
NULIDADES PROCESSUAIS: O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PARÂMETRO DE SANABILIDADE DE ATOS PROCESSUAIS DEFEITUOSOS

PROCEDURAL NULITIES: THE DUE PROCESS OF LAW AS A PARAMETER FOR SANABILITY OF DEFECTIVE PROCEDURAL ACTS

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor (Processo Civil) do Curso de Graduação e do Curso de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

RESUMO

O tema das nulidades processuais, as quais são também chamadas de invalidades processuais, tem se mostrado como um dos assuntos mais desafiadores na área do processo civil. Alia questões sobre a duração razoável do processo e todos os direitos inerentes ao devido processo legal, o que gera debates em torno das formas de entender esse instituto.

Objetivo: compreender qual critério deve ser utilizado para distinguir o tipo de imperfeição que justifica a impossibilidade de produção dos efeitos de um ato e conseqüente reconhecimento da nulidade processual daquele em que esta não ocorre, dando-se sua superação.

Metodologia: Buscou-se reconstruir os pensamentos dos principais autores que tratam desse tema por meio de uma revisão bibliográfica e, com isso, destacar o que há de comum em todos eles: a necessidade de preservar os direitos fundamentais processuais e de evitar um exagerado formalismo processual.



Resultados: a separação das nulidades processuais em sanáveis e insanáveis, tendo por base o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal, além de ser a classificação que melhor atende a todos os princípios que decorrem desse direito fundamental, é a que proporciona mais segurança jurídica no trato da matéria.

Contribuições: A presente pesquisa aborda um dos temas mais difíceis, unanimemente considerado entre os doutrinadores especializados, no qual os obstáculos para a sua sistematização ficam evidentes: as nulidades processuais. Todos esses aspectos dão origem a divergências e resultam em conclusões dotadas de uma elevada dose de subjetividade, o que fragiliza o sistema legal brasileiro e ameaça a segurança jurídica.

Palavras-chave: Devido processo legal. Formalidades. Validade. Invalidade. Sanabilidade. Nulidades processuais. Ato processual.

ABSTRACT

The subject of procedural nullities, which are also called procedural invalidities, has proved to be one of the most challenging issues in civil procedure area. It allies questions about the reasonable duration of the process and all the rights inherent to due process of law, which generates debates around the ways of understanding this institute.

Objective: to understand which criterion should be used to distinguish the type of imperfection that justifies the impossibility of producing the effects of an act and consequent recognition of procedural nullity of the one in which it does not occur, overcoming it.

Methodology: to reconstruct the thoughts of the main authors dealing with this subject through a bibliographic review and so, highlight what is common in all of them: the need to preserve fundamental procedural rights and to avoid an exaggerated procedural formalism. It was possible to conclude that the separation of procedural nullities into remedial and insurmountable, based on respect for the constitutional clause of due legal process, in addition to being the classification that best meets all the principles resulting from this fundamental right, is the one that provides greater legal certainty in dealing with the matter.

Results: the separation of procedural nullities into remedial and insurable, based on respect for the constitutional clause of due process, in addition to being the classification that best meets all the principles that derive from this fundamental right, is the one that provides more legal certainty in dealing with the matter.

Contributions: the present research addresses one of the most difficult topics, unanimously considered among specialized scholars, in which the obstacles to its



systematization are evident: procedural nullities. All of these aspects give rise to divergences and result in conclusions endowed with a high dose of subjectivity, which weakens the Brazilian legal system and threatens legal security.

Keywords: Due process of law. Formalities. Validity. Invalidity. Sanability. Procedural nullities. Procedural act.

1 INTRODUÇÃO

Uma das afirmações mais recorrentes quando se trata de nulidades processuais, uma unanimidade entre os doutrinadores especializados, é a de que estamos diante de um dos temas mais difíceis de ser compreendidos, no qual os obstáculos para sua sistematização ficam evidentes.

Observa-se que, por qualquer lado que se procure compreendê-lo, as impossibilidades surgem, as quais podem ser assim destacadas: 1) falta de consenso em torno da classificação dos tipos de nulidades, o que gera diferentes consequências no plano material; 2) impossibilidade de compreensão do fenômeno desconsiderando a situação concreta, ou seja, a hipótese fática em que se dará o exame do ato processual; 3) falta de precisão do que é essencial em se tratando de regras formais.

Todos esses aspectos dão origem a divergências e resultam em conclusões dotadas de uma elevada dose de subjetividade, o que fragiliza nosso sistema legal e ameaça a segurança jurídica.

Apesar desses fatores, constata-se que existe um caminho comum majoritariamente adotado, que reflete um sentimento em torno da matéria: a necessidade de compreender que o processo é um meio, e não um fim em si mesmo. Por esse motivo, apregoa-se que, ao se verificar a existência de um defeito na formação do ato, a primeira coisa a se fazer é buscar sua superação. Caso esta se mostre inviável, ocorrerá o reconhecimento de tal defeito, a decretação da nulidade e o consequente impedimento de produção de seus efeitos, não sem isso estar acompanhado do sentimento amargo de perda de tempo e dedicação, com prolongamento do litígio.



A questão é que, na análise de quando isso ocorre, ou seja, quando se procura determinar que tipo de defeito justifica a decretação da nulidade processual e o conseqüente impedimento de produção dos efeitos do ato praticado, bem como que tipo de defeito não a justifica, há uma falta de clareza nas decisões judiciais, e isso torna frequente o uso de expressões com indicação de que foram observadas “peculiaridades do caso concreto” para justificar determinada decisão. Assim, o objetivo deste estudo é contribuir para o debate destacando o devido processo legal como um parâmetro para essa decisão. Para isso, utiliza-se de revisão bibliográfica de obras selecionadas que versam sobre o tema analisado.

A fim de abordar o tema, compreende-se que, em primeiro lugar, é necessário tratar do espaço das nulidades processuais no ordenamento pátrio, isto é, qual o seu ponto de partida, qual o seu *locus* na ordem jurídica positivada. Revelado isso, serão apresentadas quatro questões fundamentais: a substancialidade da forma do ato processual; a identificação deste com os atos jurídicos; o momento da análise dos requisitos formais; a consequência de tais requisitos no que diz respeito à eficácia do ato processual.

Por fim, após uma descrição das principais tipologias de nulidades processuais, serão apontadas algumas conclusões a respeito do tema destacando-se a necessidade de parâmetros mais concretos para a solução das situações em que se apresenta uma nulidade processual, especialmente a partir do processo decisório em torno da matéria.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL: NATUREZA CONSTITUCIONAL DAS FORMALIDADES PROCESSUAIS

Ao investigar qualquer instituto jurídico, primeiramente se deve explorar e compreender sua natureza jurídica, ou seja, sua razão de ser, e com as nulidades processuais não é diferente. É possível afirmar, em poucas palavras, que tal fenômeno pode ser definido como o estado resultante de uma desconformidade



ocorrida na elaboração do ato processual, e suas raízes mais profundas estão fincadas na cláusula constitucional do devido processo legal.

