

Pressupostos processuais e Nulidades no processo civil



José Maria Tesheiner

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UFRGS.

Desembargador aposentado.

Professor Orientador no Curso de Mestrado da PUC-RS.

**Pressupostos
processuais
e
Nulidades no
processo civil**

2000



**Editora
Saraiva**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tesheiner, José Maria Rosa, 1934-

Pressupostos processuais e nulidades no processo civil / José Maria Rosa Tesheiner. — São Paulo : Saraiva, 2000.

Bibliografia.

1. Nulidades (Direito) 2. Nulidades (Direito) - Brasil 3. Pressupostos processuais 4. Pressupostos processuais - Brasil 5. Processo civil 6. Processo civil - Brasil I. Título.

0590

99-2901

CDU-347.92:347.933

Índice para catálogo sistemático:

1. Pressupostos processuais e nulidades : Processo civil 347.92:347.933



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Tel.: PABX (0XX11) 3613-3000 — Barra Funda
Caixa Postal 2362 — Fax: (0XX11) 861-3308 — Fax Vendas: (0XX11) 861-3268 — S. Paulo - SP
Endereço Internet: <http://www.saraiva.com.br>

Distribuidores Regionais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (0XX92) 633-4227 / 633-4782
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (0XX71) 381-5854 / 381-5895
Fax: (0XX71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 255/257 — Centro
Fone: (0XX14) 234-5643 — Fax: (0XX14) 234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (0XX85) 238-2323 / 238-1384
Fax: (0XX85) 238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (0XX61) 344-2920 / 344-2951
Fax: (0XX61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (0XX62) 225-2882 / 212-2806
Fax: (0XX62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (0XX67) 782-3682 — Fax: (0XX67) 782-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio
Fone: (0XX31) 412-7080 — Fax: (0XX31) 412-7085
Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (0XX91) 222-9034/224-9038
Fax: (0XX91) 224-4817 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Afonso Poli, 2723 — Parolfin
Fone/Fax: (0XX41) 332-4894
Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE

Rua de São Gonçalo, 132 — Boa Vista
Fone: (0XX81) 421-4246

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 — Vila Tibério
Fone: (0XX16) 610-5843
Fax: (0XX16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (0XX21) 577-9494 — Fax: (0XX21) 577-8867 / 577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (0XX51) 343-1467 / 343-7563
Fax: (0XX51) 343-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (0XX11) 3613-3000 — São Paulo

Meus agradecimentos

a André Luís de Aguiar Tesheiner, que revisou os originais, apontando erros de português, obscuridades e contradições,

e a Luiz Felipe Azevedo Gomes, que os revisou *de meritis*, dando sugestões que geralmente acolhi. Livrou-me, assim, de alguns equívocos. São de minha responsabilidade os que restaram.

SUMÁRIO

<i>Prefácio</i>	XIII
<i>Introdução</i>	1

I

OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

1. Inexistência	7
1.1. Inexistência material e inexistência jurídica	8
1.2. Regime jurídico do ato inexistente	9
2. Nulidade	11
3. Ineficácia	16
4. Sentença inexistente, nula e ineficaz; rescindível e anulável	19
4.1. Terminologia	20

II

PRINCÍPIOS, PRESSUPOSTOS E NULIDADES PROCESSUAIS

1. Pressupostos processuais	28
1.1. A formação do processo e os pressupostos processuais	32
1.1.1. A demanda	32
1.1.2. O autor	36
1.1.3. O réu	40
1.1.4. O juiz	47
1.1.5. Os pressupostos processuais relativos ao juiz ...	48
a) Jurisdição	48
b) Competência	51
c) Imparcialidade	56
1.1.6. Os pressupostos processuais relativos às partes	58
a) Personalidade judiciária	58

b) Capacidade processual	60
— Ação do absolutamente incapaz	61
— Ação do relativamente incapaz	61
— Ação contra o absolutamente incapaz	62
— Ação contra o relativamente incapaz	66
— Pessoas casadas	66
c) Capacidade postulatória	67
1.1.7. Os pressupostos processuais objetivos	75
a) Pedido	75
b) Pedido imediato	75
c) Pedido mediato	76
d) Falta de pedido	76
e) Sentença e pedido	77
f) Causa de pedir	78
g) Nexó lógico entre o pedido e a causa de pedir .	81
h) Compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um	82
1.1.8. Os pressupostos formais	83
1.1.9. O cancelamento da distribuição por falta de preparo	86
1.1.10. Emenda e indeferimento da inicial	87
2. O desenvolvimento do processo e as nulidades	92
2.1. A doutrina de Galeno Lacerda	92
2.2. A doutrina de Antônio Janyr Dall' Agnol	103
2.3. A doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves	107
2.4. A doutrina de Teresa Wambier	110
2.4.1. Exame do Código	111
2.4.2. Síntese do pensamento de Teresa Wambier	113
2.5. Primeiras conclusões	114
2.5.1. A escala da inexistência às meras irregularidades .	114
2.5.2. Nulidades de fundo e de forma	114
2.5.3. Nulidades não cominadas e decretação de ofício ..	115
2.5.4. Nulidades cominadas e prejuízo	117
2.5.5. Sentido da distinção entre nulidades cominadas e não cominadas	118
2.5.6. Sanação do vício e sanção da nulidade	120
2.5.7. Interrogando a jurisprudência	122

2.6. A citação	123
2.6.1. Citação de pessoa física pelo correio	125
2.6.2. Citação de pessoa jurídica pelo correio	127
2.6.3. Citação por oficial de justiça	131
2.6.4. Citação com hora certa	131
2.6.5. Citação por edital	131
2.6.6. Banco e empresa controlada — Desconsideração da personalidade jurídica	133
2.7. Defesa por curador especial	134
2.8. O Ministério Público como fiscal da lei no processo civil	140
2.8.1. Generalidades sobre o Ministério Público	140
2.8.2. Conceito de parte	142
2.8.3. O Ministério Público como autor	144
2.8.4. O Ministério Público como fiscal da lei	144
2.8.5. Fundamento da intervenção do Ministério Público	146
2.8.6. Natureza da intervenção	147
2.8.7. Interesse público e qualidade da parte	151
2.8.8. Decisão sobre a existência de interesse público ..	153
2.8.9. Momento a partir do qual se torna exigível a in- tervenção	155
2.8.10. Justifica-se a participação de um fiscal da lei? ..	156
2.8.11. Natureza da nulidade por falta de intervenção do fiscal da lei	157
2.8.12. Necessidade de manifestação positiva do Minis- tério Público para a decretação da nulidade	162
2.8.13. Nulidade e prejuízo	170
2.8.14. Intimação — Efetiva atuação — Parecer	171
2.8.15. Principais conclusões	177
2.9. Intimações	178
2.9.1. Intimação — Publicação com incorreções	179
2.9.2. Intimação — Juntada de documento aos autos ..	180
2.9.3. Intimação para a sessão de julgamento	185
2.9.4. Intimação da sentença — Preclusão	191
2.10. Atos e fatos das partes	192
2.10.1. Os impedimentos e as exceções processuais ..	192
2.10.2. Morte de uma das partes	194

2.10.3. Morte e ação intransmissível	196
2.10.4. Morte do procurador da parte	199
2.10.5. Constitui mera irregularidade estar o advogado inscrito em outra seção	204
2.10.6. É sanável, na instância ordinária, a nulidade de recurso, por falta de procuração	205
2.11. Perito sem habilitação legal	209
2.12. Atos do juiz — Fundamentação das decisões	212
2.12.1. Nulidade da liminar concedida sem fundamentação, em mandado de segurança	214
2.12.2. Nulidade da decisão que desconsidera preclusão relativa à denunciação da lide	216
2.12.3. Deferida, em grau de recurso, a denunciação da lide, nulos os atos praticados no 1º grau, posteriores ao indeferimento	217
2.12.4. Falta de designação de dia e hora para a olação, em ação de consignação em pagamento — Preclusão	218
2.12.5. Cerceamento de defesa não configurado, por não atendido o despacho determinando a especificação das provas	220
2.12.6. Preclusão da nulidade decorrente do indeferimento de perguntas	221
2.12.7. Nulidade do julgamento antecipado da lide em processo com perícia	222
2.12.8. Falta de prévia declaração quanto à inversão do ônus da prova (Código do Consumidor) — Nulidade não configurada	222
2.12.9. Nulidade por iliquidez da sentença, alegável somente pelo autor	225
2.12.10. Nulidade do julgamento por violação do princípio da publicidade	226
2.12.11. Identidade física do juiz	233
2.12.12. Não configura nulidade a errada indicação do nome da parte na sentença	238
2.12.13. Nulidade da sentença que não julga todos os fundamentos de embargos à execução	239

2.12.14. Nulidade da sentença omissa quanto a fundamento da defesa	240
2.12.15. Sentença <i>ultra petita</i>	242
2.13. Execução	242
2.13.1. Título executivo inexistente ou deficiente	242
2.13.2. Penhora	247
2.13.3. Avaliação	255
2.13.4. Excesso de execução	258
2.13.5. Falta de assinaturas no auto de arrematação .	259
2.13.6. Falta de intimação do devedor para a praça ..	259
2.13.7. Falta de intimação para a praça de herdeiros do devedor falecido	263
2.13.8. Arrematação por preço vil	264
2.13.9. Leilão em vez de praça	266
2.13.10. Sentença que, sem forma nem figura de juízo, pronuncia a prescrição, extinguindo a execução	267
2.13.11. Obrigação de fazer	267
2.13.12. Concurso especial de credores	268
2.14. Conclusões finais	271

III

EFEITOS DO TRÂNSITO EM JULGADO SOBRE OS VÍCIOS PROCESSUAIS

1. Vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios	280
1.1. Meras irregularidades e vícios preclusivos	280
1.2. Vícios rescisórios	282
1.3. Vícios transrescisórios	283
<i>Referências bibliográficas</i>	289

PREFÁCIO

No exercício da judicatura, participei de incontáveis julgamentos na companhia de José Maria Rosa Tesheiner, em órgãos colegiados do Tribunal de Alçada e do Tribunal de Justiça do Sul.

Nesse convívio de uma década, foi-me dado conhecer, ao lado do processualista consagrado, o juiz dotado de profundo senso de Justiça, que procurava constantemente preservar o caráter instrumental do processo, a fim de evitar que suas normas viessem a sobrepor-se àquelas de direito material.

Nada lhe repugnava mais do que o fácil acolhimento de preliminares, o que o levava a buscar o melhor meio de superá-las, a fim de não deixar as partes sem solução para a lide.

