma regra de economia processual.

15. Princípio do interesse de agir

Salvo nas nulidades cominadas de forma expressa (*nulidades absolutas*), que são de ordem pública e, por isso, devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz (se não houver evidência de falta de prejuízo), todas as demais nulidades (isto é, as não-cominadas e relativas) "somente poderão ser apreciadas e decididas se argüidas por quem tenha interesse na sua declaração. Ne procedat iudex ex officio".³¹



Em nosso CPC (LGL\1973\5), dito princípio acha-se implícito nos arts. 243, 245, 249, § 1.º, e 250, parágrafo único.

16. Princípio da lealdade processual (preclusão ou convalidação)

Cumpra à parte interessada evitar que a relação processual se desenvolva contendo ato nulo em seu bojo. Por isso, o art. 245 do CPC (LGL\1973\5) impõe-lhe o ônus de alegar a nulidade na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, após o ato defeituoso, *sob pena de preclusão*.

Se a nulidade é relativa, a hipótese do art. 245 gera sua convalidação, pois vencida a oportunidade de alegar-se o defeito do ato, pois a parte não mais poderá arguí-la e ao Juiz defeso será pronunciá-la de ofício.

"O direito processual - na observação de Couture - está dominado por certas exigências de segurança e de efetividade nos atos, superiores às de outros ramos da ordem jurídica. Frente à necessidade de obter atos processuais *válidos não nulos*, se acha a necessidade de obter atos processuais firmes, sobre os quais possa consolidar-se o direito".³²

Se a parte deixa passar *in albis* a oportunidade que a lei lhe destina para impugnar o ato relativamente nulo, "deve-se logicamente presumir que a nulidade, embora exista, não a prejudica gravemente e que renuncia aos meios de impugnação. E perecidos os prazos respectivos, opera-se a preclusão de sua etapa processual e os atos, embora nulos, ficam convalidado;"³³

A regra examinada é de aplicação geral as nulidades de forma, mas não se aplica as nulidades *absolutas*, isto é, àquelas que a lei impõe ao juiz declarar nulas de ofício, porque, sendo de ordem pública, não se sujeitam à preclusão (art. 245, parágrafo único). Assim, questões de nulidade a respeito de condições da ação e pressupostos processuais, devem ser tratadas e solucionadas, de ofício, em qualquer fase do processo, qualquer que seja o grau de jurisdição (art. 267, § 3.º). Não precluem, portanto, a incompetência absoluta, a ilegitimidade de parte, a impossibilidade jurídica do pedido, a falta de citação de litisconsorte necessário, etc.

A preclusão da nulidade relativa, por outro lado, não ocorrerá se a parte interessada demonstrar que não alegou a nulidade na oportunidade legal por "legítimo impedimento" (exemplo: retirada dos autos do cartório pela parte contrária, durante todo o curso do prazo útil art. 245, parágrafo único). A alegação, todavia, terá de ser feita logo que se supere o impedimento, não sendo lícito à parte guardá-la para alegações em falas posteriores, depois que o feito tiver alcançado outras etapas de seu curso, que pressuponham a superação do ato viciado.

17. Princípio da causalidade

Há sempre um nexo de causalidade, ou uma interligação de causa e efeito entre os diversos atos que se entrelaçam para desenvolver a relação processual. A declaração de nulidade de um deles, porém, só atinge os que lhe forem posteriores e cuja validade dependa do primeiro ou que sejam conseqüências deste (CPC (LGL\1973\5), art. 248).

Mesmo no caso de atos processuais complexos, como a audiência, por exemplo, cujas partes possam ser destacadas com independência, não se inutiliza o todo se a nulidade for apenas de uma *parte* (art. 248, segunda parte). *Utile per inutile non vitiatur*.

Do princípio da causalidade, decorre a imposição do art. 249 do CPC (LGL\1973\5), segundo a qual o juiz deve explicitar os atos que são abrangidos, em cada caso, pela nulidade decretada.

O art. 113, § 2.º, do mesmo Código, também contém norma derivada do princípio da causalidade (além do princípio da economia processual), quando dispõe que a nulidade do processo por incompetência absoluta só alcança os atos decisórios. Os autos, após o reconhecimento da nulidade, serão remetidos ao juiz competente, que aproveitará todos os demais atos processados no juízo incompetente.

18. Efeitos das nulidades

Em dois planos devem ser analisados os efeitos da nulidade em tema de direito processual: o do processo em curso e o do processo findo.



O do processo findo examinaremos mais adiante. No plano do processo em curso, temos que verificar se a nulidade é ou não insanável. No primeiro caso, o efeito imediato do reconhecimento do vício, será a necessidade de suprimir a nulidade mediante e renovação do ato ou realização dele na devida forma legal.