Isso ocorre porque uma das manifestações mais evidentes desse princípio é justamente o respeito à forma predeterminada em lei imposta por ele ao modo como os atos processuais ocorrerão, não se permitindo liberdade de proceder aos que atuam num processo, que venha a prejudicar o direito a uma tramitação justa e equilibrada. Resultado de um longo processo civilizatório, o devido processo legal é direito fundamental de primeira dimensão previsto em várias declarações e faz parte de nosso sistema constitucional¹.

Eis o principal alicerce da necessidade de observância das formalidades processuais, e estas nada mais são do que solenidades que proporcionam

[...] segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento, gerando expectativas de comportamento que são absolutamente indispensáveis para qualquer sistema processual. Caso os rumos do processo dependessem exclusivamente dos caprichos das partes ou do juiz, por mais prudentes, diligentes e bem intencionados que fossem, as incertezas de seus caminhos produziriam uma instabilidade completamente indesejável (CABRAL, 2010, p. 4).

Para esse autor, a referida forma funciona como “um freio legislativo aos impulsos humanos” (p. 5), de modo que “Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção de arbitrariedades” (p. 5).

Sua essência também é explicada por Calmon de Passos (2005). Após expor sua visão do direito como produto de uma valoração produzida pelo conjunto social, o autor menciona que, com o direito processual, tudo se passa de modo diverso em comparação com o direito material, já que o primeiro

[...] determina, sim, com antecipação uma forma de comportamento, e uma única forma de comportamento, interditando todas as demais. Nele, há uma

¹ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.



atividade predeterminada, não uma atividade tornada relevante entre muitas atividades possíveis. Somente o que prescreve é lícito (p. 75).

Ou seja, não é possível outra maneira de agir. Observe-se que, nesse caso, há um ponto comum entre as explicações para justificar a existência de um sistema normativo, que é a valoração de determinados fatos da vida como forma de tutelá-los. O que diferencia o direito material do direito formal é a compreensão de que, para além de todas as diferenças entre eles existentes, o modo de ser do ato processual tem uma especial peculiaridade, pois

[...] predetermina certa forma de atividade juridicamente relevante, mediante a qual os cidadãos devem reclamar-lhe a proteção de que se faz monopolizador e também pela qual ele mesmo, Estado-juiz, se compromete a adimplir a prestação da tutela jurisdicional que lhe é reclamada (CALMON DE PASSOS, 2005, p. 75).

Então, seja para controlar o poder no processo, seja para oferecer um caminho único na tutela dos direitos, chega-se ao mesmo ponto, que é a essência da forma e a necessidade de sua observância. Afinal, estamos tratando do processo de produção de direito por meio de normas de caráter geral ou de caráter particular – o direito aplicado pelo Estado-juiz. Segundo Calmon de Passos (2005, p. 76), “se dissociarmos o processo de produção do direito do devido processo constitucional de produção do direito, a ordem jurídica em que isso ocorra jamais poderá ser qualificada como a de um Estado de direito democrático”.

Portanto, nada mais evidente do que a afirmação de que violar a forma prevista para a exteriorização dos atos processuais (a formalidade) é desrespeitar a essência do devido processo legal e o princípio da legalidade (*rule of law*), o que compromete a pretendida e perseguida justiça do ato e do processo. Afinal, jamais será considerada justa uma decisão, se injusto for o caminho de sua construção.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à igualdade de importância existente entre as normas formais e as normas substanciais.

Sabe-se que o devido processo legal faz parte do processo civilizatório. Suas raízes são encontradas no movimento ocorrido na Inglaterra em 1215, quando ele foi



previsto pela primeira vez na *Magna Charta Libertatum*², promulgada nesse mesmo ano.

Daquela época até os tempos atuais, várias interpretações diferentes sobre o documento têm surgido. A mudança mais significativa diz respeito à ampliação desse importante direito fundamental de primeira dimensão e de caráter libertário. Se antes era compreendido apenas como freio a uma forma indevida, hoje é também considerado uma prerrogativa constitucional contra conteúdos abusivos de qualquer ato do poder estatal.

E isso abre espaço para a reflexão que se pretende fazer neste texto: o direito processual não pode ser compreendido unicamente a partir de uma visão procedimentalista do devido processo legal. As normas que tratam das formas processuais também revelam um forte conteúdo substancial, o que derruba qualquer hierarquia entre o que é formal e o que é material (= substancial).

Para analisar essa questão, destacam-se as lições de dois autores. O primeiro deles é Hans Kelsen (1998). Em sua obra intitulada “Teoria Pura do Direito”, ao tratar do direito material e do direito formal, ressalta o que chama de “conexão sistemática”, a qual é assim explicada:

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito têm de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições um determinado individuo funciona como juiz ou autoridade administrativa. É, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais (p. 256).

Há, conforme o autor, uma dupla função da norma jurídica: de um lado determinar o processo a ser observado e, de outro, o conteúdo a ser aplicado na

² “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-At%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 27 jun. 2020.



construção da chamada “norma individual”. Ambas são, como se observa, funções inseparáveis.

O segundo autor analisado é Luigi Ferrajoli (2011). Na obra “Principia Iuris”, apresenta um raciocínio que parte da distinção entre democracia formal e democracia substancial, em que a primeira cuida do “quem” e do “como”, isto é, das formas e dos procedimentos idôneos necessários para assegurar que as decisões sejam expressões da vontade popular, ao passo que a segunda cuida do “que”, vale dizer, do conteúdo, já que, no entender do autor, a concepção meramente formal da democracia não é suficiente.

Pode-se observar que, de acordo com esse autor, tal como para Kelsen (1998), o aspecto formal e o aspecto material são indissociáveis e fundamentais em qualquer manifestação estatal calcada em bases democráticas. Compreende-se que são duas caras da mesma moeda, e não só da democracia, mas também de todo o direito positivo, não se podendo renunciar a um sem que o outro seja afetado e comprometido.

Seja na teoria política, seja na teoria do direito, a dualidade entre forma e conteúdo sempre estará presente, assim como sua inseparabilidade, a tal ponto de, em determinados momentos, a própria norma de conteúdo formal assumir, quando violada, um aspecto material. No dizer de Ferrajoli (2011), opera-se uma metamorfose em que as normas formais aparecem destacadas como normas substanciais sobre a produção das decisões que são ditadas justamente sobre sua violação. Nesse sentido, revela-se um aspecto material (substancial) na norma até então apresentada unicamente como formal.