Também, em seus votos lapidares, transparecia seu desapego pelas teses jurídicas, por mais brilhantes na concepção e por mais respeitáveis que fossem seus seguidores. Se não correspondessem à finalidade social do processo, em que pese o rigor lógico das deduções, não as adotava, ou, se já o tivesse feito, não hesitava em desconsiderá-las.

Era um juiz sem preconceitos, nem vaidades, pronto a revisar suas próprias convicções, atento aos argumentos trazidos pelas partes, sem jamais deixar de ouvi-las, como se tudo já soubesse a respeito do tema em debate.

Ao transpor sua experiência de magistrado para o plano teórico, outro não poderia ter sido o resultado de seu labor intelectual do que o apresentado em suas obras, mormente na última, intitulada *Pressupostos processuais e nulidade no processo civil*, voltada para a superação de todas as doutrinas que possam empecer a atividade dos juízes e dos tribunais, desviando o processo de seu escopo, que é o de propiciar a prolação de decisões de mérito justas.

O trabalho que tenho a honra de apresentar, além de revestido de originalidade e do maior rigor científico, mormente no estudo dos vícios que contaminam o processo, classificados, pelo autor, em preclusivos, rescisórios e transrescisórios, não se destina apenas àqueles que se dedicam ao direito no plano teórico.

Será utilíssimo também para juízes, advogados, membros do Ministério Público e a todos os demais profissionais do foro, e ainda para professores e estudantes, graças à clareza da exposição, mesmo na abordagem de intrincados problemas.

Prática e teoria não se apresentam dissociadas, aliando-se à crítica doutrinária a crítica da jurisprudência. Tanto é assim que para demonstrar o acerto ou a errônia das teses e dos arestos, bem como sua relação com o direito legislado, o autor chega a oferecer a redação que teriam, *de lege ferenda*, os textos dos dispositivos do Código de Processo Civil, segundo cada opinião estudada.

Para finalizar, cumpre registrar que este livro de José Maria Tesheiner é obra de jurista maduro, cujos vários lustros de atuação na advocacia, na cátedra e na judicatura não o desviaram do ideal que sempre norteou sua atuação profissional, nem arrefeceram seu espírito crítico ou obliteraram sua mente rica em criatividade.

Pressupostos processuais e nulidade no processo civil irá marcar época no estudo dos temas que aborda. Tornar-se-á ponto de referência obrigatório a todos que continuarem a meditar sobre a utilidade do processo, seja qual for a posição que assumirem frente às conclusões do renomado mestre que escreveu este livro e generosamente o entrega ao público leitor.

Luiz Felipe Azevedo Gomes

INTRODUÇÃO

Que relação existe entre pressupostos processuais e nulidades?

Se os pressupostos processuais fossem todos necessários para a *existência* do processo, os dois temas estariam perfeitamente divididos: teríamos, de um lado, os requisitos para a constituição do processo e, de outro, as nulidades, restritas a atos processuais.

Segundo José Joaquim Calmon de Passos, a falta de pressuposto processual determina a extinção do processo; as nulidades decorrem de outros vícios processuais. Diz:

“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 alcançam o processo como um todo, se não removidos ou sanados. Não se cuida, em boa técnica, de nulidade, e sim de ineficácia derivada de outra causa e sancionada por outra forma: a extinção do processo com a liberação do réu da sujeição judicial, e do juiz, do dever de apreciar a lide posta para o seu conhecimento”¹.

Teresa Arruda Alvim Wambier observou que o Código de Processo Civil, ao tratar das nulidades, preocupou-se sobretudo com os defeitos de forma (arts. 243 e s.), o que a levou a distinguir as nulidades de fundo, vinculadas às condições da ação e aos pressupostos processuais de existência e validade, das nulidades de forma².

Nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, extingue-se o processo quando se verificar a falta de pressupostos de

1. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 415.

2. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 159.

constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. O enunciado desse dispositivo é claro, mas defeituoso:

— Se falta pressuposto de constituição, juridicamente o processo não existe. Ora, somente se extingue o que existe. A hipótese, portanto, exigiria *declaração* da inexistência do processo, ou seja, ato declaratório, não desconstitutivo. Mas teríamos, então, um paradoxo: a inexistência do processo seria declarada por sentença que, por definição, é ato que extingue o processo ...

— Se falta pressuposto de validade, o processo existe, mas é nulo. Nulo, porém, num sentido diverso do direito civil, porque a nulidade deve ser pronunciada e, pronunciando-a, o juiz extingue o processo.

— Se falta pressuposto de regularidade, o processo não se extingue, contrariamente ao afirmado no art. 267, IV, do CPC. A doutrina costuma denominar “meras irregularidades” certos vícios menores, que não implicam nulidade. Nesse sentido, não existem pressupostos de regularidade do processo, porque eles não determinam a extinção do processo.

Seja como for, há um liame entre os pressupostos processuais e as nulidades, decorrente da circunstância de que ambos supõem a idéia de vícios processuais. Em última análise, é dos vícios processuais que vamos tratar. Fazendo-se distinção entre direito e avesso, diríamos que temos, de um lado, os pressupostos processuais e os atos processuais e, do outro, os vícios processuais.

O vício processual, mesmo relativo a pressuposto processual, pode ou não determinar a extinção do processo. Assim, a incompetência absoluta do juiz (falta do pressuposto da competência) determina a nulidade apenas dos atos decisórios (CPC, art. 113, § 2º).

Ao extinguir o processo por falta de pressuposto processual de existência, está o juiz, na realidade, a declarar a inexistência jurídica do processo; ao extingui-lo por motivo de invalidade, está, na verdade, a decretar sua nulidade, *ab initio*.

O processo constitui-se e desenvolve-se através de atos processuais. A série desses atos, praticados no tempo, uns em seqüência aos outros, constitui o procedimento. Às vezes, o processo é nulo desde o primeiro ato; outras vezes, a partir de outro ato, intercalar.

Se o processo é nulo desde seu início, o decreto de extinção equivale em tudo à decretação de sua nulidade. Depois da decretação, é como se o processo jamais tivera existido.

Há certamente diferença entre nulidade do processo e nulidade de ato processual³. No primeiro caso, não sanado o vício, extingue-se o processo; no segundo, pronunciada a nulidade, o processo continua, repetindo-se ou retificando-se os atos necessários.

Entretanto, há um regime jurídico que é comum aos vícios processuais, quer contaminem todo o processo, quer apenas parte dele. Entre os princípios comuns avulta o da sanação, com que se buscam os fins do processo, a despeito de seus vícios.

Embora o Código afirme categoricamente que a falta de pressuposto processual determina a extinção do processo, ele próprio deixa claro que isso ocorre tão-só quando não for possível suprir-se a falta. É que o regime dos pressupostos processuais e das nulidades é todo ele informado pelo princípio da sanabilidade. O juiz deve sempre tentar sanar o vício, somente decretando a extinção do processo se ele for insanável ou, sanável, não for sanado. Expressão desse princípio se encontra na incompetência absoluta do juiz, que não determina a extinção do processo, mas sua sanação, mediante remessa ao juiz competente.

O tema dos pressupostos processuais e das nulidades é dominado, no Brasil, pelo pensamento de Galeno Lacerda, não por acaso expresso na obra *Despacho saneador*.

Embora não o desejássemos, acabamos sendo obrigados a rejeitar algumas de suas idéias fundamentais, especialmente no que diz respeito às nulidades.

Para isso muito contribuiu o exame da jurisprudência, mesmo a que declaradamente acolheu sua doutrina.

Os pontos de divergência e de convergência com os autores que trataram do tema são apontados nos momentos devidos.

3. "Há nulidades que atingem simples atos do processo, enquanto outras inutilizam toda a relação processual." Humberto Theodoro Júnior, As nulidades no Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, 30/40.

Procuramos realizar obra útil à prática judiciária, sem prejuízo de sua fundamentação teórica.

Pensamos haver alcançado os melhores resultados ao apontar os casos em que as nulidades se sujeitam à preclusão e ao determinar o regime jurídico das nulidades por falta de intervenção do Ministério Público.

I

OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

A norma jurídica contém a previsão de fatos (suporte fático), dos quais decorrem *efeitos* jurídicos (preceito). O suporte fático é dito *hipotético* (ou abstrato), enquanto visualizado meramente como parte integrante da norma abstrata. É a “hipótese de incidência” a que se liga o preceito. Fala-se de suporte fático *concreto* quando a hipótese ocorre no mundo fático.

Ao se concretizar, o suporte fático sofre a incidência da norma jurídica, surgindo então o fato jurídico.

A incidência da norma dá-se sobre fatos que ocorrem em um tempo e espaço determinados. Como o tempo não pára de fluir, pode-se afirmar que o suporte fático concreto é transeunte, extinguindo-se assim que concretizado. Permanece, porém, o fato jurídico. Como diz Marcos Bernardes de Mello:

“é preciso considerar (...) que o suporte fático se concretiza, sofre a incidência da norma jurídica, dando ensejo ao surgimento do fato jurídico, e se extingue. Há, portanto, uma determinação espaço-temporal do suporte fático, que faz dele, por isso mesmo, transeunte. Diferentemente, o fato jurídico permanece no mundo jurídico, independentemente da permanência dos elementos de seu suporte fático. Formado o suporte fático de um contrato, as vontades negociais manifestadas que o compuseram permanecem vivas, mesmo que aquelas que as manifestaram morram. O contrato existe a despeito de não existirem os seus figurantes”⁴.

4. *Teoria do fato jurídico*, p. 52.

Desde Pontes de Miranda vê-se o mundo jurídico distribuído por três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Note-se que, aí, o existir já é existir no mundo jurídico. Não se trata, pois, de um fato apenas ocorrido no mundo fático, mas de um fato que, sofrendo a incidência de norma jurídica, entrou no mundo jurídico.

Um fato é jurídico porque produz efeitos jurídicos. Pode ocorrer, porém, que outra norma o prive de eficácia.

O fato jurídico *stricto sensu*, o ato-fato jurídico e o fato ilícito *lato sensu*⁵ transitam diretamente do plano da existência para o plano da eficácia, isto é, existem (juridicamente) ou não existem, e são eficazes (ou ineficazes).

Em se tratando, porém, de ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*⁶), em cujo cerne se encontra a vontade de

5. Marcos Bernardes de Mello (*Teoria*, cit.) explica:

Denomina-se fato jurídico *stricto sensu* todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, assim como o nascimento, a morte, o implemento de idade, a avulsão (p. 109).

