

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DAS NULIDADES PROCESSUAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Sandro Marcelo Paris Franzoi*

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil – Nulidades processuais – Sistema de nulidades processuais – Nulidades cominadas e não cominadas – Princípios da finalidade e do prejuízo.

RESUMO: No atual diploma processual civil, bem como no anterior, percebe-se claramente a preocupação do legislador com a forma dos atos processuais, buscando sempre um caminho seguro e previsível para as partes, temperado por uma forte tendência em salvar processos. Todavia, a insuficiente regulamentação do tema gera infinitas controvérsias no mundo jurídico, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, bem como para os demais operadores do direito. Logo, de fundamental importância a demonstração de um sistema lógico e não casuístico de aplicação das nulidades processuais que aborde os conceitos e classificação dos vícios dos atos jurídicos processuais de modo a atingir a finalidade do processo, que nada mais é do que servir de instrumento para a aplicação do direito.

KEYWORDS: civil lawsuit – procedural nullity – system of procedural nullity – prescribed nullity and non-prescribed nullity - principles of purpose and loss.

ABSTRACT: On the civil lawsuit diploma one can clearly perceive the legislator's concern with the layout of the procedural acts, which is always aiming to a predictable safe path for both parts involved. However, the insufficient regulation of the subject creates infinite controversialities in the juridical world: to the doctrine, to the jurisprudence, as well as to the other law applicants. So, the demonstration of a logical, non casuistical system for the application of procedural nullities is of fundamental importance. Such system must deal with concepts and classification of vices of the procedural jurisdictional acts in order to reach the procedural finality, which is nothing but to offer the instrument for the application of the law.

* O autor é Bacharelando do curso de Ciências Jurídicas da Unipar – Campus Toledo.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo tratar de um dos temas mais controvertidos do direito processual civil brasileiro, as nulidades processuais.

Lembra ARAGÃO (1995), que o capítulo das nulidades é um dos mais árduos do nosso Código de Processo Civil, ensejando uma série de dificuldades.

A matéria impõe-se complexa e sutil, sendo que ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios e, nem tampouco alguém permanecerá em seu interior sem dúvidas, pois nada obstante a imperiosa necessidade de construir-se um caminho seguro e acessível a todos, infundáveis são as controvérsias (GOMES, 2000), que se verificam principalmente pela insuficiente regulamentação da matéria, pela promiscuidade que envolve o termo nulidade e pela abordagem diversa da do direito civil.

Em outros tempos, as formas e os atos substanciais indispensáveis à existência do processo eram taxativamente determinadas em lei e a sua inobservância acarretava a nulidade processual, é o que se verificava no regulamento 737 de 1850 e nos demais Códigos Estaduais.

O Código de 1939 libertou-se dessa errônea concepção, adotando conceitos mais amplos, que possibilitaram uma sistematização do tema. Essa sistematização deu-se pela inquietude do gênio de Galeno Lacerda em saber quando seria possível ou não sanar um vício ocorrente no processo.

“Num trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa” (ARAGÃO, 1995, p.256), Lacerda percebeu que a matéria naquele código se assentava em princípios gerais e elásticos, com predomínio das idéias de finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual, sendo esse sistema fundamentalmente mantido pelo vigente diploma processual civil.

Com isso, o mestre gaúcho, determinou 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” (LACERDA, 1990, p.72).

Com efeito, o legislador pátrio adotou uma posição intermediária entre a legalidade das formas e o arbítrio do juiz, sendo denominado por DALL'AGNOL JUNIOR (1985, p.417), de princípio da relativa relevância das formas legais, e que tempera a freqüente inobservância parcial das formas legais, já que em rigor “os atos devem exteriorizar-se de acordo como os modelos legais, porém, o afastamento eventual desses, desde que atingidos os fins, sem prejuízo a qualquer das partes, não implica, *ipso jure*, em invalidade”.

Como se vê, o tema é inquietante e há tempos tem suscitado controvérsias. Assim, sem a pretensão de exaurir o assunto, buscou-se aqui a abordagem do tema proposto, determinando um caminho seguro de aplicação das nulidades processuais.