No que concerne ao direito processual, Cândido Rangel Dinamarco (2009) sintetiza essa questão ao lembrar a autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material. Contudo, aponta que isso

[...] não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas faixas de estrangulamento, ou momentos de intersecção entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (p. 105-106).



Diante do exposto, percebe-se que é comum, a uma primeira olhada, focar apenas o aspecto procedimental do devido processo legal quando se trata de análise das formas processuais e sua violação. Nesse sentido, pouco ou quase nada se trata do vínculo substancial, porém isso não significa que ele não exista, ao contrário, corrobora a necessidade de compreendê-lo e agregar a referida perspectiva ao exame das nulidades processuais e de seus possíveis efeitos, o que será um início de caminho para a construção de um entendimento do instituto em bases mais sólidas. É apreender o fenômeno e sua razão de ser em sua inteireza, e não apenas parcialmente.

3 OS ATOS PROCESSUAIS COMPREENDIDOS COMO ATOS JURÍDICOS: O MOMENTO DE EXAME DE SUA CONFORMIDADE E EVENTUAL DECRETAÇÃO DE SUA NULIDADE

Destacada a essência constitucional do respeito às formas processuais e sua concepção a partir do devido processo legal, o que nos afasta da afirmação de que “como” o ato processual deve ser feito é uma questão menor – habitualmente referida como “uma mera questão formal” –, é preciso pôr em relevo outro aspecto: a compreensão de que o ato processual é, em essência, um ato jurídico, e isso é determinante para identificar o momento do exame da nulidade.

Para compreender o ato jurídico nessa perspectiva, volta-se a Calmon de Passos (2005). Na base do pensamento do autor, está o entendimento de que a transformação do fato social em fato jurídico se dá a partir da “apropriação” daquele “por uma norma com os atributos de norma jurídica” (p. 16), motivo pelo qual o autor afirma que “sem um dizer prévio sobre a licitude ou ilicitude da conduta, impossível será cogitar-se de sua juridicidade” (p. 16).

Segundo esse autor, tal fato da vida apreendido pela normatividade terá um momento inicial (*a quo*) e um momento final (*ad quem*), que passam a ser denominados de “segmentos factuais” (p. 20), e, quando se referem ao agir humano, “são chamados de atos” (p. 20). Dessa forma, explica, “tudo depende, para ser



entendido como ato, do que se considerou como momento inicial e momento final da segmentação do contínuo de nossa vida” (p. 20).

Como se pode ver, Calmon de Passos (2005), além apresentar definições para o ato em si, procura situar conceitualmente cada um dos momentos do que pode ser denominado de estrutura executiva do ato jurídico, ou seja, seu desenvolvimento. Assim, para ele, tem-se, de início, um fato da vida – um suposto –, que é apreendido pela normatividade por meio da descrição de um tipo de conduta (*fattispecie*), o qual, por sua vez, será “o acontecimento ou acontecimentos, ato ou atos exigidos pela norma para que se tenha o suposto como configurado e exigível a consequência que lhe é associada” (p. 21), que nada mais é do que o retorno da situação ao plano da facticidade³.

Entendido, assim, o desenvolvimento do *iter* do ato processual (= ato jurídico), fica claro que ele também se submete aos planos de projeção do ato jurídico, que são três: plano da existência, plano da validade e plano de seus efeitos (eficácia), em que o último pressupõe a ocorrência do segundo, que, por sua vez, pressupõe o mesmo em relação ao primeiro. É a tríade existência, validade e eficácia, a qual representa momentos distintos e separados dos atos jurídicos (= atos processuais), bem como impõe a necessidade e a importância de compreender tais categorias em separado.

Portanto, constatada a existência do ato processual, passa-se ao exame do modo como tais elementos foram atendidos, isto é, o que diz respeito à sua validade (ou o plano da validade), “no qual o direito realiza a triagem entre os atos válidos e os atos inválidos ou não válidos. Já os eventos ficam confinados ao plano da existência. Eles jamais passam ao plano da validade, porque este envolve o elemento cerne do suporte fático – a vontade humana” (ASSIS, 2015, p. 1.619).

Eis o momento da análise da nulidade do ato processual, que claramente não se confunde com aquele da verificação da existência do ato.

³ Outro autor que descreve essa situação é Araken de Assis (2015), em sua obra “Processo Civil Brasileiro”, na qual ele ensina que o entendimento do assunto passa pela constatação de que os fatos – os eventos e as condutas que ocorrem no plano material – interessam ao direito, caso exista a previsão deles na norma jurídica. É o chamado suporte fático (*fattispecie*), e seu ingresso no mundo jurídico pressupõe o atendimento de certos elementos, de modo que, se há o preenchimento suficiente de tais elementos, o fato jurídico será existente.



São situações distintas e que foram objeto de contundente observação de Pontes de Miranda (2001): “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito” (p. 353). Em dado momento, sustentando a impossibilidade de negar a separação do que é inexistente e do que é nulo, o autor explica o seguinte: “dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar mudança de sexo ou abrir audiência na lua” (p. 353). É fato que tais exemplos usados já foram superados, mas a distinção entre inexistência e nulidade não o foi de forma alguma.

O tema também foi objeto de estudo de Calmon de Passos (2005), que salienta o elemento diferencial entre as conceituações do direito material com as do direito processual. Desse modo, para esse autor, enquanto a característica principal do direito formal é a predeterminação de formas, momentos, circunstâncias e atos que se sucedem em uma ordem de observância obrigatória, “o direito material é totalmente incapacitado para esse tipo de comportamento, limitado a predeterminar, apenas, e excepcionalmente, o que é proibido ou devido” (p. 90-91). E mais à frente conclui: “daí a relevância da inexistência material do suposto, dado que um não fato, e a extrema dificuldade em estremar o juridicamente inexistente do juridicamente inválido quando há o substrato material – o fato” (p. 91).

Olhando por essa perspectiva, fica clara a dificuldade de, em algumas situações, identificar quando se está diante de uma inexistência ou de uma nulidade. Cabe ressaltar que, no plano do direito material, a inexistência de um ato é simplesmente reconhecida pela sua não ocorrência, isto é, não houve o fato.

Diversamente, no direito formal, pode-se ter a ocorrência do fato (sua existência material), mas ainda assim ele ser visto como inexistente em termos processuais, ou seja, não há o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Calmon de Passos (2005, p. 97, grifos do autor), o ato inexistente

[...] é um não-ato, um ato falho, é um *quid facti* ou *juris*, que não pode produzir os efeitos jurídicos típicos perseguidos, não por um vício qualquer, que



impede a produção desses efeitos, sim porque desprovido da 'fisionomia' do ato do qual deveriam brotar aqueles efeitos, que faltaram, porque daquele ato não possui ele a característica essencial, a fisionomia particular.