No ato-fato jurídico, o ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não *vontade* em praticá-lo (p. 112). É o caso do pagamento.

Fato ilícito *lato sensu* é todo fato, conduta ou evento, contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (p. 201). Não se trata de culpa, mas de imputabilidade. “O exemplo do ato contrário a direito praticado pelo absolutamente incapaz é típico. O sistema *imputa* ao seu responsável o *dever de ressarcir o dano causado*, porém não há ilicitude em sentido próprio” (p. 199).

6. Marcos Bernardes de Mello (*Teoria*, cit.) explica:

Negócio jurídico “é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico” (p. 165). Exemplo: o contrato.

Ato jurídico *stricto sensu* “é o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (p. 140). Exemplos: a interpelação para constituir o devedor em mora, a notificação para interromper a prescrição, o reconhecimento da filiação não resultante do casamento.

praticá-lo, introduz-se, entre os dois planos — da existência e da eficácia —, o da validade. Como diz Marcos Bernardes de Mello:

“Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes)”⁷.

1. INEXISTÊNCIA

Caio Mário da Silva Pereira informa que a teoria do ato inexistente nasceu de um raciocínio de Zacchariae, a propósito do matrimônio, quando falte o consentimento. Partindo do art. 146 do Código Napoleão, que proclama não haver matrimônio sem consentimento, concluiu o civilista germânico que, no caso, o que se deve afirmar é a inexistência e não a nulidade do casamento. Ao passo que a nulidade do casamento exige *ação* para ser pronunciada, a inexistência pode ser declarada pelo juiz, de ofício e a qualquer tempo, sem necessidade de ação específica. É lícito, ademais, mesmo a terceiros, desconhecer, de direito e de fato, o vínculo meramente aparente. Em suma, o casamento inexistente não produz efeitos, nem mesmo provisoriamente.

A teoria prosperou, sobretudo porque a doutrina, em matéria de casamento, não admitia *nulidades virtuais* (isto é, não previstas expressamente), dizendo que este somente se invalidava nos casos e nas condições definidas em lei, inextensíveis por analogia ou mesmo por força de compreensão. Com ela se resolviam problemas doutro modo insolúveis, em face do princípio de que, em matéria matrimonial, inexistia nulidade sem previsão legal.

7. Teoria, cit., p. 79.

Observe-se que não se aplicam ao casamento as regras gerais do Código Civil sobre nulidades. Assim, a nulidade dos atos jurídicos em geral pode ser pronunciada pelo juiz, de ofício, mas o matrimônio somente se anula por ação própria, em que se nomeia curador para defendê-lo; o ato nulo não produz efeitos, mas o casamento nulo os gera, assim em relação aos filhos como aos próprios cônjuges⁸.

A idéia do ato juridicamente inexistente estendeu-se a outros campos do direito, para distingui-lo do ato nulo, que pode produzir efeitos enquanto não desconstituído, levando ao abandono do aforismo romano *quod nullum est nullum producit efectum* (o que é nulo não produz efeitos).

O conceito de inexistência é encontrado no Código de Processo Civil, por exemplo, no art. 741, ao se referir à falta ou nulidade da citação, e no art. 37, parágrafo único, ao dizer que serão havidos por inexistentes os atos não ratificados pelo mandante, praticados por advogado sem procuração.

As sentenças, sem embargo de quaisquer “nulidades” que possam conter, produzem efeitos, *se e enquanto* não desconstituídas. Obrigam não apenas as partes, mas quaisquer autoridades. Sentiu-se, então, a necessidade de um termo para designar as que são ainda menos sentenças do que as nulas, a ponto de poder afirmar-se que carecem de imperatividade, até mesmo para os particulares. São as sentenças ditas inexistentes. Sua inexistência pode ser declarada a qualquer tempo, incidentemente, sem necessidade de ação ou exceção; de ofício, portanto.

1.1. Inexistência material e inexistência jurídica

Há quem distinga a inexistência material da inexistência jurídica. A rigor, a distinção não tem razão de ser, porque, quando se fala de ato jurídico existente ou inexistente, já estamos no plano jurídico. A distinção, assim, apenas atende à circunstância de que, no primeiro caso, não se realizou nenhum elemento da hipótese de incidência, ao passo que,

8. Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 3. ed, p. 93-102.

no segundo, algum elemento ocorreu no mundo fático, mas insuficiente para que se possa haver por concretizado o suporte fático abstrato.

Diz Aroldo Plínio Gonçalves:

“A inexistência do ato pode ser concebida no plano fático e no plano jurídico, referindo-se a atos que não se materializaram e assim inexistiram no plano dos fatos, ou àqueles que se constituíram sem requisito essencial previsto na norma processual.

A lei processual cuidou, expressamente, dos atos inexistentes, prevendo-os no art. 37, parágrafo único. Os atos praticados sem o instrumento do mandato e não ratificados no prazo legal serão tidos como inexistentes. Trata-se, no caso, de atos que foram efetivamente realizados, mas sob condição, e que, embora possam produzir efeitos, como o de evitar a decadência ou a prescrição e de responder à urgência, só adquirem sentido definitivo no procedimento pelo instrumento que autoriza sua prática. Sua existência jurídica é antecipada mas precária e exige confirmação posterior”⁹.

Fazendo, ainda, distinção entre as duas espécies de inexistência, diz o mesmo autor:

“O ato pode ser inexistente pela ausência de sua própria constituição material ou por defeito essencial de sua formação, ou de sua situação no processo”¹⁰.

“A violação da norma, pela prática da conduta proibida ou pela omissão da conduta exigida, pode ter como consequência o não-reconhecimento de qualquer efeito jurídico ao ato que, existindo no plano fático, não chega a adquirir significado jurídico. A consequência jurídica da irregularidade do ato pode consistir na recusa pela lei em reconhecer a própria existência do ato no plano do direito”¹¹.

1.2. Regime jurídico do ato inexistente

A respeito do regime jurídico do ato inexistente, observa Aroldo Plínio Gonçalves:

9. *Nulidades no processo*, p. 71.

10. *Nulidades*, cit., p. 71.

11. *Nulidades*, cit., p. 70.

“O ato inexistente não poderá ter seus efeitos suprimidos porque nunca os possuiu e não pode ser considerado válido, como o ato passível de nulidade, que, entretanto, não chega a ser decretada, porque a lei não lhe confere qualquer efeito. Se a inexistência atinge a própria sentença, por falta de requisito essencial, esta não passa em julgado, porque se é juridicamente inexistente não pode produzir efeitos no Direito.

O ato inexistente, entretanto, pode ser suprido, como a falta de citação, pelo comparecimento do réu”¹².

A inexistência é assim explicada por Marcos Bernardes de Mello:

“Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

O casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, simplesmente, não existe”¹³.

Se um ato produz efeitos *jurídicos*, necessariamente há de existir no plano jurídico.

Mesmo uma sentença pode ser juridicamente inexistente. Um caso que não suscita dúvidas maiores é o da “sentença” proferida por quem não é juiz. “Sobre sentenças inexistentes, não pesa autoridade de coisa julgada”, com razão afirma Teresa Arruda Alvim Wambier. Não acolhemos, porém, seu conceito de inexistência, que a leva a asseverar que a sentença inexistente produz ou pode produ-

12. *Nulidades*, cit., p. 76.

13. *Teoria*, cit., p. 80.

zir efeitos. “Trata-se”, diz, “de fenômeno razoavelmente análogo ou da lei inconstitucional — ela não o é até que o órgão competente o afirme, embora esta afirmação, no caso de controle concentrado, tenha efeito *ex tunc*”¹⁴. Ora, a sentença que produz efeitos, e a lei inconstitucional, existem, e existem no mundo jurídico, enquanto não desconstituídas.

2. NULIDADE

Observa Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior:

“A invalidade não se identifica com o vício, mas é o ‘estado’ conseqüente à decretação judicial. Realmente, a nulidade não existe antes de sua pronúncia pelo juiz. De um ponto de vista jurídico, não há atos inválidos senão os assim qualificados por decisão judicial passada em julgado. E esse consiste não apenas em reconhecer (= declarar) a existência de vício invalidante, mas em *desconstituir* o ato e seus efeitos. A nulidade não é a pronúncia do juiz, mas constitui-se com ela, nasce com ela”¹⁵.

A mesma observação é feita por Aroldo Plínio Gonçalves, ao distinguir o vício, que é a imperfeição do ato, da nulidade, que é a eventual sanção impositiva.

“As sanções atuam como garantia da eficácia dos preceitos normativos e podem consistir na privação de um bem, como a vida, a liberdade, o patrimônio, ou atingir o próprio ato praticado contra lei ou com omissão da forma ou das condições por ela estabelecidas, para lhes negar efeitos jurídicos. Admitem elas diversas classificações, por múltiplos pontos de referência, mas, quando toma como referencial o critério da finalidade, a doutrina as separa em duas grandes classes: a das sanções que se destinam a provocar o cumprimento da norma, que consistem em um evento desfavorável a ser aplicado ao autor da violação, e a das sanções que tendem a reparar ou neutralizar os efeitos de uma conduta ou de um ato contrário ao direito ou irregular perante ele, e visam a restabelecer, na medida do

14. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 232.

15. *Invalidades processuais*, p. 43.

possível, a situação anterior à violação. Dentre essas situam-se as nulidades dos atos jurídicos”¹⁶.

Nulidade, diz o autor, é a consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei e implica a supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir. Como consequência jurídica que é, enquadra-se a nulidade na categoria das sanções¹⁷.

“A situação das nulidades no quadro das sanções é suficiente para que se afaste o equívoco de se tratar a nulidade como se fosse o próprio defeito do ato”¹⁸.

A linguagem do legislador contribui para esse equívoco, ao se referir, por exemplo, a nulidades sanáveis (CPC, art. 327). Ora, sanável é a irregularidade, o vício, o defeito, a imperfeição, e não a nulidade. Esta, como consequência jurídica, será aplicável ou inaplicável, pronunciável ou não pronunciável, enfim, será acolhida ou afastada pelo juiz, mas nunca sanável ou insanável.

“Ato nulo somente existe depois que a nulidade, como consequência jurídica, é pronunciada, e jamais antes da declaração judicial”¹⁹.

Assim, quando a lei afirma que algum ato é nulo, não nos encontramos ante uma afirmação ontológica, mas ante um comando normativo, a determinar que se decrete a nulidade do ato.