2. Planos de projeção do ato jurídico

Antes de tratarmos do tema em apreço, parece-nos imprescindível uma breve análise do ato jurídico nos planos de projeção, a saber: existência, validade e eficácia, a fim de situarmos a matéria.

2.1 Plano de Existência

O campo das nulidades cuida necessariamente de atos existentes, interessando apenas saber se o suporte fático suficiente se compõe, ensejando a incidência. “Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano de existência, donde não haver fato jurídico” (MELLO, 1985, p. 94).

Logo, necessário se faz à consideração do ato em seu próprio ser (jurídico) antes da consideração de conformidade com o modelo legal (validade-invalidade) ou de sua aptidão para produção de efeitos jurídicos (eficácia-ineficácia) (MELLO, 1985).

Com isso, para integrar o sistema de nulidades o ato deve existir, pois o ato inexistente não é ato jurídico, mas simples fato, estando fora do regime das nulidades, pois.

2.2 Plano de Validade

Tem-se que o ato válido é o ato processual perfeito, formalmente adequado, que está em conformidade com o modelo legal, realizando-se no tempo e lugar adequado. Percebe-se então, que a nulidade relaciona-se ao problema da validade-invalidade do ato e não com a produção de efeitos, pois o ato pode ser válido e não produzir efeitos de imediato, (v.g., o edital, que mesmo estando perfeito, não é trazido aos autos) ou defeituoso e produzir efeitos e, por fim, o ato pode ser defeituoso e não estar apto a invalidação (v.g., meras irregularidades).

2.3 Plano da Eficácia

No plano da eficácia verifica-se a produção dos efeitos dos atos jurídicos e pressupõe-se a anterior passagem pelo plano da existência, porém, não necessariamente pelo plano da validade.

Contudo, parece-nos importante determinar que os atos viciados, nulos ou anuláveis “são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos, *mas de seus efeitos típicos*, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos” (WAMBIER, 1998).

3. Sistema de Nulidades Processuais

Feitas essas breves considerações, passamos a tratar da sistematização do tema que tem como fonte primeira e indispensável Galeno Lacerda, que seguindo as pegadas de Carnelutti extraiu do Código de 1939 um sistema positivo, que, integral ou parcialmente, vem sendo acolhido desde então pela doutrina brasileira.

“Com efeito, Carnelutti ensinava que não se identificavam todos os requisitos do ato processual” (DALL’AGNOL, 1990, p.15), distinguindo-os em necessários e meramente úteis, sendo que somente os necessários são essenciais para alcançar a finalidade prática do ato.

Com isso, o mestre italiano determinou que,

... a nulidade é estabelecida como consequência apenas da omissão dos requisitos necessários, mas não da omissão dos requisitos meramente úteis. À distinção entre os requisitos necessários e úteis

corresponde, por conseguinte, à distinção entre os vícios essenciais e não-essenciais ou acidentais; esses últimos são vícios relativos a requisitos simplesmente úteis. Os vícios essenciais classificam-se em vícios insanáveis, constituídos pelas nulidades absolutas, e vícios sanáveis, que tanto podem ser as nulidades relativas quanto às anulabilidades, enquanto os não-essenciais produzem apenas irregularidades (DALL'AGNOL, 1990, p.15-16).

A par das lições expostas, Lacerda ainda buscava algo de específico em relação às nulidades processuais, um *plus*, que denominou de “nota diferencial”, onde esclarece que “o que caracteriza o sistema de nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico” (LACERDA¹, 1953, citado por ARAGÃO, 1995, p. 257).

Esse é o fundamento do sistema de nulidades por ele desenvolvido, que assim foi concebido:

Se na norma prevalecerem fins editados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável do ato, que deve ser declarada de ofício pelo juiz, sendo possível a qualquer das partes invocá-la (LACERDA, 1990, p.72);

Se, contudo, “a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável”, surgindo “as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade” (LACERDA, 1990, p.72);

Se a norma for cogente, “a violação produzirá nulidade relativa”, e o juiz pode proceder de ofício, “ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimento da omissão (LACERDA, 1990, p. 72)”;

Se a norma for dispositiva, poderá resultar em anulabilidade; “como o ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de-ofício” (LACERDA, 1990, p. 73).