A clareza das lições acima transcritas não deixa dúvida, mas ainda assim é oportuno seguir o caminho da evidenciação das diferenças entre inexistência e nulidades processuais.

Veja-se a categoria dos pressupostos processuais, definidos como exigências legais que devem ser atendidas, caso contrário, o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente e, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. Eles são divididos em dois grupos: 1) de existência – jurisdição e capacidade de ser parte; 2) de validade – inexistência de fatos impeditivos da relação processual, respeito às normas de procedimento, capacidade de estar em juízo, capacidade postulatória, competência e imparcialidade.

Não se desconhece aqui as críticas teóricas a esse conjunto de conceitos concernentes à relação jurídico-processual⁴.

Todavia, o objetivo neste estudo é utilizar os pressupostos processuais como um importante elemento teórico para demonstrar – mais uma vez – a diferença anteriormente reconhecida. Afinal, é inegável que “para que a relação processual exista juridicamente, alguns pressupostos são reclamados – a existência de órgão com jurisdição, capacidade de ser parte dos sujeitos e postulação. Faltando qualquer deles, pode existir materialmente algo, inexistirá, contudo, algo tipificável como processo” (CALMON DE PASSOS, 2005, p. 87).

Novamente se vê com clareza o que é uma inexistência, não havendo espaço para qualquer confusão com as nulidades, especialmente porque tais hipóteses

⁴ Quanto a essa relação, Luiz Guilherme Marinoni (2011), após afirmar que “não há qualquer racionalidade em aferir um pressuposto após a admissão da existência do objeto por ele condicionado” (p. 482), destaca que o que se coloca sob o abrigo do que se define como pressupostos processuais são requisitos que “não podem ser vistos nem como pressupostos de existência nem como pressupostos de validade do processo. Tais requisitos nem têm relação com a existência ou a validade do processo, mas sim com sua substância, ou melhor, com o mérito ou o pedido de tutela jurisdicional. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito; não o processo” (p. 485). Segundo o autor, “Tal compreensão aponta para uma visão que põe em destaque a necessidade de que tudo que diz respeito à forma deve ser compreendido como busca de um processo justo e conforme os direitos fundamentais e o Estado Constitucional” (p. 491), e está presente no Código de Processo Civil atual, como é o caso dos arts. 282, parágrafos 1º e 2º, 488 e 1.013, § 3º, e seus incisos.



representam situações jurídicas que incidem em momentos diferentes do caminho percorrido pelo ato processual, de seu nascimento à produção de seus efeitos. E é por isso mesmo que tais pressupostos podem ser de existência *ab initio* ou de validade, momento anterior à produção de seus efeitos.

Por último, note-se a situação do atual art. 104 do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Trata-se de dispositivo que regula a representação do advogado, o qual “não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente”. O § 2º desse artigo dispõe que “O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos”.

No CPC anterior (1973), esses atos eram identificados como “inexistentes”. Hoje, o termo empregado é mais preciso, e isso se dá por dois motivos: 1) na citada lei, não há uma ausência de capacidade postulatória, mas, sim, impossibilidade de que ela produza seus efeitos naquele processo, já que está submetida a uma condição de eficácia, a saber, a sua apresentação na forma e no prazo legal; 2) é assim que está disposto no art. 662⁵ do Código Civil (2002), e não é desimportante que as legislações formais e materiais guardem coerência de comandos.

Não se discute a propriedade da alteração feita na lei, mas, apenas para valorizar o debate, pode-se dizer que foi desnecessária, pois a inexistência antes referida pelo legislador era a processual, e não a material. O que se pretendia era deixar claro que o ato não seria reconhecido e se constituía como um não ato.

Em razão de todas essas questões, entende-se ser possível afirmar que a inexistência se situa fora do regime das nulidades e está em plano anterior a ela.

⁵ “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar” (BRASIL, 2002).



4 O QUE É UMA NULIDADE PROCESSUAL

Antes de tratar propriamente do conceito de nulidade processual, e na linha do que foi abordado na seção anterior, é preciso dizer que a compreensão do ato processual como um ato jurídico e o reconhecimento desse último como seu ponto de ancoragem não significa qualquer adesão a uma visão privatista das nulidades quando analisadas no processo.

Que há uma precedência histórica do direito privado não há dúvidas. Mas, ainda que assim seja, é necessário mencionar que há muito tempo o direito processual construiu sua autonomia como objeto de estudo, o que lhe garante conceitos, métodos científicos e institutos próprios, em razão dos quais acabou se distanciando de qualquer outra disciplina, constituindo-se um campo de estudo próprio e específico.

Isso não afasta a compreensão de que haja uma “relação circular” (DIDIER JR., 2015, p. 39) entre o direito material e o direito formal. Como assevera Dinamarco (2009), o sistema processual é reflexo da ordem jurídico-material. Assim, de acordo com esse autor,

[...] é natural que as normas substanciais e os elementos concretos de cada causa trazida a juízo (qualidade das partes, fundamento jurídico-material, natureza do bem pretendido, etc.) alguma influência projetem sobre o modo como em cada caso os institutos processuais se comportam. Varia muito o grau dessa intensidade e institutos existem que não recebem qualquer influência perceptível ou relevante, como a forma dos atos processuais (CPC, arts. 188 ss.), nulidades (art. 276 etc.) (p. 110).

Se houve influência, hoje não há mais. Tanto é verdade que, na análise das nulidades ocorrentes em outras áreas, especialmente no direito civil, percebe-se o seguinte:

[...] a nulidade priva o ato de toda eficácia, independentemente de desconstituição ou decretação judicial. O ato nulo em tese não produz efeitos. No direito processual, ao revés, a situação é diversa. Enquanto não pronunciada a nulidade, o ato produz efeitos validamente e a relação processual se mantém, podendo ocorrer inclusive sanatória do vício pela coisa julgada (CABRAL, 2010, p. 20).



Isso acontece porque o processo é ramo do direito público, de modo que o sujeito, destinatário do ato e diferentemente do que se dá nas relações privadas, não tem o poder de deixar de se submeter ao ato emanado pelo Estado-juiz, é indisponível a ele, e a privação dos efeitos do ato somente ocorrerá depois da pronúncia do juiz.

Para Dinamarco (2009, p. 110), “A relação entre Estado e indivíduo, exercendo aquele o poder e estando este em estado de sujeição, impede que a pessoa faça seu próprio juízo sobre a regularidade do ato e conclua por mostrar-se indiferente a ele”.

O nulo somente será nulo após o reconhecimento judicial, o que leva a uma segunda observação antes de tratar do conceito de nulidade: os atos processuais praticados possuem uma presunção de validade, da qual decorre uma validade *prima facie* deles.