“O ato que potencialmente pode ser declarado como nulo é o ato irregular. Mas a irregularidade pode ser apenas motivo que autoriza a imposição da sanção, e não força motriz para seu automático desencadeamento, e a sanção subordina-se às condições legais de sua aplicação. Assim, o ato só se torna nulo depois que a decisão judicial declara sua nulidade, aplicando, pois, a nulidade, como consequência normativa”²⁰.

16. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 13.

17. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 12.

18. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 17.

19. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 19.

20. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 20.

A nulidade é sanção²¹ para o ato desviado de seu modelo legal, que não se restringe à sua forma. A nulidade alcança a forma e todas as demais condições de regularidade do processo (Aroldo Plínio Gonçalves)²².

Supõe a nulidade a existência do ato. O ato inexistente pode ser suprido (como a falta de citação, pelo comparecimento do réu), ou a própria inexistência pode ser considerada inócua (art. 249, § 1º — sua falta não será suprida se não prejudicar a parte), mas ele não pode ser declarado nulo²³.

Entende Aroldo Plínio Gonçalves não haver diferença entre declarar e decretar nulidade. “O efeito *ex tunc* acompanha todo pronunciamento de nulidade, não havendo a mínima diferença entre decretação e declaração de nulidade no processo.”

Pensamos diferentemente. Dado que a nulidade não se confunde com o vício do ato, sendo, na realidade, sanção que o juiz deve (ou não) aplicar, é mais apropriado falar-se em decretação ou pronúncia da nulidade (o que de modo algum implica a atribuição de efeitos apenas *ex nunc*).

Afirma o autor:

“Se a sentença for materialmente existente, mas tiver sido lavrada com omissão dos requisitos exigidos para sua regularidade, como o relatório ou a fundamentação, é ato cujo defeito o torna passível de nulidade, que, como já se repetiu, para se configurar, deve ser judicialmente declarada”²⁴.

21. Não há unanimidade quanto à caracterização da nulidade como sanção. Teresa Wambier, por exemplo, entende não caber chamar-se de sanção a nulidade. “A nulidade é um estado de irregularidade que leva – ou tende a levar – à ineficácia. A ineficácia é, pois, neste sentido, uma consequência da decretação de nulidade, que é, direta ou indiretamente, uma infração à lei.” E cita Blanc: “se se atribuir às invalidades o caráter da sanção, chegar-se-á à conclusão no sentido que só há nulidades previstas expressamente em lei, não existindo nulidades virtuais. De fato, se se entende por sanção a consequência de um ilícito, não pode ser outra a conclusão, em face do princípio da legalidade” (*Nulidades*, cit., p. 115).

22. *Nulidades*, cit., p. 35.

23. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 41.

24. *Nulidades*, cit., p. 108.

Ora, se há necessidade de “declaração” judicial, para que se configure nulidade, cumpre reconhecer que se trata, na realidade, de algo mais do que meramente declarar; trata-se de *constituir*.

Em síntese: a nulidade é sanção impositiva como consequência de vício contido em ato jurídico; o ato processual nulo produz efeitos, *se e enquanto* não desconstituído²⁵, a desconstituição opera *ex tunc*. A decretação da nulidade pode ou não depender de provocação do interessado; pode ou não sujeitar-se a prazo preclusivo, conforme determine a lei.

A doutrina predominante concebe a nulidade como sanção. Não há, porém, unanimidade a respeito do assunto.

Segundo Herbert Hart (*The concept of law*), sanção supõe ilicitude, o que não ocorre com a nulidade, que é consequência de uma ação permitida.

Há normas jurídicas, como as penais, que impõem deveres que, descumpridos, autorizam a aplicação de uma sanção.

Outras, porém, apenas dispõem sobre requisitos para que se alcance determinado resultado. Assim, por exemplo, quem faz testamento sem observar a forma prescrita em lei pratica ato inválido, mas não viola qualquer dever ou obrigação; age no exercício de sua liberdade.

É o que ocorre no campo do processo, com a só diferença de que o ato judicial nulo produz efeitos enquanto não decretada a nulidade. Assim, embora proferida por juiz absolutamente incompetente, a sentença produz seus efeitos próprios, até ser anulada em grau de recurso ou rescindida por ação própria.

A prova de que a nulidade não é sanção decorre da circunstância de que a norma impositiva de dever pode ser concebida como primária, sendo secundária a que estabelece uma sanção ou penalidade para o caso de descumprimento. Ora, na hipótese de norma

25. No mesmo sentido a lição de Roque Komatsu: “O ato processual suspeito de invalidade (que pode ser ‘convalidado’ pela coisa julgada) continua, no entanto, válido até que sobrevenha decisão do juiz declarando-o e decretando-o nulo” (*Da invalidade no processo civil*, p. 279).

potestativa, essa distinção não é possível. Se a inobservância de requisito essencial não implicasse nulidade, a existência da própria regra “primária” não poderia ser afirmada de modo inteligível, mesmo como regra jurídica. A estatuição de nulidade é parte integrante desse tipo de norma, o que não ocorre com a pena associada ao descumprimento de um dever.

Em síntese, a nulidade não é sanção, porque esta supõe ilicitude. As normas potestativas são regras técnicas: estabelecem os requisitos necessários para a obtenção de um resultado. Sua inobservância não implica ilicitude; apenas não se alcança a finalidade desejada. A nulidade expressa a inidoneidade de um ato para alcançar as consequências jurídicas pretendidas pelo agente²⁶.

Também Roque Komatsu nega à nulidade a natureza de sanção. Aponta, entre os autores que lhe atribuem essa natureza, Lopes da Costa, Rezende Filho, Calmon de Passos, José Frederico Marques e outros mais. Entre os que negam, Cernelutti, Chiovenda, Tereza Arruda Alvim Pinto e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Argumenta:

“Decisivo parece, a propósito, o relevo que vê na sanção um *quid* qualificável como reação a um comportamento proibido pelo ordenamento, e especificamente, o efeito típico ligado à integração dos esquemas do ilícito: tentar uma aproximação da inobservância de um dever ou de uma obrigação à insatisfação do ônus, sob o plano dos efeitos, reconhecendo na invalidade e em cada uma das suas formas uma sanção, constitui não apenas um desfiguramento do conceito de sanção, mas sobretudo uma confusão entre dois planos em tudo diversos. O ato ilícito, com efeito, realiza uma *fatispecie*; o ato inválido não realiza nenhuma *fatispecie*, antes é inválido justamente por esta razão”²⁷.

Refere-se, depois, à teoria de Hart, com sua contraposição entre normas de dever (ou imperativas) e normas potestativas, cuja inobservância não constitui ilícito: no máximo, pratica-se ato invá-

26. Sobre o assunto: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade (org.), in *Saneamento do processo*, p. 131-9.

27. Roque Komatsu, *Da invalidade*, cit., p. 182.

lido, como no caso do testamento celebrado sem observância das formalidades legais²⁸.

Seguindo a doutrina entre nós predominante, continuamos neste livro a conceber a nulidade como sanção, no sentido de consequência jurídica do descumprimento de norma jurídica.

Não nos parece correto vincular a invalidade ao desatendimento de um ônus processual ou à inobservância de uma norma “potestativa”, porque de ônus somente cabe falar-se com relação às partes. O juiz tem o dever, e não apenas o ônus, de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade.

3. INEFICÁCIA

Um ato é jurídico porque produz ou se destina a produzir efeitos jurídicos. Não produz efeitos jurídicos o ato inexistente, assim como o anulado.

Na terminologia de Caio Mário da Silva Pereira, a ineficácia é gênero que compreende a nulidade, a anulabilidade e até a inexistência²⁹.

Não é nesse sentido, porém, que falamos de ineficácia, mas no de ato que, embora existente e válido, contudo é ineficaz, o que, à primeira vista, parece paradoxal, porquanto definido o ato jurídico em função de seus efeitos jurídicos.

Com alguns poucos exemplos, como o do testamento que, embora existente e válido, somente se torna eficaz com a morte do testador, bem como o da sentença que existe e vale, mas não para o litisconsorte que não foi validamente citado, é fácil compreender o que se pretende significar com o conceito de ato válido mas ineficaz.

Damos a palavra a Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior:

“Atos há válidos que não produzem desde logo efeitos (v. g., editais regularmente publicados que não foram juntados aos autos

28. Roque Komatsu, *Da invalidade*, cit., p. 184.

29. *Instituições*, cit., 6. ed., v. I, p. 543.

— art. 232, parágrafo único), como os há, inválidos que produzem efeitos (v. g., ato nulo que não prejudicou a parte — art. 249, § 1º).

Em se cuidando de validade, analisa-se a *suficiência* (= existir juridicamente) e a ausência de *deficiência*. A questão da eficácia não se confunde com a qualidade de eficiência; esta está antes. Ademais, não decorre a eficácia, muita vez, exclusivamente da suficiência e não-deficiência do ato. Para gerar efeitos, o ato deve ser suficiente e não-deficiente, por certo, mas nem sempre apenas isso (o ato existe e tem validade, mas há necessidade de um *plus*). No direito privado, lembra Pontes de Miranda o testamento. Com efeito, tal ato jurídico, existente e válido, apenas após a ocorrência de outro fato jurídico — a morte do testador — irradiará efeitos. No direito processual, invocável o exemplo dos editais que se publicaram regularmente e que aos autos não foram, ou ainda não foram, juntados. Existem, são válidos, mas a eficácia, que há de se irradiar no e para o processo, depende de ato processual posterior, qual seja o de juntada.

.....

Citação que se realiza em outra pessoa que não o legitimado passivo *ad causam* não é ato inexistente, como já se pretendeu; é ato ineficaz, *quanto ao legitimado passivo*.

.....

Existência e validade dizem respeito com o próprio ato, independentemente de liame com qualquer sujeito de direito. O ato não existe para 'A', ou é válido para 'A', 'B' e 'C'. O ato jurídico é ou não é; qualifica-se como válido ou como inválido, conforme atenda, ou não, as prescrições de lei. Seus efeitos, sim, podem atingir 'A', ou 'A', 'B' e 'C', ou um grupo, ou todos.

Tais precisões evidenciam-se indispensáveis, principalmente em terreno que não oferece a mínima facilidade, como o da teoria das nulidades”³⁰.

Há *ineficácia* de um ato quando, embora válido, não produz efeitos por certo tempo (como a sentença relativa a relação jurídica

30. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 424-5.

sujeita a condição ou termo — CPC, art. 572) ou para determinadas pessoas, não obstante aparência em contrário.