No segundo caso, cumpre distinguir se a nulidade é de ato do autor ou do réu. Se a nulidade insanável é atribuída ao autor, o processo deverá, em regra, extinguir-se sem julgamento de mérito. Tal, porém, não ocorrerá se, pelo princípio da causalidade, o ato não afetar a validade da relação processual, podendo ser tratado isoladamente, sem reflexos sobre o processo.

Se o ato nulo for do réu, o processo nunca se extinguirá, mas o feito terá prosseguimento como se o ato não tivesse sido praticado.

19. Nulidades absolutas e nulidades insanáveis

Nulidade *absoluta* é, em direito processual civil, a que pode ser reconhecida de ofício. Não se confunde com a insanável, porque insanável é apenas aquela para a qual não se tem mais remédio, provocando a inutilização do ato e, às vezes, até mesmo do processo.

Assim, a contestação apresentada por quem não é parte do processo, ou fora do prazo legal, é ato absolutamente nulo e insanável, mas que não produz a extinção do processo. A lide será apenas julgada como se não existisse tal contestação.

Outras vezes, o juiz conhece de nulidade absoluta, como a da falta de citação ou vício da citação, e, de ofício, manda repetir o ato, a fim de que o processo possa ter curso regular e eficaz.

De modo geral, lembra Frederico Marques, é de observar-se que todo ato processual nulo é, em princípio, sanável ou sujeito a repetição. "Ato nulo de efeitos irremediáveis só será aquele que atingir a relação processual, tornando inadmissível a sentença de mérito".³⁴

O importante, pois, é realçar que as nulidades *absolutas* sempre podem ser declaradas de ofício, muito embora possam, em vários casos, ser emendadas ou superadas pela renovação do ato, sem atingir a eficácia da relação processual em seu conjunto.

20. Casos de nulidade absoluta

Frederico Marques fez minucioso levantamento e encontrou, no Código de Processo Civil (LGL\1973\5), os seguintes casos de nulidade absoluta, expressamente cominadas:

- a) atos decisórios de juiz absolutamente incompetente (art. 113, § 2.º);
- b) intimação pela imprensa, quando dela não constar "os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação" (art. 236, § 1.º);
- c) citação e intimação, "quando feitas sem a observância das prescrições legais" (art. 247);
- d) compromisso arbitral sem os requisitos mencionados nos ns. I a IV do art. 1.074;
- e) laudo arbitral em que se verifique qualquer das irregularidades ou falhas arroladas no art. 1.100, I a VIII;
- f) atos não ratificados que praticar o advogado sem mandato (art. 37, parágrafo único);
- g) atos de advogado praticados por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, art. 76);
- h) contestação ou petição inicial que não indicar o endereço do advogado para receber intimações (art. 39, parágrafo único);
- i) sentença lançada em processo nulo, ou a que for proferida por juiz peitado, impedido ou absolutamente incompetente (art. 485, I e II).

São, outrossim, casos de nulidade de todo o processo, que por isso, conduzem à sua extinção sem julgamento de mérito:



- a) falta de autorização do marido ou da outorga uxória, nos casos previstos em lei (art. 11);
- b) incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, não sanadas no prazo assinado pelo juiz (art. 13, I);
- c) falta de intimação do Órgão do Ministério Público, quando sua intervenção no processo for por lei considerada obrigatória (art. 84);
- d) falta de citação dos litisconsortes necessários (art. 47, parágrafo único);
- e) falta de contratação de novo advogado, pelo autor, em 20 dias, quando seu representante houver falecido (art. 265, § 2.º);
- f) todos os casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstos no art. 267 do CPC (LGL\1973\5).

Além dos casos em que a lei taxativamente comina a nulidade ou a extinção do processo, há outros em que considera os atos totalmente ineficazes, o que equivale à cominação de nulidade. São eles: a) o ato processual praticado, sem justa causa, depois de decorrido o respectivo prazo (art. 183, *caput*); b) o ato processual praticado durante a suspensão do processo, a não ser que o juiz o tenha autorizado excepcionalmente para evitar dano irreparável (art. 266); c) os atos escritos nos autos por advogado que não os restituiu no prazo legal, bem como a juntada de alegações e documentos que então ele apresentar (art. 195).

21. Casos de nulidades relativas

As nulidades relativas, também apelidadas *anulabilidades*, são deduzidas por exclusão: sempre que o ato processual inobservar a forma traçada na lei, sem contudo violar preceito que contenha expressa previsão de nulidade, nem chegar a atingir os pressupostos de validade da relação processual, o caso será de simples anulabilidade. E o ato não será anulado senão a requerimento da parte prejudicada.

Com relação a esse tipo de nulidade, são ainda requisitos de sua decretação: a) o prejuízo efetivo da parte; b) a alegação, pelo prejudicado, na primeira fala nos autos, que se seguir ao ato viciado, sob pena de preclusão; c) que o ato não tenha sido provocado pela própria parte interessada na declaração de ineficácia.