A esse respeito, Cabral (2010, p. 189) esclarece que

[...] as preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. Todavia, posto que não definitivas, as prioridades normativas têm o efeito de impor um ônus argumentativo em prol do interesse aprioristicamente protegido ou priorizado pelo legislador. Se o magistrado deseja infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O Juiz deve ter ‘razões mais fortes’ para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma.

É o que se vê no chamado “princípio do aproveitamento dos atos processuais”⁶, que inegavelmente manifesta uma “meta legislativa” de salvamento dos atos processuais apontando para sentido contrário ao da pronúncia da nulidade, o que ocorre não só na legislação atual, mas desde antes. Pontes de Miranda (2001), ao analisar a matéria em seus comentários sobre o CPC de 1973, afirma que, sem dúvida alguma, a preocupação do legislador foi maior com regras jurídicas contrárias às nulidades ou à sua decretação: “O legislador traduziu bem o seu propósito político de

⁶ Art. 283 do CPC/2015: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte”.



salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo [...]” (p. 353). Daí a conclusão de validade dos atos *prima facie*, pois o sistema é feito para não ocorrerem nulidades, o que desfavorece seu reconhecimento.

Além disso, há outra questão que merece destaque: além da necessidade de manifestação estatal para o reconhecimento da nulidade e da presunção de validade do ato processual (validade *prima facie*), é preciso levar em conta no contexto das nulidades que os atos processuais não são analisados apenas por si mesmos, mas também como elementos participantes de uma cadeia de eventos. Afinal, “o processo é composto de atos sucessivos e interdependentes, unidos por uma coesão finalística indissociável” (CABRAL, 2010, p. 21).

Essa é mais uma diferença entre o direito material e o direito formal. O ato processual sempre está inserido em uma cadeia de atos, nunca é visto de forma isolada por si apenas. Ele é gerado a partir de um outro ato processual e serve de pressuposto para o seguinte. Isso porque, segundo Gonçalves (2014, p. 15), os atos processuais “inserir-se na cadeia do procedimento que se vai construindo, vai-se elaborando, vai-se criando, em seu movimento próprio, em que interfere, como atos que o elaboram, conjuntamente, o juiz, as partes, o MP e, eventualmente, o terceiro”.

Feitas essas considerações iniciais que salientam elementos fundamentais para o entendimento do todo, o momento é de compreender o significado de nulidade processual.

Trata-se de expressão que tem sido utilizada em vários sentidos, o que obviamente gera dificuldades de compreensão de seu significado e sua aplicação. No dizer de Gonçalves (2014, p. 3),

O termo nulidade tem sido empregado indiferenciadamente tanto para designar uma categoria jurídica, que se faz objeto de uma teoria, como para significar uma consequência jurídica – a sanção que torna ineficaz o ato processual –, como para denotar uma qualidade negativa que adere a um ato processual, como se fosse o defeito do ato, sendo equiparada ao próprio vício que o atinge.

Dos três empregos do termo, os dois primeiros são perfeitamente possíveis e não sofrem críticas, como ocorre em relação ao terceiro, o que se faz com base nas



palavras de Pontes de Miranda (2001) citadas por Didier Jr. (2015, p. 404): “Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença”.

Por isso, é correto afirmar que a nulidade (qualidade do nulo) “é uma consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir” (GONÇALVES, 2014, p. 3).

Na mesma linha, Assis (2015, p. 1.629), ao criticar o uso da expressão “nulidade”, que foi a utilizada pelo legislador, assevera que esta não é o vício do ato, mas, sim, a sanção a ele aplicável. Em outras palavras, nulidade é o estado decorrente da invalidação (é a sanção), que se dá na medida em que o ato processual se constituiu fora de seu modelo legal.

Destarte, ocorrendo o vício, há a possibilidade (a potencialidade) de que tal vício gere um ato nulo que, por sua vez, resulte em uma nulidade, já que ato viciado (o vício em si)

[...] não deve ser confundido com o ato nulo. O primeiro é aquele ato que padece de defeito nos seus requisitos (âmbito de validade); o segundo apresenta-se quando o vício que contaminou o ato concretizou-se em pronunciamento de invalidade (decretação de nulidade) (CAVANI, 2016, p. 1.489).

Compreender dessa forma é fundamental para – além da precisão terminológica – entender o caminho entre a desconformidade e seus efeitos no plano material (processual), o que mais uma vez evidencia a existência de dois planos distintos: o do defeito (a desconformidade) e o de sua consequência.

Assim, em síntese: 1) somente haverá um ato nulo, e por consequência uma nulidade, quando o vício gerou um pronunciamento de nulidade e eliminou sua eficácia; 2) a existência do vício em si não resultará, em todos os casos, em ato nulo; 3) sanável é o vício, e não a consequência.



5 AS NULIDADES NO PROCESSO CIVIL E SUA TIPOLOGIA

Segundo análise da legislação brasileira, foi no CPC de 1939 que surgiu a forma atual de compreender as nulidades e seus efeitos, pois ali é que a matéria foi tratada de forma inovadora. No sistema anterior, o Regulamento 737, de 1850, havia uma descrição das nulidades que poderiam contaminar o ato processual, método abandonado a partir do século passado.

O legislador, de modo acertado, chegou à conclusão de que é impossível prever todas as formas possíveis e imagináveis de violação da norma jurídica. Além disso, é preciso deixar alguma margem de liberdade para adaptação de novas e melhores formulações que surgem com o passar dos anos e com o aprimoramento da técnica processual.

Conforme explica Dinamarco (2009, p. 610),

Racionalmente, o legislador toma consciência de sua própria falibilidade e, renunciando à utópica aspiração a um *numerus clausus* completo e sem omissões, resigna-se a especificar apenas algumas hipóteses em que o ato será nulo e, no mais, deixa ao intérprete a avaliação da aptidão de cada um deles a produzir o escopo para o qual foi concebido.

Ao proceder a uma revisão bibliográfica sobre o tema, percebe-se ter sido com base nesse modelo inovador, o qual seguiu presente em todas as legislações posteriores, que vários autores brasileiros apresentaram teorias delineando o tema das nulidades no processo civil brasileiro, com objetivo de sistematizar sua compreensão.

Começa-se por Galeno Lacerda (1953) que, nas palavras de Egas Dirceu Moniz Aragão (2004), foi quem desvendou o sistema adotado pela lei à época vigente e identificou quatro pontos fundamentais no trato da questão: finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual.

Com isso, menciona Aragão (2004), surgia a possibilidade de abandonar o subjetivismo que, até então, existia no trato da matéria.

Para esse autor, é a partir do trabalho de Lacerda (1953) que ocorre a primeira classificação das nulidades processuais, o que se dá a partir do tipo de vício, com



larga utilização na doutrina brasileira: inexistência, nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades e meras irregularidades. Essa classificação emprega de modo muito claro dois critérios: a natureza da norma violada (cogente ou dispositiva) e o interesse tutelado (público ou privado).