“Eficácia do ato”, diz Barbosa Moreira, “é a sua aptidão para produzir efeitos no mundo do direito. As mais das vezes, se o ato (além de existir) vale, tem essa aptidão. Um contrato válido, normalmente, faz nascer para as partes os direitos e obrigações nele previstos. Reciprocamente, se o ato não vale, em regra não produz os efeitos normais. Esses princípios, todavia, não são absolutos. Pode suceder que, apesar de válido, o ato deixe de produzir efeitos por certo tempo, ou para determinadas pessoas. Assim, v. g., o ato válido praticado sob condição suspensiva é ineficaz enquanto não sobrevenha o acontecimento a que ficou condicionado (CC, art. 118); a alienação *a non domino* — ao contrário do que com frequência se supõe —, vale, posto que não produza efeitos para o verdadeiro *dominus*. Em compensação, pode a lei, a título excepcional, atribuir efeitos a ato inválido”³¹.

A lição de Marcos Bernardes de Mello é diferente. Afirma que “os atos jurídicos válidos têm entrada imediata no plano da eficácia, mesmo enquanto pendentes termos ou condições suspensivos”³². Qual a diferença, com relação ao testamento válido, que só adquire eficácia com a morte do testador? A diferença está em que, antes da morte do testador, o testamento não gera direito algum para as pessoas nele contempladas. A irradiação de efeitos fica dependente da futura morte do testador. O termo inicial, porém, suspende o exercício, mas não a aquisição do direito (CC, art. 123). Portanto, já antes houve irradiação de efeitos. Quanto à condição suspensiva, estabelece o Código Civil que, enquanto ela não se verificar, não se adquire o direito (art. 119). Contudo, a relação jurídica já restou criada, já tendo, pois, ocorrido irradiação de efeitos. Observa Caio Mário: “Não cabe mais às partes a faculdade de se retratarem, porque o vínculo jurídico, em razão da vontade das partes, acha-se estabelecido, e elas ligadas reciprocamente”³³.

31. José Carlos Barbosa Moreira. Citação de pessoa já falecida, *Ajuris*, 58/85-94, jul. 1993.

32. *Teoria*, cit., p. 82.

33. *Instituições*, cit., 6. ed., v. I, p. 483.

Assim, ao se afirmar a ineficácia de ato sujeito a termo ou condição, há referência a efeitos dele ou dela dependentes, embora já haja o ato irradiado outros efeitos. Como, nesses casos, geralmente não se distinguem os efeitos irradiados dos por irradiar, facilmente se cria confusão, motivo por que é melhor não se afirmar a ineficácia do ato, nessas hipóteses, como preconiza Marcos Bernardes de Mello.

4. SENTENÇA INEXISTENTE, NULA E INEFICAZ; RESCINDÍVEL E ANULÁVEL

A rescindibilidade da sentença liga-se, em nosso direito, às seguintes idéias fundamentais: o trânsito em julgado da sentença, a necessidade de ação para que se decrete a rescisão, a existência de prazo decadencial para propô-la e a enumeração taxativa dos casos de cabimento (CPC, arts. 485 e s.). O juiz não pode, pois, decretar, de ofício, a rescisão; nem se obtém rescisão por via de exceção. Exige-se ação.

Insiste-se em que rescindir não é o mesmo que anular, porque há casos de rescisão por fato superveniente. Ora, o vício que justifica a decretação da nulidade há de ser contemporâneo ao do ato anulado.

“... qualquer que seja a causa da invalidade, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade ou de anulabilidade”³⁴.

Diferentemente da *rescisão*, a *inexistência* da sentença pode ser declarada de ofício e, portanto, também por ação ou por exceção. Não há prazo para que se argua a inexistência da sentença. A possibilidade de alegação é perpétua.

A nulidade da sentença que transitou em julgado — atenção! — não pode ser decretada de ofício. Mas é perpétua e pode ser alegada não só por ação, como também por exceção, podendo, pois, ser decretada incidentalmente.

Estamos, como Pontes de Miranda, a utilizar a expressão “decretar a nulidade”, porque a sentença nula existe e produz efeitos no

34. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 80.

mundo jurídico, enquanto não advém sentença (constitutiva negativa) que, pronunciando a nulidade, a retire do mundo jurídico, fazendo cessar seus efeitos (*ex tunc*).

A ineficácia da sentença pode, às vezes, ser decretada de ofício; outras vezes, depende de pedido do interessado. Pode ou não ser perpétua. Declara-se, não se decreta a ineficácia, pois não se trata de retirar a sentença do mundo jurídico, mas apenas de declarar que não produz efeitos. Pode haver ineficácia porque: a sentença ainda não produz efeitos; já não produz efeitos; ou não produz efeitos em relação a esta ou àquela pessoa.

Cabe falar em sentença anulável? O art. 486 do Código de Processo Civil estabelece que a sentença meramente homologatória pode ser rescindida como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. Aplica-se o mesmo dispositivo aos atos judiciais que não dependem de sentença, como a arrematação e a adjudicação. A jurisprudência tem utilizado, para essas ações, a denominação anulatórias para distingui-las da rescisória, que só cabe nos casos do art. 485 do CPC, que, aliás, somente se refere a sentenças de mérito. O termo “anular” apresenta-se próprio, em face da existência de prazo para o exercício do direito, diferentemente do que ocorre com a sentença dita nula, em que o vício se apresenta como perpétuo.

4.1. Terminologia

A rigor, a terminologia adotada não tem maior importância. Pode-se chegar a conclusões concordantes, não obstante a diversidade de nomes dados aos fenômenos. Todavia, a diversidade terminológica dificulta a comunicação, porque a cada passo é preciso traduzir a linguagem de um para a de outro, como se falassem línguas estrangeiras. Por isso, não é desprezível o esforço de se justificar a terminologia adotada, para que outros se convençam de que a nossa é melhor, ou para abandoná-la, se outra expressa melhor os fenômenos que se busca descrever.

Consideremos o caso da sentença proferida contra réu revel, em processo em que não houve ou foi nula a citação.

Segundo Pontes de Miranda, a hipótese é de sentença nula, na tripartição “sentença válida, rescindível, nula”.

De acordo com Teresa Wambier, a hipótese é de sentença inexistente, na tripartição “sentença válida, nula e portanto rescindível, sentença inexistente”.

Para nós, a hipótese é de sentença ineficaz, na tripartição “sentença válida, rescindível, ineficaz”.

No essencial, a diferença é apenas terminológica, tratando-se, pois, de escolher a expressão que melhor descreva o fenômeno. Mas, no direito, a escolha de um ou de outro termo não é sempre destituída de consequências. A diferença de denominação, evocando idéias diferentes, pode conduzir a diferenças de tratamento acidentais, mas ainda assim importantes.

Pontes de Miranda e nós concordamos em chamar de rescindíveis, e não de nulas, as sentenças rescindíveis.

A *primeira* pergunta, pois, que se há de formular, é quanto à conveniência de se chamar de nulas as sentenças rescindíveis, como o faz Teresa Wambier.

A doutrina, inclusive da própria autora, é enfática no sentido de que a decretação de ofício constitui característica das nulidades, pelo menos das absolutas. Ora, segundo bem ensina a autora, as nulidades relativas ou anulabilidades sanam-se com o trânsito em julgado da sentença. As nulidades que permanecem são exatamente as absolutas, como as decorrentes da incompetência absoluta ou impedimento do juiz. Mas que espécie de nulidade absoluta é essa que juiz nenhum pode decretar de ofício e que depende da vontade da parte, que só propõe ação rescisória se quiser?

Se nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis, como ensina a autora³⁵, como explicar a sanção de sentenças nulas, pelo decurso do prazo para a propositura de ação rescisória?

Não é mais razoável a doutrina segundo a qual as nulidades do processo se convertem em rescindibilidade com o trânsito em julgado da sentença?

35. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 142.

Além disso, a rescindibilidade não se liga necessariamente a uma nulidade. Qual o vício da sentença, no caso de rescisão por haver o autor obtido documento novo, cuja existência ignorava, e suficiente, só por si, para assegurar-lhe pronunciamento favorável? (CPC, art. 485, VII).

Por todas essas razões, parece-nos mais conveniente chamar de sentença rescindível a que pode ser rescindida, em vez de se falar, nesses casos, de sentença nula, com todas as dúvidas que essa denominação pode suscitar, especialmente com relação à decretabilidade de ofício.

A *segunda* pergunta é se convém qualificar como inexistente a sentença proferida contra o réu, em processo que correu à revelia, com falta ou nulidade da citação.

Segundo Teresa Wambier, são pressupostos processuais *de existência* haver um juiz (jurisdição), um autor com capacidade postulatória, uma petição inicial e a citação³⁶.

Uma dificuldade para se incluir a citação entre os pressupostos de existência do processo decorre da circunstância de que ele se constitui, antes mesmo da citação do réu, na linha autor-juiz, a ponto de poder ser concedida e executada liminar *inaudita altera parte*. Se o processo sequer existe antes da citação do réu, como explicar possa o autor apelar da sentença que indefira a inicial ou obter desde logo antecipação de tutela?

Se a citação é pressuposto de existência do processo, o que aconteceu antes, enquanto o juiz ouvia o autor e despachava a inicial? E onde fica o art. 263 do CPC, que considera proposta a ação tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída?

Outra dificuldade decorre ainda do art. 214 do Código de Processo Civil, que é expresso no sentido de que a citação é indispensável para a *validade* do processo; não, portanto, para sua existência.

Dizer que num caso desses houve exercício do direito de petição, mas não do direito de ação (como diz a autora a propósito da

36. *Nulidades*, cit., p. 39.

falta de condição da ação)³⁷, seria uma escapatória verbal a uma dificuldade real.

Quanto à citação nula, diz a autora que, somada à revelia, deixará de ser nula, para ser inexistente³⁸. Parece-nos estranho que um ato existente, ainda que nulo, passe à inexistência, sem que seja praticado ato algum para desconstituí-lo. A revelia que, segundo a autora, produziria tal efeito constitui exatamente um não-ato.

Diz a autora que o próprio Liebman afirma ser a citação o “primeiro e fundamental requisito para a *existência de um processo*”³⁹. Frágil, porém, o argumento de autoridade, quando se estilhaça ao se chocar com a realidade.

Observamos, além disso, que o réu pode aceitar a sentença chamada inexistente. Basta que não argua a nulidade, quando citado para a execução. Ora, que espécie de inexistência é essa, suscetível de tornar-se existente, por posterior omissão do réu? Como que, por um passe de mágica, o réu teria o condão de tornar retroativamente existente o que até então não existia!