Exemplificativamente, se a parte forneceu endereço errado e por isso sua testemunha não foi intimada a depor, não pode alegar cerceamento de defesa e nulidade do julgamento, porque foi ela mesma que deu causa à falha.

Se, por outro lado, o juiz indeferiu, indevidamente, o rol de testemunhas da parte, e esta participou da audiência sem alegar o cerceamento de defesa naquela oportunidade, não poderá suscitar a arguição de nulidade no recurso posterior contra a sentença. O ato viciado convalidou-se perante seu silêncio na primeira fala nos autos (audiência).

Se, finalmente, o juiz indeferiu a prova pericial, mas a parte provou o fato que seria objeto da perícia, com documentos ou testemunha, lugar também não há para a nulidade, por falta de prejuízo processual.

22. Convalidação das nulidades processuais

Do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos do processo, decorre a irrelevância dos vícios do ato processual, mesmo em caso de nulidade absoluta, se o ato atingir o fim a que se achava destinado no processo.³⁵

A ausência de prejuízo faz sempre produzir a convalidação do ato processual.

No caso de nulidade cominada pela lei, o que ocorre é a presunção de *prejuízo* quando não se observa a forma traçada pela lei. Por isso, a parte interessada pode alegá-la, ou o juiz, de ofício, pode decretá-la, sem cogitar da prova do prejuízo efetivo.

Mas, se existir prova da *ausência de prejuízo*, porque estiver patenteados nos autos que o ato, não



obstante nulo, atingiu sua finalidade, então não caberá a decretação de nulidade.

Assim, numa ação real imobiliária, em que o autor deveria ter promovido a citação do réu e de sua mulher, mas só o fez com relação ao marido, a nulidade (que é absoluta) será irrelevante se a ação tiver sido contestada pelos dois cônjuges.

O fim do ato citatório era ensejar o direito de defesa aos demandados. Se eles contestaram a ação, pouco importa saber se a citação foi ou não válida.

É, nesse sentido, que se deve interpretar o disposto no § 1.º do art. 249 do CPC (LGL\1973\5), onde se lê que "o ato (nulo) não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte".

Por isso mesmo, se o processo chegar a ponto de ser julgado, no mérito, e o julgador verificar que, não obstante a presença da nulidade, a solução da lide irá favorecer a parte a quem aproveita a nulidade, razão não haverá para sua decretação, ou para repetição inútil do ato viciado (art. 249, § 2.º).

De tal sorte, se é nula a citação do réu revel, mas a solução da lide vai ser de rejeição do pedido do autor, seria um contra-senso anular o processo para mandar renovar o ato citatório. Se o revel vai ganhar a causa, o que cumpre ao juiz é proferir a sentença de mérito, compondo definitivamente a lide, pois esta é a missão maior do processo e deve prevalecer sobre qualquer outra medida simplesmente formal, quando o destinatário da regra processual violada não esteja sofrendo prejuízo pela irregularidade procedimental.

Lembra, todavia, Frederico Marques, que as regras do art. 249, §§ 1.º e 2.º, só não serão aplicadas para convalidar o ato *absolutamente nulo*, quando a hipótese for de ordem pública, como a da incompetência absoluta.

É que em tal situação o interesse tutelado pela regra processual violada não é das partes, mas do Estado, que representa o interesse público na relação processual.

É claro que só se poderá falar em ausência de prejuízo para a parte quando seja exclusivamente dela o interesse tutelado pela forma processual.

Por exemplo, a intervenção do Ministério Público em causa em que se discutam direitos de incapaz é determinada pela lei no claro propósito de melhor assistir seus interesses em jogo. Se, não obstante a ausência do Ministério Público, o incapaz ganha a causa, não há lugar para se falar em nulidade do julgamento.

A convalidação do ato nulo, portanto, na estrutura de nosso CPC (LGL\1973\5), ocorre: a) por preclusão, se a nulidade é relativa; b) pela coisa julgada, qualquer que seja a nulidade, salvo se for a nulidade *ipso iure* da própria relação processual; c) pela ausência de prejuízo processual para aquela parte a quem a nulidade aproveitaria.

Equipara-se, outrossim, à convalidação, a repetição do ato defeituoso, por ordem judicial.

Como se pode concluir, a não ser a nulidade absoluta que atinja o próprio processo (nulidade da relação processual, por fato ligado aos pressupostos processuais e condições da ação), todas as demais são, em princípio, passíveis de convalidação ou saneamento, quer pela ausência de prejuízo, quer pela conduta da parte prejudicada que consente no ato irregular, deixando-o consolidado, seja por declaração expressa, seja de forma tácita pela preclusão.³⁶

23. Meios de impugnação dos atos processuais nulos

Nenhuma nulidade opera automaticamente em matéria processual. Sem a decretação judicial, o ato, mesmo nulo, continua produzindo efeito sobre a relação processual.