Vencida a primeira categoria, a inexistência, que já foi objeto de exame no presente estudo, trata-se das nulidades absolutas, nas quais há um vício mais grave (violador de norma cogente) em que prevalece o interesse público a respeito do qual as partes não têm qualquer poder de disposição e, por isso, devem ser declaradas de ofício pelo juiz (LACERDA, 1953).

Exemplos delas no CPC/2015 são: falta de fundamentação adequada (art. 489, § 1º); sentença *extra petita* (art. 492); falta de título adequado para embasar o processo de execução (art. 803, I); violação de competência absoluta; reconhecimento de falta de pressuposto processual (art. 485, § 3º, IV), entre outros. São vícios insanáveis.

As nulidades relativas são aquelas em que a norma violada diz respeito ao interesse da parte, sendo o vício do ato sanável. Nesse aspecto reside sua principal diferença com as nulidades absolutas, nas quais o vício é insanável. Necessitam que a violação seja de norma cogente. Nesse caso, o juiz está autorizado a, de ofício, determinar a correção do ato (LACERDA, 1953). Ao contrário das absolutas, em que o vício não pode ser corrigido pelo juiz, o qual se limita a decretar sua ocorrência, na relativa há a possibilidade de sanar o erro de ofício, mesmo que as partes nada tenham dito.

Exemplos dessas nulidades no CPC/2015: penhora de bens absolutamente impenhoráveis (art. 833); defeito de representação (art. 76); citação em período de gala (art. 244, III, a qual poderá ser suprida na forma do art. 239, § 1º), além de outros. São, portanto, vícios sanáveis.

Quanto às anulabilidades, que são raras no processo civil, há uma violação de norma dispositiva, de modo que o ato fica na esfera de disposição da parte e sua anulação somente poderá ocorrer mediante reação do interessado, sendo vedada a atuação de ofício do juiz (LACERDA, 1953, p. 73).



Seus exemplos no CPC/2015: impenhorabilidade relativa (art. 834); ordem de oitiva na audiência (art. 361); falta de alegação de convenção de arbitragem (art. 337, § 6º); violação do art. 486, § 2º, e outros. Elas têm a mesma característica essencial das nulidades relativas: são também vícios sanáveis.

Por fim, Lacerda (1953) aponta as meras irregularidades – aquelas em que a violação da norma processual não gera qualquer consequência. São defeitos mínimos, por exemplo: não usar vestes talares durante a sessão de julgamento; numeração equivocada das fls. do processo – art. 208; descumprimento dos prazos do art. 226; erro material da sentença – art. 494, I, entre outros.

Essa classificação é aceita tanto por Aragão (2004) quanto por Assis (2015). Entretanto, dois autores divergem dela parcialmente: Humberto Theodoro Júnior (2015) e Cândido Rangel Dinamarco (2009), cabendo a esse último explicitar o motivo da discordância: a impossibilidade de aceitação da anulabilidade em direito processual civil. Afinal, diz ele, “A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável” (p. 607-608), categorias que entende circunscritas e próprias do direito privado. Mais à frente, é enfático ao afirmar que: “muito diferentemente se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa” (p. 608).

Diante disso, tais autores sustentam uma classificação um pouco diferente: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas (normas de interesse da parte, não conhecíveis de ofício e que devem ser arguidas na primeira oportunidade de manifestação) e meras irregularidades.

Em linha semelhante, Didier Jr. (2015) apresenta uma classificação que difere fundamentalmente da anterior na nomenclatura, já que, em sua compreensão, há somente uma categoria que importa, que é a das invalidades processuais. Por isso, a distinção que deve ser feita é a partir dos tipos de defeito processual, os quais são apresentados a seguir, e não dos tipos de invalidade:

- 1) defeitos processuais que apresentam invalidades e que podem ser decretados de ofício, mas, se a parte nada disse na primeira oportunidade, há preclusão – caso da citação defeituosa em que há apresentação da



resposta ou, ainda, do foro de eleição, contudo não arguido pela parte).
Incluem-se, no quadro anterior, como nulidades relativas;

- 2) defeitos processuais que podem ser decretados de ofício. São as invalidades que decorrem de desrespeito às normas de procedimento. Não há preclusão e se colocam – na classificação anterior – como as nulidades absolutas;
- 3) defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São os defeitos mínimos chamados por muitos como irregularidades, por exemplo, não usar a toga durante a sessão de julgamento no Tribunal;
- 4) defeitos processuais que geram invalidade e que não podem ser decretados de ofício. São aqueles que tutelam interesses particulares e, por esse motivo, devem ser requeridos pela parte na primeira oportunidade em que lhe cabe falar nos autos. Se não o fizer, dá-se a preclusão (exemplo: art. 337, § 6º, CPC/2015). Inserem-se entre as anulabilidades na classificação anteriormente apresentada.

Outra classificação que tem espaço na doutrina é a que divide as nulidades em cominadas (expressas) e não cominadas (implícitas).

Ainda que mencionada no art. 276 do atual CPC⁷, é apontada como superada e irrelevante na atualidade. Como destaca Assis (2015), a invalidade somente será inevitável quando, além de cominada, for absoluta, mais por ser esta do que por ser aquela. Desse modo, poderá haver nulidades absolutas cominadas, nulidades absolutas não cominadas, nulidades relativas cominadas e nulidades relativas não cominadas.

Ademais, para muitos, a separação entre nulidades cominadas e não cominadas é uma classificação que remete ao já mencionado Regulamento 737 de 1850 e, assim, permanece de modo inadequado em nosso sistema processual.

Quem levou essa distinção em consideração foi Pontes de Miranda (2001, p. 355-356), ao ensinar que

⁷ “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”



No sistema jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tal como antes, há distinção que está à base mesma da sua teoria das nulidades: nulidades cominadas, isto é, nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria a 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.

Outra classificação, que tem elementos em comum com as anteriores, mas contém um aspecto que se compreende ser fundamental e que a diferencia das demais, é aquela apresentada por Calmon de Passos (2005). Para o autor, após substancial análise, na qual não levou em consideração a proposta de Galeno Lacerda (1953) porque dela não tinha conhecimento quando elaborou a sua, não há que se falar em categorias de nulidades, como as já tratadas neste estudo.

O pensamento de Calmon de Passos (2005, p. 101) baseia-se na compreensão de que “há somente, no sistema processual brasileiro, atos perfeitos e atos defeituosos, atos desviados do tipo, atos atípicos, que podem sofrer a sanção da nulidade, satisfeitas determinadas condições previstas na lei, tornando-se ineficazes”. Isso porque, em sua visão, é “incompreensível e desnecessário falar-se em concomitância de nulidade e eficácia maior ou menor, menos ou mais relevante” (p. 107), já que, como mencionado anteriormente, a imperfeição por si só não gera ato nulo, especialmente em face da necessidade de pronunciamento judicial para tanto.