A *terceira* pergunta é se convém denominar de nula, em vez de ineficaz, a sentença proferida em processo com falta ou nulidade da citação, sendo o réu revel.

Aqui, nosso debate é com Pontes de Miranda.

Em primeiro lugar, assinalamos que não rejeitamos o conceito de sentença nula, em oposição ao de sentença meramente rescindível. Assim, por exemplo, parece-nos que o legislador teria andado melhor se houvesse qualificado como nula, e não apenas como rescindível, a sentença violadora de coisa julgada. Pontes de Miranda não nega a categoria das sentenças ineficazes. Nem tampouco a das sentenças inexistentes. Aliás, não se pode, no Brasil, falar nas categorias da existência, nulidade ou ineficácia sem menção a esse grande jurista.

Objeto de nossa indagação é saber se, no caso de falta ou nulidade da citação, em processo que correu à revelia, é melhor falar-se

37. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 170.

38. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 272.

39. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 284.

em nulidade ou em ineficácia da sentença. (A hipótese de tratar-se de inexistência já restou excluída, pelas observações feitas acima.)

Segundo Pontes de Miranda, a hipótese configura nulidade⁴⁰, porque resiste ao decurso do prazo para a propositura de ação rescisória; pode ser alegada em embargos à execução; pode, outrossim, ser desconstituída por ação de nulidade, ou mesmo incidentalmente, sem se precisar de propositura de “ação”⁴¹. Se o réu, citado para a execução, não opõe embargos ou, opondo-os, não argúi a nulidade, resta ela sanada⁴².

Parece-nos que a ineficácia explica melhor a sentença proferida em processo que correu à revelia, com falta ou nulidade da citação inicial, por ser possível que a ação haja sido proposta contra vários réus, em litisconsórcio facultativo simples. Se apenas um deles não foi citado, a sentença é existente, válida e eficaz com relação a todos; só não pode ser oposta ao que não foi citado, o que caracteriza exatamente a ineficácia. Declara-se a ineficácia a qualquer tempo (conclusão idêntica à de Teresa Wambier, que utiliza o conceito de inexistência, nesse caso), mas a declaração depende de alegação do interessado (no que dela divergimos, porque a inexistência pode ser declarada de ofício). Como, a nosso ver, o réu não citado pode aceitar a sentença, deixando, por exemplo, de alegá-la nos embargos à execução que venha a opor, vê-se que o conceito de ineficácia descreve com exatidão o que ocorre na hipótese.

40. “Sentença nula é a de que cogita o art. 741, I, do Código de Processo Civil, porém há outras, para as quais não se redigiu regra jurídica semelhante à do art. 741, I.” Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória*, p. 181.

41. *Tratado*, cit., p. 443.

42. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XI, p. 94-5.

II

PRINCÍPIOS, PRESSUPOSTOS E NULIDADES PROCESSUAIS

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam, em determinado momento da História, as noções fundamentais a respeito do que deva ser o processo.

No Brasil, receberam consagração constitucional os princípios:

- da inafastabilidade do Poder Judiciário;
- da ação;
- da representação por advogado;
- do juiz natural;
- da imparcialidade;
- do contraditório;
- da publicidade;
- da licitude das provas;
- da persuasão racional;
- do controle hierárquico; e, como síntese,
- o do devido processo legal.

O art. 5º, LIV, da Constituição estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A teoria dos pressupostos processuais e das nulidades trata dos requisitos necessários para que se constitua e desenvolva o processo, de modo a que possa ser qualificado como “devido”, nos termos da Constituição.

Esse “processo”, a que se refere a Constituição, é processo jurisdicional, que supõe ação, juiz e réu.

Não se admite, pois, que alguém seja privado da liberdade ou de bens de seu patrimônio, por atos administrativos e, menos ainda, por atos de “justiça de mão própria”.

Numa das primeiras aplicações do art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul afirmou a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n. 70, de 21 de novembro de 1966:

“Dir-se-ia que o Decreto-Lei n. 70/66 não impede o acesso à Justiça, restando sempre ao prejudicado o ensejo de propor demanda onde se apreciem os aspectos materiais e formais da execução forçada extrajudicial, como, por sinal, o fez o proponente desta ação. Porém a possibilidade de posterior ingresso no Judiciário jamais pode justificar a permanência do que é inconstitucional, de qualquer forma, porque afronta outros regramentos constitucionais, como é o caso do princípio do devido processo legal, da igualdade perante a lei, da isonomia processual.

Se antes havia acórdãos resolvendo pela constitucionalidade, é preciso levar em conta que não se encontrava, na anterior Carta Magna, norma como a do art. 5º, inciso LIV, da atual, impondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ora, difícil pretender que a execução forçada extrajudicial do Decreto-Lei 70/66 seja um processo legal, e, menos ainda, o devido processo legal”⁴³.

Essa inconstitucionalidade, porém, é negada pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê do seguinte acórdão:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que even-

43. TARS, 3ª Câm. Cív., Ap. 189.040.983, Rel. Sérgio Gischkow Pereira, j. 25-10-1989.

tual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido”⁴⁴.

Nessa forma de execução, extrajudicial, podemos ver um autor e um réu; autor, no sentido etimológico da expressão, isto é, aquele que age; exercício, no caso, não de ação em sentido processual, mas de ação em sentido material, justiça de mão própria. Vemos, também, um réu, no sentido de pessoa que sofre os efeitos da ação do autor. Mas falta o juiz e, sem ele, não há processo, no sentido constitucional da expressão.

Mas o que é um juiz? É um *terceiro* imparcial. O conceito de juiz supõe, assim, a existência de partes, ou seja, de um autor e de um réu. Não se pode falar em terceiro imparcial, sem que haja pelo menos duas partes.

Podemos, pois, apontar, como pressupostos subjetivos de *existência* do processo, um autor, um juiz e um réu.

A idéia de autor envolve as de réu, de demanda e de pedido. Autor é aquele que pede a tutela jurisdicional. Réu, aquele contra quem é formulado o pedido. Demanda é o ato de pedir. Pedido, aquilo que se pede.

A idéia de pedido envolve a de causa de pedir. Não se admite que o autor peça uma providência jurisdicional contra o réu, sem indicar o motivo que, no seu entender, autoriza a medida. Somente examinando a causa de pedir é que o juiz pode julgar fundado ou infundado o pedido.

Nossa lista de pressupostos existenciais do processo fica, pois, acrescida de três pressupostos objetivos: a demanda, o pedido e a causa de pedir.

A demanda é um ato processual: o mais importante ato processual, porque dele é que decorre a existência do processo. Todo ato tem forma. Há mesmo uma forma de nascer e de morrer. O ato chamado informal tem forma não prescrita em lei. Um aceno de cabeça

44. STF, 1ª Turma, RE 223.075-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23-6-98 (DJ, 6-11-1998).

é, não raro, forma de concordar. A demanda, ato de pedir, tem forma prescrita em lei. Exige-se que a petição inicial seja escrita ou reduzida a escrito. Exigindo a lei forma escrita para a demanda, sem ela o ato é juridicamente inexistente.

Assim, aos pressupostos subjetivos e objetivos tem-se de acrescentar os formais. No caso da demanda, a forma, quando prescrita em lei, é pressuposto de *existência* do processo.

Constituído o processo, pelo pedido do autor formulado ao juiz contra o réu, daí por diante os pressupostos a considerar já não dizem respeito à *constituição* do processo, mas ao seu *desenvolvimento* válido e regular. É a teoria das nulidades processuais que entra então em linha de consideração. Tudo isso para que se tenha um “devido processo legal”, apto a revestir de juridicidade eventual subtração da liberdade ou de bens do réu.

1. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A idéia de pressupostos processuais se deve a Büllow, um dos pais da ciência processual. Demonstrou ele que, no direito romano, não havia exceções processuais. A exceção era sempre substancial, isto é, defesa de mérito indireta. E argumentava: exceção implica ter o excipiente o ônus de alegar e provar o seu fundamento. Absurda, pois, a teoria das exceções processuais (então adotada), que, por coerência, deveria levar a negar-se ao juiz o poder de declarar de ofício a falta de pressuposto processual. Em substituição a essa teoria, lançou Büllow a dos pressupostos processuais⁴⁵.

O art. 267, § 4º, do Código de Processo Civil estabelece que o juiz conhecerá de ofício das matérias constantes de seu inciso IV, quais sejam, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Daí decorre que não podem ser consideradas pressupostos processuais as exceções processuais, ou seja, os obstáculos que somente a parte pode opor à prolação da sentença de mérito, deles não podendo o juiz conhecer de ofício. São, pois,

45. Oskar von Büllow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. da ed. alemã de 1868.

exceções processuais, e não pressupostos processuais, a incompetência relativa e a convenção de arbitragem.

Por igual razão, não são pressupostos processuais os defeitos processuais, sobretudo de forma, que dependam de alegação da parte para ser conhecidos pelo juiz.

Esta é, pois, uma diferença que se pode estabelecer entre pressupostos processuais e nulidades: da falta de pressupostos processuais o juiz sempre conhece de ofício; quanto às nulidades, nem sempre, pois algumas dependem de alegação das partes, sujeitando-se por isso à preclusão.

Há os pressupostos subjetivos, concernentes ao juiz e às partes, os objetivos e os formais, além dos extrínsecos (alheios à relação processual). Essa classificação quadripartida se deve a Galeno Lacerda⁴⁶.

Ao tratar especificamente das nulidades, o Código de Processo Civil preocupou-se principalmente com as resultantes dos defeitos de forma (arts. 243 e s.), o que levou Teresa Wambier a distinguir as nulidades de fundo, vinculadas às condições da ação e aos pressupostos processuais de existência e validade, das nulidades de forma⁴⁷.

Em essência, a distinção atende à circunstância, já apontada, de que, da falta de pressupostos processuais (nulidades de fundo), o juiz conhece de ofício; algumas nulidades de forma dependem de alegação da parte e se sujeitam à preclusão.

Mas não é exato que os arts. 243 e s. do CPC regulem apenas as nulidades de forma. Dizem respeito a quaisquer nulidades, inclusive as de fundo. Os arts. 248 e 249 dispõem:

“Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam dependentes.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados”.

46. *Despacho saneador*.

47. *Nulidades*, cit., p. 159.

É que, como já se observou, a falta de pressuposto processual não determina *sempre* a nulidade de *toda* o processo.