No curso do processo, isto é, antes de aperfeiçoar-se a coisa julgada, os meios de provocar a decretação de nulidade são: a) incidente instaurado pela parte, em fala nos autos, ou em petição endereçada ao juiz, desde que não tenha ocorrido a preclusão; b) os recursos comuns e no cautelar (agravo, apelação etc.); e no cautelar c) a contestação, no processo de conhecimento, e os embargos, no processo de execução; d) a decretação *ex officio*, se a nulidade for absoluta.



Em todos esses casos, são pressupostos que condicionam a declaração de nulidade: a) a existência de um vício em algum dos elementos do ato processual; b) a demonstração de interesse jurídico na invalidação do ato, e de que a nulidade não é imputável a quem pede sua declaração; c) a falta de convalidação do ato viciado.³⁷

Se o processo já se encerrou, com solução da lide, a argüição de nulidade há de ser objeto de outro processo, já que inexistirá a relação processual primitiva para justificar o novo ato jurisdicional declaratório.

Esse novo processo poderá ser: a) a ação rescisória, se a sentença a anular tiver enquadramento numa das hipóteses do art. 485 do CPC (LGL\1973\5); b) qualquer outro processo, se a sentença for inexistente ou nulo *ipso iure*, porque, então, incorrerá a coisa julgada material.³⁸

24. Nulidade de ato processual e nulidade do processo

A questão mais importante, no campo das nulidades processuais, é, sem dúvida, a que diz respeito à validade e eficácia do processo já findo, cancelado por sentença do órgão jurisdicional.

O fim precípua do processo é a outorga de certeza jurídica a uma relação litigiosa, é a composição definitiva da lide, mediante definição e imposição da vontade concreta da lei à *res in iudicio deducta*.

A atividade processual é complexa. Reclama a instituição de uma relação jurídica dinâmica entre as partes e o Estado, a qual se desenvolve através de um encadeamento de sucessivos atos dos sujeitos processuais, desde a propositura da ação, até o encerramento final do feito, mediante a prestação jurisdicional, que se torna imutável e indiscutível, por força da *res iudicata*.

A aspiração maior do processo de conhecimento, portanto, é a *coisa julgada*, com que o sistema jurídico espera eliminar, de vez, a incerteza e os inconvenientes gerados, no convívio social, pela lide.

O processo é *relação jurídica* e os múltiplos atos que o compõem são atos jurídicos. Tanto o processo (visto como um todo), como os atos que propiciam sua formação e desenvolvimento rumo a prestação jurisdicional, têm de se aperfeiçoar em condições aptas a gerar a esperada eficácia jurídica.

Falhando os requisitos de validade, o ato não penetra no mundo jurídico, ou penetra defeituosamente, podendo ser atacado e desconstituído por quem deva suportar suas conseqüências.

É importante, em matéria de *nulidade* no direito processual, distinguir as nulidades dos simples atos processuais das nulidades do processo como relação jurídica, porquanto as primeiras, em regra, são superadas pela superveniência da *res iudicata*, enquanto as últimas impedem justamente a formação da coisa julgada.

A sentença *anulável*, após a *res iudicata*, pode ser atacada pela ação rescisória, prevista no art. 485 do CPC (LGL\1973\5). A sentença nula *ipso iure* ou inexistente não é objeto da ação rescisória, justamente porque a ação do art. 485 pressupõe a coisa julgada, que, por seu turno reclama o pressuposto de um processo válido.

Não são, realmente, as complexas teorias sobre as classificações e efeitos das nulidades dos atos processuais que irão, por si só, solucionar o problema magno da eficácia do próprio processo. O que é realmente decisivo é a detecção das condições e requisitos da validade e idoneidade do processo para atingir o clímax da *res iudicata*, porque se se alcançar tal desiderato pouco importa saber se um ou outro ato-parcela do procedimento foi omitido ou praticado irregularmente.

Em regra, as nulidades dos atos processuais - ensina Liebman - "podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo". E, "ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo".

"Há, contudo - adverte o notável processualista - vícios maiores, vícios essenciais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença, embora se tenha tornado



formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico" ³⁹

Em casos como o do processo julgado sem a presença do réu, e sem a sua regular citação, dá-se, no dizer de Liebman, a nulidade *ipso iure*, equiparável à inexistência, "tal que impede à sentença passar em julgado" (Lobão, Segundas Linhas, I, nota 578). E por isso que "em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma", tal se pode também nos embargos à execução". ⁴⁰

Não é difícil aceitar a nenhuma necessidade que se tem da rescisória para obter-se o reconhecimento da nulidade *pleno iure* de um julgado. ⁴¹ É, ainda, Liebman quem ensina que "todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior (por meio de recurso ou ação rescisória); e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente". ⁴²

São citados como exemplos de sentenças nulas *ipso iure* a do processo em que houve revelia e o réu não foi regularmente citado; a que não se pronunciou em presença de todos os litisconsortes necessários; a proferida por órgão incompetente, no plano constitucional etc. ⁴³

A *vexata quaestio*, no entanto, reside na determinação teórica da explicação de quais seriam, genericamente, os vícios que só ficam em torno dos atos-parcela, e quais os que atingem a própria relação processual, contaminando-a e tornando inviável a ocorrência da coisa julgada.