Em relação a esse aspecto, o autor explica o seguinte:

Todavia, porque imperfeito, a lei, que dá ao tipo relevância jurídica, fá-lo suscetível de impugnação, para, mediante pronunciamento judicial, merecer ou não a sanção de nulidade, isto é, sua transformação de ato defeituoso, atípico, irregular em ato nulo, ato ineficaz ou, inclusive, autoriza seja ela decretada de ofício (p. 107).

Ainda para esse autor, dessa forma, é possível concluir que, quando diante de um ato defeituoso,

Não se trata, propriamente, como em geral pretendido, de maior ou menor intensidade do defeito, mas sim do defeito que merece ou não a sanção de invalidade, levando-se sempre em conta os fins de justiça do sistema, ou



mesmo o fim particularmente perseguido pelo ato, na sua especificidade (p. 111).

Por fim, tem-se um olhar atento ao trabalho de Cabral (2010), que segue em linha semelhante ao de Calmon de Passos (2005). A par de uma série de considerações importantes que ressaltam a perda do caráter absoluto da forma e da existência de, cada vez mais, manifestações no sentido de que todas as nulidades são sanáveis e todos os atos do processo devem ser aproveitados, aponta Cabral (2010):

[...] a única classificação das invalidades racionalmente identificável e praticamente útil ao processo é aquela que pretende dividi-las em nulidades sanáveis e insanáveis. Em verdade, a classificação seria mais bem adequada se dissesse respeito aos defeitos, e não às invalidades. Como toda nulidade depende de decretação (o nulo processual só o é depois de assim proclamado pelo juiz), o que é sanável ou insanável é o defeito, o vício, e não a nulidade. Esta é sempre apenas possível. De qualquer forma, a sanabilidade é o único dado útil que autoriza uma classificação, não a espécie da norma, o interesse protegido, a cognoscibilidade de ofício etc. (p. 189).

A seguir, trata-se das principais sistematizações do assunto, restando agora o desafio de compreendê-las no contexto constitucional e legislativo atual.

6 AS NULIDADES PROCESSUAIS E OS PARÂMETROS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como já citado neste trabalho, algumas das classificações propostas pela doutrina brasileira efetivamente apresentam dificuldades quando se aprofunda em seu exame.

É o caso da classificação que separa as nulidades em cominadas e não cominadas, tema já abordado na seção anterior pela lição de Assis (2015). Reforça-se essa compreensão com o colocado por Eduardo Scarparo (2016), ao dizer que, apesar da existência de dispositivos com a expressão “sob pena de nulidade” (p.



1.457), que é o caso do art. 276 do CPC/2015⁸, deve o intérprete deliberadamente não lhe dar qualquer significado relevante quando da respectiva aplicação. Afinal, segue o autor, “assim proceder será indispensável para que a compreensão do sistema de invalidades processuais ocorra na perspectiva valorativa que o atual estágio de desenvolvimento do pensamento jurídico processual exige do tema” (p. 1.458).

Dito isso, outra classificação, também apontada como superada, é aquela que inclui as anulabilidades entre as nulidades (ARAGÃO, 2004; ASSIS, 2015; LACERDA, 1953).

Aqui, novamente cabe lembrar o que já foi defendido por Dinamarco (2009, p. 607): “A anulabilidade é categoria típica do direito privado, e não cabe na técnica condizente com o direito processual, que se situa no campo do direito público, e onde o nulo sempre dependerá da manifestação judicial”.

O particular, ante o poder do Estado e ao contrário do que ocorre nas relações privadas, não tem a liberdade de se desvincular dos efeitos do ato processual sem que o Estado-juiz reconheça o defeito e suste seus efeitos. Por essa razão, também não há como aceitar a anulabilidade.

Outra sistematização – a mais utilizada – é a que divide as nulidades processuais em absolutas e relativas, além das inexistências e das irregularidades, as quais não são objeto de discussão deste estudo. No tocante a essa divisão, a resistência que surge aponta para a dificuldade de utilizá-las quando se está diante de uma ou de outra, o que logicamente importará aplicação de diferentes soluções.

É exatamente isso o que ocorre com o princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 277 do CPC/2015: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

De um lado, há os que sustentam que essa norma não se aplica às nulidades absolutas, pois nelas há uma presunção de prejuízo, a qual é suficiente para a

⁸ “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”



decretação da nulidade. Sendo assim, a finalidade nunca será atingida ante a imperfeição existente. De outro, há os que defendem ser tal norma aplicável a todos os tipos de nulidades, já que

[...] só se pode prestigiar a forma no Estado Constitucional de Direito na medida em que sirva à segurança jurídica e à liberdade das partes – fora daí, observá-la a qualquer custo importa em fetichismo formal, absolutamente condenável em um sistema processual que consagra como regra a instrumentalidade das formas dos atos do processo (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2015, p. 292).

Colocadas essas objeções, surge como mais adequada ao momento atual a proposta de Calmon de Passos (2005), estudada e aperfeiçoada por Cabral (2010), Ambas as propostas foram destacadas neste estudo, mas merecem nova referência, especialmente a desse último autor, segundo o qual “a única classificação das invalidades racionalmente identificável e praticamente útil ao processo é aquela que pretende dividi-las em nulidades sanáveis e insanáveis” (CABRAL, 2010, p. 189). O autor conclui mais à frente que “a sanabilidade é o único dado útil que autoriza uma classificação, não a espécie da norma, o interesse protegido, a cognoscibilidade de ofício etc.” (p. 189).

A opção por ela se dá por duas razões. A primeira delas é a inegável consolidação da ascendência normativa da Constituição e dos princípios nela estabelecidos, como é o caso do princípio do devido processo legal. Daí decorre uma hierarquia normativa que impõe a observância obrigatória do regramento superior, seja para a edição de outras normas, seja para a interpretação de todas elas.

A segunda razão é que, como consequência da primeira, desenvolveu-se não só um robusto trabalho interpretativo, o qual aprimorou a compreensão do que é um processo justo, mas também impulsionou a criação de uma base legislativa que tornasse mais efetiva essa exigência. E nessa linha é que foi editado o atual CPC. Nele, em total sintonia com as disposições constitucionais, há menção expressa aos direitos processuais que decorrem do devido processo legal. Estão detalhados em seus artigos iniciais (arts. 1º ao 12) e são chamados de “normas fundamentais do processo civil”.



Com isso, é possível identificar de maneira mais objetiva o que é ou não formalidade essencial, sem cair no chamado “fetichismo formal”. Ou seja, o parâmetro do que é essencial ou não, ou ainda, se a imperfeição é importante ou não, passa a ser o respeito ao devido processo legal, objetivado pela estrita legalidade.