Segundo Teresa Wambier, a citação é pressuposto (de existência!) do processo. Contudo, a nulidade da citação não determina a nulidade da petição inicial e mesmo de liminar concedida sem audiência do réu; apenas os atos subseqüentes são desconstituídos.

Como a nulidade de um ato contamina apenas os subseqüentes, segue-se que os atos processuais, com seus respectivos pressupostos, são tanto mais importantes quanto mais cedo devam ser praticados. A nulidade da demanda, primeiro ato do processo, vicia o processo inteiro; a nulidade da citação anula todo o processo, com exceção dos poucos atos praticados anteriormente; a nulidade do julgamento da apelação deixa incólume todo o procedimento no primeiro grau de jurisdição, inclusive a sentença, o apelo e as contra-razões.

Esse é o motivo pelo qual se fala de pressupostos processuais sobretudo quanto aos atos de constituição do processo como relação jurídica vinculando autor, juiz e réu. Os atos posteriores são visualizados mais sob o prisma das nulidades processuais. Isso, porém, não afasta a identidade essencial, que vincula o tema dos pressupostos processuais ao das nulidades.

Galeno Lacerda classifica os pressupostos processuais em subjetivos, objetivos, formais e extrínsecos à relação processual.

São pressupostos subjetivos: a) concernentes ao juiz: ter jurisdição, ser competente para conhecer da ação e ser imparcial (inexistir causa de impedimento ou suspeição); b) concernentes às partes: personalidade judiciária (capacidade de ser parte), capacidade processual e representação por advogado.

São pressupostos objetivos a existência de um pedido, de uma causa de pedir, de nexos lógicos entre ambos e a compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um.

Os pressupostos formais dizem respeito à forma dos atos processuais. A título de exemplo podem-se apontar a forma escrita da petição inicial e da sentença, os requisitos da citação e intimações.

Entre os pressupostos extrínsecos Galeno Lacerda aponta o compromisso, a perempção, a caução, o depósito prévio das custas, a litispendência e a coisa julgada. Consideramos, porém, o compro-

misso (convenção de arbitragem) como exceção processual, porque dependente de alegação da parte. Restam, pois, como pressupostos extrínsecos à relação processual a perempção, a inexistência de litispendência e de coisa julgada, bem como a falta de caução ou de outra prestação exigida por lei, matérias de que o juiz pode conhecer de ofício (art. 301, § 4º).

Tais pressupostos, porque extrínsecos, são mais propriamente considerados “impedimentos processuais”. Diz Calmon de Passos:

“Ao lado dos pressupostos processuais, que dizem respeito estritamente aos sujeitos da relação processual e a seu objeto, há fatos relativos ao procedimento que impedem o desenvolvimento da relação processual. Para distingui-los dos pressupostos processuais, são designados como constituindo *impedimentos processuais*.

.....

No direito anterior, o art. 67, prevendo a caução para o autor não residente no País ou que dele se ausentasse durante o processo, condicionava-a ao requerimento do réu. Hoje, diversamente dispõe o art. 835, tornando-se dever do juiz a exigência de caução, independentemente de provocação da parte. Daí não haver o § 4º do art. 301 incluído essa hipótese entre as que se colocam fora do poder de iniciativa do magistrado.

Por força disso, é de entender-se a prestação de caução como um pressuposto processual? Respondemos negativamente. A conceituação de pressuposto processual não deve estar condicionada a contingência de ordem formal e sim a critério substancial. Julgamos de melhor técnica reservar-se o nome de impedimento processual às circunstâncias que obstem o desenvolvimento válido da relação processual, mas que a ela são estranhos, vale dizer, nem são pertinentes aos seus sujeitos nem pertinentes ao seu objeto”⁴⁸.

Galeno Lacerda não destaca um pressuposto processual importante que, a nosso ver, não encontra lugar na classificação por ele apresentada. Referimo-nos à demanda, ou seja, ao ato do autor que se dirige ao juiz pedindo a tutela jurisdicional.

48. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 277-8.

1.1. A formação do processo e os pressupostos processuais

Para a análise dos pressupostos processuais, adotamos, no essencial, a classificação de Galeno Lacerda, acrescida do pressuposto da demanda. São, assim, pressupostos processuais:

1. subjetivos, concernentes ao juiz: a jurisdição, a competência e a imparcialidade;
2. subjetivos, concernentes às partes: a personalidade judiciária, a legitimação para o processo e a capacidade postulatória;
3. objetivos: o pedido, a causa de pedir, a existência de nexo lógico entre ambos e, no caso de cumulação de pedidos, sua compatibilidade;
4. formais: os relativos à forma dos atos processuais;
5. extrínsecos à relação processual: a inexistência de impedimentos processuais, como a litispendência e a coisa julgada;
6. antes de todos eles, a demanda, isto é, o ato de pedir a tutela jurisdicional.

Há pressupostos que são de existência do processo, outros concernem apenas à sua validade; outros ainda dizem respeito apenas à sua regularidade. Nem sempre é fácil distinguir essas diferentes categorias, havendo muitas divergências a respeito.

1.1.1. A demanda

O art. 267 do Código de Processo Civil estabelece que o processo se extingue, sem julgamento de mérito, quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Como somente se extingue o que existe, daí concluir-se que não há pressupostos de existência do processo. Todavia, não se pode pensar em processo sem fato jurídico que o constitua. Tal fato é, via de regra, a demanda, isto é, o ato de pedir a tutela jurisdicional.

Apresenta-se, pois, a demanda como pressuposto de *existência* do processo. Como o juiz não age de ofício, o ato de alguém, que a ele se dirija, pedindo a tutela jurisdicional, apresenta-se como requisito para que se tenha o “devido processo” a que se refere a Constituição.

Historicamente nem sempre foi assim, sobretudo no processo penal. Os processos denominados inquisitórios podiam ser iniciados de ofício pelo juiz, isto é, sem provocação de quem quer que fosse.

Entende-se hoje que a iniciativa do juiz retira do processo seu caráter jurisdicional. Pode-se ter, então, atividade de *administração* da justiça, mas não atividade jurisdicional.

O princípio da demanda, da ação ou da inércia da jurisdição veda o exercício da jurisdição por iniciativa do juiz. É indispensável a ação ou atividade de um autor ou acusador.

O princípio da ação caracteriza o denominado sistema acusatório, em oposição ao inquisitório, em que o juiz age de ofício, como autoridade administrativa.

Primitivamente, a reação ao ilícito se concretizava por uma sanção imposta ao ofensor pelo próprio ofendido, ou por seus familiares, sem a interposição de quem quer que fosse.

Vedada a defesa privada, o Estado assume integralmente a função punitiva ou admite que o ofendido dela participe por meio da ação. No primeiro caso, o indivíduo não tem nenhuma ação, mas, em contrapartida, basta que o magistrado tenha notícia de algum delito para que possa perseguir o seu autor (sistema inquisitório). No segundo, o direito de ação substitui a primitiva ação punitiva, direta, do ofendido, contra quem ele considera responsável pela ofensa. Persegue-o em juízo em vez de persegui-lo pelos campos.

Em matéria civil, a regra, antiqüíssima, é o direito de ação conferido apenas ao próprio lesado ou interessado.

Em matéria penal, o poder de agir foi conferido a qualquer do povo, no processo acusatório romano, mas a regra, hoje, é outorgá-lo apenas a um órgão do Estado (Ministério Público), ficando, assim, o ofendido duplamente impedido de agir contra o ofensor. Não tem nem a ação direta (defesa privada, exercício das próprias razões), nem a ação processual.

O princípio da ação, quanto ao processo penal, está consagrado no art. 129, I, da Constituição: "São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei".

Quanto ao processo civil, o princípio da ação, com seu corolário da vedação de julgamento *extra* ou *ultra perita*, encontra-se embutido na fórmula ampla do “devido processo”, no art. 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O juiz não pode exercer, de ofício, a jurisdição. *Nemo iudex sine actore*.

O princípio da ação, também denominado “princípio da demanda”, impede que o juiz profira sentença além do pedido ou fora dele. A ação, quer civil, quer penal, deve conter um pedido certo, fundado em fatos determinados. O juiz não é um livre investigador de provas incertas ou imprecisas, para justificar pretensões incertas e imprecisas de uma das partes. Aí a diferença fundamental entre ação e inquérito (ou devassa). O inquérito pode dirigir-se contra pessoas incertas. A acusação dirige-se contra pessoa certa. O inquérito se destina à descoberta de fatos novos. A ação visa a averiguar a veracidade ou não de fatos afirmados na inicial.

Eis, porém, que nos deparamos com o disposto no art. 989 do CPC:

“O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal”.

O processo de inventário, no sistema de nosso Código de Processo Civil, é de jurisdição contenciosa. Temos, pois, aí, uma hipótese de processo que pode iniciar-se de ofício, pelo juiz, isto é, uma hipótese de processo sem demanda.

É certo que o processo é uma relação jurídica que, por isso mesmo, supõe pelo menos *dois* sujeitos. É também certo que a relação processual completa supõe *três* sujeitos: um juiz, um autor e um réu. Mas pode também existir incompleta, apenas na linha autor-juiz. Por que não apenas na linha juiz-réu?

Atualmente, a doutrina processual conjuga as idéias de ação, jurisdição e processo como um todo, cada um desses conceitos exigindo os demais.

O art. 2º do CPC estabelece que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos

casos e formas legais” e o art. 262 dispõe que o processo civil começa por iniciativa da parte.

Contudo, ainda se encontram, na legislação, alguns casos, embora raros, de processo sem ação.

Em outros domínios, a ciência não tem alternativa diversa senão a de ajustar-se aos fatos. No campo do direito é possível o contrário, isto é, fazer com que os fatos se ajustem à doutrina.

Assim, na esfera do processo penal, a Constituição de 1988 e, antes dela, a Lei Orgânica do Ministério Público, eliminou a possibilidade de processos penais de iniciativa do juiz.

Na esfera civil, além do processo de inventário, iniciável de ofício, temos, ainda hoje, processo sem autor no art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho:

“A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente do Tribunal competente...”.

Na Lei dos Juizados Especiais chegou-se ao mesmo resultado prático, admitindo-se que a execução da sentença se inicie mediante solicitação verbal do interessado (Lei n. 9.099/95, art. 52, IV). Assim, jamais se poderá afirmar a inexistência jurídica da execução, por iniciada de ofício pelo juiz, porque sempre se terá de admitir a hipótese de que ela haja sido instaurada a pedido — verbal — do credor.