A meu ver, a explicação deve ser buscada no exame daqueles requisitos que a própria ordem jurídica impõe para legitimar a atuação da jurisdição, isto é, os pressupostos processuais e as condições da ação: se o defeito se limita a um requisito do ato-parcela, a nulidade será apenas do ato; mas, se o ato viciado era condição de *formação e desenvolvimento válido do processo* ou condição para obter-se a sentença de mérito, seu vício macula toda a relação processual e inutiliza in totum o esforço das partes e do juiz para atingir a meta da coisa julgada.

Na estrutura do nosso direito processual civil, pressupostos processuais e condições da ação são exigências lógico-jurídicas a serem satisfeitas a fim de que a jurisdição se manifeste com perfeição e legitimidade em torno de uma lide.

"Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte a requerer, nos *casos e formas legais*", diz o art. 2.º do CPC (LGL\1973\5). E o art. 3.º acrescenta que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Os "casos e forma legais" correspondem aos pressupostos processuais, e o "interesse e legitimidade" representam as condições da ação. Porque uns e outros são indispensáveis para autorizar a composição da lide em juízo, manda o art. 267, IV e VI, que o processo seja extinto, sem julgamento do mérito, "quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", e "quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

25. A relevância dos pressupostos processuais e das condições de ação

"Os defeitos pertinentes à relação processual e não particularmente a determinado ato do procedimento, defeitos, portanto, relacionados com os *pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo*, são defeitos que - no magistério de Calmon de Passos - alcançam o processo como um todo, se não removidos ou saneados". ⁴⁴

Quanto aos defeitos relativos às condições da ação, ensina o mesmo mestre, são defeitos insuscetíveis de sanção. ⁴⁵ Basta lembrar o caso de uma lide composta perante quem não é parte da relação jurídica material controvertida: que efeito pode ter tal sentença perante o verdadeiro interessado, isto é, o verdadeiro sujeito da lide?

"Processo *nulo* - escreve Frederico Marques - é o que desatende aos pressupostos de constituição válida e desenvolvimento regular da relação processual". ⁴⁶

A nulidade do ato sempre repercute, de uma forma ou de outra, sobre o processo, porque este nada



mais é do que um encadeamento dos diversos atos dos sujeitos da relação processual. Mas essa influência dos atos defeituosos nem sempre chega a afetar a eficácia do processo, porquanto se não se atingir um pressuposto de validade da relação processual, a nulidade do ato ficará superada, seja pelo saneamento, seja pela preclusão, inclusive da *res iudicata*.

Os vícios profundos, aqueles que atingem os pressupostos processuais e as condições da ação, esses, todavia, não se sujeitam à *preclusão*, nem deixam de macular o processo só pela errônea conduta do juiz que decide a lide, sem atentar para a inexistência de condições jurídicas para a sentença de mérito.

Aqui o plano é da ordem pública. Supera o dos interesses particulares, indo afetar a legitimidade do exercício da própria jurisdição.

Para o processo, que é uma relação jurídica de direito público, tais requisitos são elementos essenciais, que correspondem, em importância e função, à capacidade do agente e à licitude do objeto nos atos jurídicos do direito material. Assim como não pode valer, nem produzir eficácia alguma, o ato jurídico civil praticado pelo absolutamente incapaz, ou aquele que tenha como objeto uma ilicitude (ou um ato vedado pela lei), também não é dar-se efeito jurídico a um processo instaurado por parte que não tenha *legitimatío ad processum* ou ad causam, o que se julgado por quem não seja detentor da competência definida na Constituição Federal (LGL\1988\3), etc.

26. A nulidade insanável do processo julgado com inobservância de pressuposto processual ou condição da ação

Convém reconhecer que a posição que ora estamos adotando, de entender que *ares iudicata* não se pode aperfeiçoar no bojo de uma relação processual absolutamente nula, por ausência de pressuposto processual ou carência de ação, não tem sido objeto de afirmação ou estudo sistematizado pelos processualistas. A grande maioria reconhece a presença de nulidade absoluta do processo, mas se silencia sobre a conseqüência dessa nulidade após o julgamento de mérito, lembrando apenas um ou outro caso de evidente impossibilidade de eficácia do julgado, como da falta de citação do revel e o do processo julgado por quem não tem a investidura jurisdicional.