Como se vê, a chamada “nota diferencial” envolve dois aspectos: (a) a natureza da norma jurídica, ou seja, se cogentes ou dispositivas; (b) enfocada “em seu aspecto teleológico”, descobrindo qual o interesse prevalente, se público ou privado.

Concluimos, pois, com DALL'AGNOL (1989, p.49-50), que:

¹ Despacho Saneador. Porto Alegre, 1953.

... à base da sistematização encontra-se a classificação dos vícios em essenciais e não-essenciais, de sabor carnelutiano, ou seja, a infringência (ou afastamento) da norma jurídica. Em segundo momento, observada a "espécie" de vício, o jurista se fixa apenas nos essenciais, pois os únicos aptos à invalidação (...). Em outro momento, verificar-se-á a sanabilidade; em não o sendo, a nulidade é absoluta; caso contrário, ocorrerá nulidade relativa ou anulabilidade, conforme haja infringência de norma cogente ou afastamento de norma dispositiva. A possibilidade de sanção verificar-se-á pelo exame do "aspecto teleológico": tutela prevalente de interesse de parte ou de interesse público.

3.1 Nulidade Absoluta

Na nulidade absoluta, insanável por definição e via de regra cominada, infringe-se uma norma com predominante interesse público, que vicia o ato, o procedimento, sendo presumido o prejuízo jurídico na inobservância da forma traçada para sua prática.

Aqui, há violação não só do interesse da parte, mas principalmente da ordem jurídica e do interesse público, comprometendo a execução normal da função jurisdicional e, por conta disso, pode e deve ser declarada de ofício pelo magistrado (v.g., CPC, art.113; 82, II e III; 84; 246).

Com efeito, a nulidade absoluta não é sepultada nem pela coisa soberanamente julgada, ou seja, aquela que acontece após o decurso do prazo de dois anos para a ação rescisória (CPC, art. 495), pois como afirma LACERDA (1990, p.72) "o efeito saneador do prazo é fator estranho à natureza da nulidade. Ela permanece absoluta; o que desaparece é o direito de obter a declaração do vício".

3.2 Nulidade Relativa

Em se tratando de nulidade relativa, há infração a norma cogente que tutela preferencialmente o interesse da parte, podendo o juiz se pronunciar de ofício, sendo necessário à existência de prejuízo.

Ocorrendo infração, cabe ao juiz verificar se houve prejuízo à parte a quem interessa a decretação e, somente neste caso o julgador deve deconstituir o ato e seus efeitos, pois conforme dispõe o art. 249, § 1.º, CPC "o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte".

Cuida-se, pois, de vício sanável, e como exemplo lembramos a ilegitimidade processual provocada pela falta de capacidade, assistência ou representação (CPC, art. 13, I).

Sendo imperativa a norma que ordena a interação da capacidade, não pode o juiz tolerar-lhe o desrespeito. Como ela visa a proteger o interesse da parte, a consequência é que o vício poderá ser sanado. Daí decorre a faculdade de o juiz proceder de ofício, demandando o saneamento, pela ratificação do ato ou pelo suprimento da omissão (ARAGÃO, 1995, p.262).

3.3 Anulabilidade

A anulabilidade cuida exclusivamente de vício que resulta da violação de norma dispositiva, logo sua anulação só pode ocorrer mediante reação oportuna do interessado, sob pena de sanação, validando-se o ato e dando-lhe plena eficácia, sendo vedado ao juiz a apreciação sem provocação, (v.g., incompetência relativa, se o réu, no prazo de 15 dias, a contar da citação (CPC, art. 305), através de exceção (CPC, arts. 112 e 304), não alega a incompetência relativa, resulta 'prorrogada' a competência do juízo).

3.4 Irregularidade

Finalmente, resta-nos tratar da irregularidade.