Nada diferente do que disse Calmon de Passos (2005), para o qual não há que se avaliar se o defeito é mais ou menos intenso, mas, sim, se ele merece ou não a sanção de invalidade, “levando-se sempre em conta os fins de justiça do sistema, ou mesmo o fim particularmente perseguido pelo ato, na sua especificidade” (p. 111).

A expressão destacada foi objeto de críticas. Dizia-se que o critério indicado por esse autor (“os fins de justiça do sistema”) era excessivamente subjetivo⁹. Todavia, é preciso dizer que essas objeções foram feitas ainda na vigência do CPC de 1973 e quando vigia a ordem constitucional anterior. Ocorre que esse cenário mudou e o que era subjetivo tornou-se objetivo, não só pela mão dos doutrinadores que passaram a trabalhar os modos de buscar um processo justo, mas também pela legislação. Desse modo, na atualidade, é perfeitamente possível extrair os “fins de justiça do processo” das normas constitucionais que tratam do devido processo legal e que se refletem de modo mais objetivo na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, é possível entender o critério distintivo proposto por Calmon de Passos (2005) como a necessidade de se ter um processo constitucionalmente justo. Ou seja, extrair de sua afirmação que os fins de qualquer processo, nada mais são do que sua adequação à norma fundamental.

Note-se o exemplo do art. 11 do CPC/2015, o qual trata do dever de fundamentação de todas as decisões judiciais “sob pena de nulidade”. É norma que repete o inciso IX do art. 93 da CF/88, e que também fundamenta os incisos do § 1º do art. 489 do CPC/2015, o qual dispõe sobre o que não será considerado como fundamentação de uma decisão judicial¹⁰.

⁹ Entre os críticos, pode-se citar Aragão (2004). Para o autor, “Afigura-se por demais subjetiva a apreciação desses fins de justiça do processo, chave com a qual não se poderá abrir a porta que dá acesso à compreensão do texto do Código, visto que a cada qual poderá parecer que tais fins foram atingidos, mesmo em face dos vícios os mais graves” (p. 289).

¹⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato



Aplaudindo esse dispositivo, José Rogério Cruz e Tucci (2016) afirma que “preocupado ainda uma vez com o mandamento constitucional do dever de motivação, o *novel diploma, de forma até pedagógica, estabelece os vícios mais comuns que comprometem a higidez do ato decisório, seja ele interlocutório, sentença ou acórdão*” (p. 107, grifo nosso).

Ao objetivar o que é fundamentação, emprestando nitidez ao colocado no texto constitucional, o legislador tornou mais sólida a aplicação do preceito, o que possibilitou uma melhor aplicação do princípio ali consolidado, obstando sua desconsideração pela prática jurisdicional.

Como se percebe, o caminho apontado por Calmon de Passos (2005) já não soa mais tão abstrato como antes parecia, e isso reforça esta afirmação: a classificação que importa é efetivamente a análise do que é ou não formalidade essencial.

Assim, se um ato processual foi praticado com violação do devido processo legal não só pela compreensão do que ele significa, mas também pelo detalhamento legislativo que hoje existe, dúvidas não sobram sobre sua essencialidade e, conseqüentemente, sobre a necessidade de declaração de sua nulidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado na introdução do texto, o objetivo deste estudo foi primeiramente compreender os critérios para distinção do defeito que justifica o reconhecimento da impossibilidade de produção dos efeitos do ato processual defeituoso. Ademais, apresentar uma sistematização em torno do que se entende por

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.



nulidade processual e como classificar as situações que nela se enquadram, valendo-se no novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

Para oferecer uma análise adequada dessas questões, foram ressaltadas as lições de alguns doutrinadores brasileiros, buscando-se, ao final, pôr em relevo seus traços comuns, o que se faz nas conclusões a seguir.

- 1) A razão de ser das nulidades processuais é o princípio do devido processo legal, norma com *status* constitucional. É nele que está a base para exame desse instituto, que visa regular o exercício do poder na relação processual servindo como um controle aos impulsos de cada um dos participantes.
- 2) Não há qualquer razão para entender que uma norma que tem por objeto uma forma processual é desimportante diante de uma de direito material. A partir do momento que normas processuais são categorizadas como direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, não há mais espaço para falar em prevalência normativa de substância em detrimento de forma.
- 3) Um ato processual é um ato jurídico e, como tal, também se submete à tríade existência, validade e eficácia, de modo que a última depende da anterior, que igualmente depende da primeira. Compreender Isso é fundamental por duas razões: a) para separar o que é inexistência do que é nulidade; b) para visualizar claramente o momento do exame da nulidade no *iter* do ato processual. Além disso, realça duas características essenciais dos atos processuais: as normas que tratam deles são de direito público, o que retira a disponibilidade da parte escolher se está ou não vinculada a seus efeitos – o nulo somente será nulo após a decretação judicial; a chamada validade *prima facie* dos atos processuais, na qual reside o princípio do aproveitamento dos atos processuais.
- 4) Nulidade é uma qualidade do nulo, um estado decorrente da invalidação. Uma sanção, de modo que, constatado o vício, o nulo somente será nulo se assim reconhecido pelo Estado-juiz.
- 5) De todas as classificações apresentadas pela doutrina, aquela que as divide em nulidades sanáveis e insanáveis é a que melhor se enquadra no molde constitucional e legislativo atual. Isso porque a sanabilidade como critério



enseja a possibilidade de confronto do ato processual defeituoso com as normas do devido processo legal. Se violadoras desse princípio maior, não há como escapar da sanção e desconsideração de seus efeitos.

É nessa linha que se afirma que a edição do novo CPC é um passo considerável na melhor compreensão das nulidades processuais, não tanto pelo tratamento legislativo do instituto, mas fundamentalmente pela incorporação dos avanços constitucionais e doutrinários compreendidos como um processo justo e sua importância para a pacificação social.

Vale dizer: se antes faltavam parâmetros para determinar o que seria um devido processo legal, atualmente isso não ocorre mais, devendo a construção de um processo justo ser considerado como o principal parâmetro para a sanabilidade do ato processual praticado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II.

BRASIL. [(Constituição de 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, Suplemento, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil (2002)**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVANI, Renzo. Nulidade e o novo Processo Civil Brasileiro – parte 1: o que significa “alcançar a finalidade”? *In*: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **NCPC Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. I. p. 1483-1501.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Tradução Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 2 (Teoria de la Democracia).

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDITIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao CPC**. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Tomo III.

SCARPARO, Eduardo. Invalidades processuais no Código de Processo Civil de 2015. *In*: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **NCPC Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. I. p. 1453-1468.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, forense, 2015. v. I.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8.