A censura que talvez se possa fazer ao nosso entendimento generalizador é o de que abre uma perspectiva muito ampla de ataque à eficácia da coisa julgada, pois essa deixará sempre de existir quando se descobrir alguma violação a qualquer pressuposto processual ou qualquer condição da ação.

A meu ver, porém, temos de guardar uma postura lógica diante do problema. Se tais requisitos são legalmente elevados à condição do exercício válido da jurisdição, tanto que a lei obriga, em sua falta, a extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC (LGL\1973\5), art. 267, IV e VI), a violação desses mesmos requisitos representa, de fato, sentença de mérito proferida por quem não dispõe, *in concreto*, de jurisdição.

Foi justamente pela inviabilidade de conceber a convalidação de uma comprovada ausência de pressuposto de validade da relação processual, que o CPC (LGL\1973\5) retirou as questões pertinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais do alcance do seu sistema de preclusões, ordenando que a ausência de semelhantes requisitos fosse conhecida e declarada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não julgado o mérito (CPC (LGL\1973\5), art. 267, § 3.º).

Ora, a coisa julgada é, na verdade, a última preclusão do processo, ou seja, a preclusão maior e final do processo. E, assim, também não pode atingir o vício fundamental do processo, porque, na realidade, tal vício estaria impedindo mesmo a formação da *res iudicata*.

Poder-se-ia dizer que o dispositivo invocado só previu o conhecimento dos pressupostos até o julgamento de mérito. Mas, se tal diz a lei não é para afirmar que o processo absolutamente nulo se convalidaria só por que o juiz, ilegalmente, proferiu a sentença de mérito, quando o que lhe competia era extingui-lo, sem prestar a tutela jurisdicional. O que diz o art. 267, § 3.º, é simplesmente que há um limite ao reconhecimento da ausência de pressupostos processuais, dentro da relação processual, e que esse limite é a sentença de mérito, simplesmente porque com ela o processo se extingue e se exaure a jurisdição (CPC (LGL\1973\5), art. 463). E é claro que, extinta a função jurisdicional, não pode mais o magistrado conhecer ou decretar a inexistência de pressupostos do



processo. Isto, contudo, não inibe a Justiça de examinar a validade de sua sentença em outros processos que se venham a instaurar a respeito da mesma lide.

O que se impõe, para adoção da tese que estamos defendendo, é o maior rigor possível na conceituação e delimitação das figuras que realmente devem ser tratadas como pressupostos processuais, para evitar que entre eles se incluam, indevidamente, situações que a lei e a doutrina consideram como simples impedimentos,⁴⁷ nem tampouco meras irregularidades formais, como as hipóteses de petição inicial inepta ou de inobservância de rito adequado. Na verdade, não podem ser considerados como pressupostos de validade do processo, para o fim que pretendemos, aqueles atos a que a lei, nos casos de vícios, admita convalidação, preclusão, ou dê um tratamento de simples anulabilidade, como se passa com a petição inicial e os impedimentos processuais.

Enfim, haveremos de ter como pressupostos processuais unicamente os requisitos sem os quais, de fato, a relação processual não tem condições de aperfeiçoar-se ou desenvolver-se validamente. Ficam, assim, de fora exigências do plano das formas, posto que estas, embora importantes, são sempre sanáveis. Mas, quando o vício da relação processual for insanável (como as questões de *capacidade* e legitimidade), nem mesmo a *res iudicata* material poderá funcionar como sanatória, pela simples razão de que não se pode conceber a coisa julgada sem o lastro de uma relação processual válida. Seria o supremo absurdo assentar a *res iudicata* sobre o nada jurídico que é o processo absolutamente nulo.

27. Síntese da proposição

Nosso entendimento, que colocamos, não como uma posição definitivamente assumida, mas como uma proposição submetida à meditação e melhor julgamento dos doutos, pode ser assim sintetizado: a) a nulidade dos atos processuais, quando não atinge pressupostos processuais ou condições da ação, é sempre sanada pela preclusão e totalmente superada pela *res iudicata*; b) a nulidade ipso iure do processo, inutilizando a relação jurídica processual, impede a formação da coisa julgada material, e permite, em qualquer tempo, a reabertura de processo regular sobre a mesma lide já anteriormente julgada, mas de forma ineficaz.

28. Conclusões

O processo é fundamentalmente *forma* de encontrar a solução do litígio, solução essa que há de ser aquela ditada pelo direito material.

A missão do processo é a de atuar como método para formulação ou atuação prática da vontade da lei (direito substancial) diante das situações litigiosas.⁴⁸

Na expressão vigorosa da mais atualizada ciência processual, cabe ao processo "servir ao direito",⁴⁹ não podendo ser desvirtuado, como ao tempo do praxismo, em barreiras ou obstáculos à pronta e completa aplicação do direito material.