Cuida-se de defeito não essencial, para o caso de deficiência do requisito que Carnelutti chamou de útil à técnica'. Trata-se de defeito que não diz respeito a requisito estrutural do ato, que não atinge a eficiência do suporte fático, mas tão somente a conduta infringente de norma instituidora de dever ao sujeito agente (DALL'AGNOL, 1990).

Pouca importância se tem dado a questão, notadamente pelo fato de que os exemplos lembrados são sempre os mais medíocres (v.g., falta de numeração e rubrica das folhas dos autos (CPC, art. 167)).

Talvez maior importância ao tema fosse dispensada se lembrássemos das hipóteses de mora na realização dos atos

processuais, ou até, erros materiais em resoluções judiciais, ou nas hipóteses de infração aos arts. 229 e 459, onde o dissenso é imenso.

4. Nulidades Cominadas e Nulidades não Cominadas

Conforme se infere da leitura dos artigos 243 e 244 do CPC, o nosso ordenamento jurídico distingue as nulidades em cominadas e não-cominadas.

MIRANDA (1997, p.355-356), com a precisão de conceito que o caracteriza, afirma que as nulidades cominadas são:

Nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria nulidade; nulidades não-cominadas, isto é, nulidades que resultam da infração de regras jurídicas processuais, mas para as quais não se disse, explicitamente, que a sanção seria a nulidade. Sutileza, dir-se-á. Mas tal sutileza é a expressão de princípio fundamental da teoria das nulidades segundo o Código de Processo Civil.

4.1 Nulidades Cominadas e Nulidades Absolutas

A doutrina brasileira, de um modo geral, entende que a nulidade absoluta se confunde com nulidade cominada, ou que não se distinguem nulidade relativa e nulidade não-cominada.

Permissa venia, a confusão deve ser afastada, pois o simples exame de alguns casos em que a lei comina de nulidade (arts. 11, parágrafo único, 13, I, 84, 113, §2.º; 214, 236, § 1.º, 246, 247, 618, 1.105 do CPC) demonstra, inequivocamente, que ela comina de nulidade casos de nulidade considerada absoluta (arts. 113, § 2.º), bem como casos de nulidades relativas (art. 11, parágrafo único, 13, I, 236, § 1.º).

Como se vê, há casos de nulidade absoluta cominada, todavia, não há identidade de hipóteses e sim concorrência de conceitos, do mesmo modo em que há casos de nulidade absoluta não cominada (v.g., art. 129, CPC, que tutela preferencialmente o interesse público, cuidando de norma cogente, pois busca coibir o processo fraudulento ou simulado).

De outro lado, assim como há casos de nulidade relativa cominada, as há que não são cominadas (v.g., art. 649, CPC).

Daí, acolher-se a conclusão do Professor MALACHINI (1977) ao afirmar que “não há identidade entre nulidade absoluta (ou de ordem pública) e nulidade cominada”.

Com efeito, é importante fixar que,

Aquilo que se encontra à base da distinção nulidades cominadas, nulidades não-cominadas não é o mesmo que se encontra sustentando a classificação das invalidades em nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades. Lá, importa apenas a consideração da existência (expressa) da cominação, ou não; aqui, a distinção se apóia na natureza da norma jurídica violada, considerada em seu aspecto teleológico (cogência-disponibilidade; tutela preferencial de interesse público ou de interesse individual) (DALL'AGNOL, 1989, p. 65).

4.2 Nulidades Cominadas e os Princípios da Finalidade e do Prejuízo

Com se sabe, o princípio da finalidade conclui pela desnecessidade da decretação da nulidade do ato que, embora afastado do modelo legal, tenha atingido seu objetivo, ou seja, realizado sua função. Já o princípio que trata do prejuízo reputa inviável a decretação da nulidade do ato defeituoso que não traga prejuízo à parte (KOMATSU, 1991).

Em uma primeira análise, quer parecer que os princípios se confundem, mas quando bem focados, revelam distinções. Veja que o prejuízo não pode ser conhecido senão em concreto; não há que se falar de prejuízo *a priori*. Todavia, o atingimento da finalidade pode ser pensado com antecipação.