As formas processuais são criadas pela lei como garantia da defesa dos direitos na situação de conflito. As nulidades, por defeito de forma, como exceção que realmente são, só devem ser reconhecidas quando, evidenciado que a defesa da parte sofreu concreta lesão.

Prodigalizar nulidades, mormente, por simples questões formais, importa subverter a tarefa gigantesca confiada ao processo, que é a da pacificação da lide, através da aplicação da lei à *res in iudicio deducta*.

Daí o acerto da posição doutrinária atual que lembra sempre que o processo existe primacialmente para alcançar, o mais célere possível, um provimento de mérito, e só excepcionalmente, e em último caso, é que se admite a extinção de uma relação processual por questões derivadas de vício formal.⁵⁰

Dentro desse enfoque, como já escrevemos na apresentação de nosso *Processo de Conhecimento*, duas verdades devem presidir o estudo e a elaboração das normas de direito processual: a) não se pode ignorar, e mesmo deve-se valorizar cada vez mais, a autonomia do direito processual, para aperfeiçoar-lhe os métodos e torná-lo mais eficiente na consecução de seus objetivos; mas, b) tudo que se aprimorar na fixação de normas e, princípios do direito processual há de ser feito sob o signo de torná-la instrumento cada vez mais útil à realização do direito material, como o mais valioso meio



de que se vale a soberania estatal para garantir a paz social.

29. Visão esquemática do sistema de nulidades processuais

Não há uma classificação sistemática única das nulidades em direito processual civil, mas sim diversos planos de visualização do problema dos vícios dos atos jurídicos processuais. Esses defeitos podem ser reunidos, pelo menos, em três grupos distintos, todos eles sujeitos a um sistema geral de princípios informativos peculiares ao processo civil, a saber:

I — Primeiro plano

<p>A) NULIDADES ABSOLUTAS (podem ser declaradas de ofício pelo juiz)</p> <p><i>Características:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. interesse público; 2. há presunção de prejuízo processual; 3. não preluem. 	} CASOS	<ol style="list-style-type: none"> a) defeito de forma, somente quando há expressa cominação legal; b) violação de pressuposto processual ou condição da ação.
<p>B) NULIDADES RELATIVAS (só podem ser declaradas a requerimento da parte prejudicada)</p> <p><i>Características:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. interesse particular do litigante; 2. dependem de demonstração de prejuízo processual efetivo; 3. sujeitam-se à preclusão, se não forem argüidas no momento oportuno. 	} CASOS:	vícios de forma, para os quais a lei não tenha cominado nulidade expressa.
<p>C) INEXISTÊNCIA (simples fato; não chega a configurar ato jurídico)</p> <p><i>Característica:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. falta de aptidão para produzir qualquer efeito; 2. insuscetibilidade de preclusão; 3. declaração <i>ex officio</i>. 	} CASOS:	falta de pressupostos materiais do ato, como: <ol style="list-style-type: none"> a) falta de procuração do advogado; b) sentença proferida por quem não é juiz; c) sentença sem processo etc.



II — Segundo Plano

- A) **NULIDADES INSANÁVEIS**: aquelas que afetam as condições da ação ou os pressupostos processuais e que, em razão de preclusão, não admitem mais a repetição do ato viciado ou o suprimento de sua falta;
- B) **NULIDADES SANÁVEIS**: as que, mesmo absolutas ou cominadas, ainda admitem, no sistema da lei, a repetição do ato ou o seu suprimento por outro ato equivalente.

III — Terceiro Plano

- A) **NULIDADES DE ATO PROCESSUAL**: as que afetam apenas algum ato da relação processual, sem comprometer o processo em sua totalidade;
- B) **NULIDADES DO PROCESSO**: as que atingem toda a relação processual. Conforme sua extensão, podem ser:
- | | | |
|--|-------|---|
| <p>1. <i>relativa</i>: sujeita à preclusão (vícios sanáveis pelo decurso do tempo)</p> | CASOS | <p>a) vícios de forma;</p> <p>b) defeitos sanáveis conforme previsão legal expressa;</p> <p>c) casos de rescisão de sentença;</p> |
| <p>2. <i>absoluta</i>: nulidade <i>pleno iure</i> (falta de pressuposto processual ou condição da ação);</p> | | <p>a) impedem a coisa julgada;</p> |
| <p>3. <i>inexistência do processo</i>: ausência de pressuposto material)</p> | | <p>b) podem ser reconhecidas a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.</p> |

IV — Quarto Plano

- PRINCIPIOS INFORMATIVOS**
(com incidência sobre todo o sistema de nulidades processuais)
1. princípio da instrumentalidade (prevalência do *fin* sobre a *forma*);
 2. *pas de nullité sans grief*;
 3. princípio de economia processual;
 4. princípio do interesse;
 5. princípio da preclusão;
 6. princípio do nexo de causalidade.