O princípio da finalidade está estritamente ligado a questão da cominação. A lei prevê a nulidade quando o agente não deve afastar-se do modelo legal, por ser esse o único modo de atingir o escopo. O não atendimento ao modelo legal presume inatingimento do fim, sendo essa presunção *iure et de iure* de que o ato não alcançará seu fim (MALACHINI, 1978).

Logo, via de regra, às hipóteses de nulidades cominadas são aplicáveis as disposições contidas no art. 249 do CPC,

acolhedoras do princípio do prejuízo, não se aplicando as regras do art. 244 do CPC, expressão legal do princípio da finalidade, justamente porque a cominação importa em opção da lei por um modelo. O que afasta a aplicação daquele princípio é a circunstância de ser absoluta a nulidade e não por ser, eventualmente, também cominada (DALL'AGNOL, 1989).

5. Conclusões

Da análise das regras acima enunciadas se extraem importantes conclusões:

a. o art. 243 cuida das nulidades cominadas que não podem ser 'requeridas' pela parte, logo se aplica somente aos casos de anulabilidades e irregularidade, não compreendendo, pois, a inexistência e as nulidades absolutas e relativas, que podem e devem ser decretadas de ofício pelo juiz.

b. fora do alcance do art. 244, CPC, encontram-se somente às hipóteses de nulidades cominadas, pois em se tratando de nulidades não-cominadas, incide a regra, que não tem presente a natureza da norma em seu aspecto teleológico. Logo, nos casos de anulabilidades, nulidades relativas ou absolutas, incide o art. 244, CPC.

b.1. em se tratando de nulidade relativa cominada, aplica-se o disposto no art. 249, CPC, ou seja, não há que se falar em nulidade se não houver prejuízo.

b.2. as nulidades absolutas cominadas são insanáveis, pois para o legislador, nesses casos, a forma é mais importante do que o fim.

b.3. às nulidades absolutas não cominadas índice a regra do 244, CPC e não a do 249, CPC, pois o prejuízo é presumido.

c. a preclusão que alude o art. 245, CPC alcançara apenas as anulabilidades e irregularidades, afastando-se, pois, os casos de nulidades relativas ou absolutas, que o juiz dever conhecer e decretar de ofício.

d. não há identidade necessária entre nulidade absoluta e nulidade cominada.

e. devem ser consideradas relativas, por serem estabelecidas precipuamente no interesse da parte, as nulidades expressamente cominadas nos arts. 11, parágrafo único (falta de consentimento do cônjuge), 13, I (incapacidade processual ou irregularidade da representação das partes), 214 (falta de citação, ou sua nulidade), 236, § 1.º (publicação intimatória nula) e 247 (citação e intimações nulas).

f. devem considerar-se absolutas (ou de ordem pública), por outro lado, por serem estatuídas precipuamente em atenção ao interesse público, as nulidades cominadas nos artigos 84 e 246 (falta de intervenção do Ministério Público) e 113, § 2.º (incompetência absoluta).

6. Bibliografia

ARAGÃO, E. D. M. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed., v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALL'AGNOL Jr., A. J. Para um conceito de irregularidade processual. **REPRO**, v.15, n.60, p. 15-30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Invalidades processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1989.

GOMES, F. **Comentários ao código de processo civil**. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KOMATSU, R. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, G. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. **Despacho saneador**. Porto Alegre: 1953. *In.*: ARAGÃO, E. D. M. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed., v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MALACHINI, E. R. Das nulidades no processo civil. **RBDP – Revista Brasileira de Direito Processual**, v.12, n.12, p.13-31, 4 trimestre. Uberaba: Vitória Ltda, 1977.

_____. Das nulidades no processo civil. **REPRO – Revista de Processo**, v. 3, n. 9, p.57-70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed., Tomo 3, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed., 2 tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Recebido para publicação em: 03/09/2001

Aceito para publicação em: 10/10/2001