1. Lino Palácio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1977, vol. I, n. 150, p. 358.

2. *Diritto Processuale Civile*, 1947, vol. I, n. 61, p. 163.

3. Redenti, ob. cit., n. 62, p. 165.

4. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 1980, vol. I, n. 109, p. 542.

5. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., n. 110, pp. 552-553.

6. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., n. 112, p. 559.

7. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 3.^a ed., atualizada e anotada por Sálvio de



Figueiredo Teixeira, p. 145.

8. *Comentários ao Cód. Proc. Civ.*, 1974, vol. VIII, n. 209, p. 147.

9. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1947, pp. 182-183; no mesmo sentido: Sálvio de Figueiredo Teixeira, nota in *Manual Elementar de Dir. Processual Civil*, de Lopes da Costa, p. 285.

10. Ob. cit., p. 145.

11. *Derecho Procesal Civil*, 1970, vol. I, p. 320.

12. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., 1974, n. 234, p. 377.

13. Ob. cit., p. 186.

14. *Tratado da Ação Rescisória*, 1976, pp. 67-68, 74, 100, 103 e 114-115.

15. Ob. cit., n. 231, p. 374.

16. Ob. cit., n. 233, p. 376.

17. *Manual de Direito Processual Civil*, 1.ª ed., vol. II, n. 407, p. 119.

18. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1968, vol. I, n. 116, p. 215.

19. Couture, ob. cit., n. 235, p. 378.

20. Ob. e loc. cits.

21. Ob. cits., n. 236, p. 379.

22. Verbetes "Nulidades Processuais" in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 55, pp. 165-166.

23. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, 3.ª ed., vol. III, n. 273.3, p. 544.

24. Ob. cit., 251, p. 390.

25. Calmon de Passos, ob. cit., n. 273.6, p. 546.

26. *Despacho Saneador*, 1953, p. 131. No mesmo sentido Janyr Dall'Agnol, "Nulidade do Processo Civil por Falta de Intervenção do MP", in *Rev. Ajuris*, vol. 24, pp. 196-213. Sob o nome de "princípio da proteção", ensina Couture que "a nulidade só pode operar quando por causa dela ficam indefesos os interesses do litigante ou de certos terceiros a quem alcança a sentença. Sem esse ataque ao direito, a nulidade não tem por que reclamar-se e sua declaração carece de sentido". A consequência do princípio é que: "a) não existe impugnação de nulidade, em qualquer de suas formas, se não há um interesse lesado que reclame proteção. A anulação por anulação não vale"; "b) não poderá amparar-se na nulidade a parte que praticou o ato sabendo do vício que o podia invalidar" (ob. cit., n. 256, p. 396).

27. Calmon de Passos, ob. cit., n. 273.8, p. 547.

28. Ob. cit., p. 126.

29. Amaral Santos, ob. cit., p. 169.

30. Ob. e loc. cits.

31. Amaral Santos, ob. cit., p. 170.

32. Ob. cit., n. 252, p. 391.



33. Couture, ob. cit., n. 253, pp. 392-393.
34. Ob. cit., n. 410, p. 123. Sálvio de Figueiredo Teixeira faz excelente resumo esquemático das nulidades e seus efeitos no processo civil brasileiro, em nota às pp. 149-150, do *Manual* cit. de Lopes da Costa.
35. Frederico Marques, ob. cit., p. 122.
36. Couture, ob. cit., n. 252, p. 391.
37. Lino Palácio, ob. cit., I, p. 360.
38. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. cit., p. 221.
39. *Estudos* cit., p. 182.
40. Ob. cit., p. 183.
41. José Alberto dos Reis, *Cód. Proc. Civ. Anotado*, 1952, vol. V, pp. 123-124; Silva Pacheco, *Direito Processual Civil*, 1976, vol. II, n. 1.657, pp. 428-429.
42. Ob. cit., p. 186.
43. Cfr. Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Conhecimento*, 2.^a ed., vol. II, n. 623; Sálvio Figueiredo Teixeira, ob. e loc. cit.; Pontes de Miranda, ob. e loc. cits.
44. Ob. cit., n. 274.1, pp. 548-549.
45. Calmon de Passos, ob. cit., n. 274.2, p. 549.
46. Ob. cit., n. 405, p. 117.
47. Frederico Marques, ob. cit., n. 416, p. 130.
48. Cfr. Allorio, *Problemas de Derecho Procesal*, ed. 53, vol. II, p. 181.
49. Cfr. Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, ed. 1973, vol. I, p. 22; Fritz Baur, "Transformações do Processo Civil em nosso Tempo", in *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, 7/58.
50. Andrioli, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 1973, vol. I, n. 5, pp. 19-20.