Nesses casos, a atividade exercida pelo juiz, pelo menos ao desencadear o processo, tem natureza administrativa, e não jurisdicional; autor não é quem pede, mas aquele que será beneficiado pela sentença proferida contra ou em face do réu.

Mas o que devemos realmente esclarecer é se, constituída pela citação a linha juiz-réu, sem prévia demanda, os atos que o juiz pratique, especialmente a sentença, devem ou não ser havidos como juridicamente inexistentes.

Ora, iniciado o processo, de ofício, o réu poderá interpor o recurso cabível, para o tribunal competente, que deverá pronunciar-se sobre se está ou não configurada alguma hipótese excepcionalíssima em que tal iniciativa seja admissível; igual pronunciamento, em grau de recurso, supõe processo existente.

Entendemos por isso que a sentença proferida em processo *de conhecimento* iniciado de ofício é rescindível, por violação de literal disposição de lei; iniciada *execução* de ofício, execução há, ainda que a arrematação eventualmente efetivada possa, depois, ser desconstituída por ação anulatória.

Dir-se-á que se trata de vício gravíssimo. Sem dúvida, mas não menor do que a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, que também é apenas rescindível (CPC, art. 485, II).

Mesmo que afirmássemos a nulidade, em vez da rescindibilidade da sentença, ainda assim estaríamos a reconhecer a existência jurídica do processo.

No caso excepcional de processo iniciado de ofício, é a citação que faz nascer a relação interpessoal juiz-réu-autor, este no sentido de eventual beneficiário da atividade judicial.

Chegamos, assim, a um resultado contraditório, por havermos, primeiro, afirmado que a demanda constitui pressuposto de *existência* do processo, admitindo, depois, a existência jurídica de processo iniciado de ofício.

Supera-se a contradição observando-se que o processo é relação jurídica que supõe fato jurídico que a constitua; tal fato é, via de regra, a demanda; excepcionalmente, a citação.

Cabe indagar, por fim, da constitucionalidade desses casos que excepcionam o princípio da ação. Há ofensa ao “devido processo legal”?

Parece-nos que não: no caso do inventário, por suas características, que o levam a ser considerado, em sistemas estrangeiros, como processo de jurisdição voluntária; nos casos de execução de sentença, porque se pode concebê-la como nova fase do processo, compreendendo-se no pedido de condenação o de execução, por não satisfazer o credor a mera condenação do devedor.

1.1.2. O autor

Imaginemos que haja uma demanda e um juiz, mas que não exista o autor: alguém formulou pedido (demanda) a um juiz, mas não existe a pessoa em cujo nome foi formulado o pedido.

Isso pode acontecer, por exemplo, no caso de um ambientalista se dirigir ao juiz formulando pedido em nome de uma espécie vegetal ou animal ameaçada de extinção.

Entendemos que, havendo demanda, processo há, ainda que inexistia o autor.

O processo resulta de um ato (demanda), denominado petição inicial, pelo qual o requerente (autor) pede, ao juiz, tutela jurisdicional contra ou em face de outrem (réu). Essa é a regra.

Na linguagem de Pontes de Miranda, tem o autor, antes, pretensão à tutela jurídica (pré-processual), ou seja, o poder exigir que o Estado tutele o direito. Do *exercício* dessa pretensão, representado pela petição inicial, nasce a *pretensão processual*, da qual decorre a obrigação do Estado de prestar a decisão. O pedido, ou melhor, aquilo que se deduz no pedido contra o réu, é a *pretensão de direito material*⁴⁹.

Admitido que a demanda (ato de pedir) é pressuposto de existência do processo, deve-se daí concluir que também o é a existência do autor? A resposta é *não*, apesar de parecer que se está, assim, a imaginar a existência de um ato sem alguém que o pratique, de uma demanda sem que exista um demandante. Resolve-se a aparente contradição com a observação de que, no caso de inexistência do autor, atribui-se o ato a quem efetivamente o praticou, embora invocando o nome de outrem. Observa Jorge Luís Dall'Agnol:

“Pontes de Miranda afirma que se falta a qualidade de parte (‘se o processo foi intentado pelo procurador quando já morto o autor’) não há relação jurídica processual.

Discorrendo sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira colaciona os seguintes exemplos: 1) advogado, munido de procuração, ajuíza a inicial sem ter notícia de que o outorgante viera a falecer; 2) cita-se por edital pessoa que depois se verifica estar morta desde data anterior. Nesses casos, elucida esse autor, ‘haverá lugar, sem dúvida, para um pronunciamento do órgão judicial, quando se advirta do problema: e é quanto basta para que se tenha de reconhe-

49. *Tratado*, cit., p. 40, 42 e 37.

cer que *algo*, no processo, *existe*, e até vale: negar ao juiz a possibilidade de pôr termo validamente à atividade processual, em semelhante urgência, seria tornar insolúvel o problema!’

No caso alusivo ao réu (...), dúvida nenhuma há de que existe processo e, por isso mesmo, seria válida a decisão do juiz que anulasse os atos desenvolvidos a partir da citação (inexistente ou nula — observação nossa), visando a sucessão processual ou eventual extinção do processo (na ausência de sucessores).

Na hipótese concernente ao autor também não há negar existência ao processo. Dê-se prosseguimento ao exemplo referido: imagine-se que o réu tenha sido citado e contestado, antes de o juiz tomar ciência do falecimento do autor (em data anterior ao ajuizamento da demanda). Que natureza teria a decisão que, reconhecendo o óbito, extinguisse o processo e condenasse o advogado no pagamento das custas e honorários advocatícios? Não seria sentença terminativa do processo? Não constituiria ela virtual título executivo judicial? É claro que sim.

Aliás, em situação análoga pronunciou-se a colenda 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Rel. Dr. Nélson Luiz Púperi, nos seguintes termos:

‘Comprovado que a companhia administradora de imóveis propôs a ação de despejo em nome de pessoa falecida, correta se revela a sentença que declara extinto o processo com apoio na regra do art. 267, IV, CPC, condenando o mandatário ao pagamento das custas e honorários advocatícios’.

.....
Chiovenda (...) em irrepreensível lição assentou, *verbis*:

‘Se a demanda provém de uma pessoa ou se dirige a uma pessoa *na qualidade* de representante de um incapaz, de órgão de uma pessoa jurídica, quando, entretanto, tal qualidade não lhe corresponde (*falsus tutor, falsus procurator*), a relação processual inexistente *com respeito ao pretense representado*; porém, existe por certo: só há incerteza sobre se o sujeito dela é o pretense representante ou o pretense representado. Enquanto o juiz não houver declarado se existe ou não a pretensa qualidade, deve considerar-se o caso como de nulidade’.

Também assim se, utilizando-nos do exemplo de Celso Agrícola Barbi, uma Comissão Organizadora de Festival propor uma demanda perante órgão judiciário e este repeli-la liminarmente sob o fundamento de carência de capacidade de ser parte. Haverá aí lugar para uma resolução extintiva do processo, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Não há como negar, nestas situações, exercício de atividade processual válida e desenvolvida no processo. É através deste que o órgão judiciário avalia e define qualquer postulação que lhe seja submetida à apreciação”⁵⁰.

É claro que não se pode conceber pedido sem que exista quem peça. Todavia, pedido há, ainda que alguém o formule em nome de quem não existe ou juridicamente não existe. Nesses casos, imputa-se o pedido a quem efetivamente o formulou, afirmando-se procurador de outrem. Processo há, que deve ser extinto, possivelmente com a condenação do falso procurador nas custas e em outras cominações previstas em lei. A sentença que o juiz profira, contra ou a favor, é ineficaz em relação ao pretense representado, ineficácia declarável de ofício, a qualquer tempo, e mesmo incidentalmente em outro processo.

A demanda formulada em nome de pessoa inexistente irradia pelo menos um efeito jurídico, qual seja, o de criar, para o juiz, o dever de indeferir a inicial, que, aliás, deverá fazê-lo motivadamente, como o exige o art. 93, IX, do CPC. É o quanto basta para que se afirme a existência do processo. Dizer-se que, nesse caso, não há ação, mas apenas exercício do direito de petição, é fugir à realidade com mero jogo de palavras.

O acolhimento dessa tese parece encontrar obstáculo no art. 37 do CPC, que manda considerar inexistente a demanda, se a parte em cujo nome foi formulado o pedido não ratificar o ato do advogado que requereu em seu nome. Nele se lê:

“Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte,

50. Jorge Luís Dall’Agnol, *Pressupostos processuais*, p. 30-1.

intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”.

O mesmo dispositivo, porém, resolve a questão. O advogado não poderia responder por perdas e danos em decorrência de atos que não existiram. A inexistência, pois, a que se refere o dispositivo, é em relação à parte que não ratificou os atos praticados. Trata-se, pois, na verdade, de ineficácia. Como observa Jorge Luís Dall’Agnol,

“... não se cuida, na espécie, de parte sem procurador. Ao contrário, trata aquele dispositivo de lei justamente é de advogado sem parte. Conforme chamou a atenção Ovídio A. Baptista da Silva, ‘se o ato pode ser ratificado, é porque ato processual na verdade *existira*. Se não for ratificado, a inexistência decorrerá, a rigor, da circunstância de não haver a parte (!), através de procurador, praticado qualquer ato’. Ineficazes seriam os atos praticados em relação àquela parte que se supôs representada”⁵¹.

1.1.3. O réu

Um processo perfeitamente caracterizado supõe três pessoas: um autor que pede, um réu em face do qual é formulado o pedido, um juiz para acolher ou rejeitar o pedido.

Havendo demanda formulada a um juiz, temos dois dos três sujeitos do processo.

Suponha-se que o demandante formule pedido contra réu inexistente, por exemplo, porque já faleceu. Há processo?

Tomando posição nesse tema tão controvertido, sustenta Jorge Luís Dall’Agnol que a existência do réu não constitui pressuposto de

51. Jorge Luís Dall’Agnol, *Pressupostos*, cit., p. 30.

existência, pois, formulada a demanda, pode o juiz “já neste primeiro contato com o autor: a) extinguir o processo por inépcia da inicial; b) conceder liminar; c) praticar atos processuais em casos de reintegração e manutenção de posse, ações decorrentes de venda a crédito com reserva de domínio, ação de embargos de obra nova, ações de separação judicial e divórcio, ações de alimentos e d) indeferir liminarmente a inicial quando reconhecer a decadência ou a prescrição”⁵².

Entendemos que somente há processo (jurisdicional) se formulado pedido contra alguém ou em face de outrem. Portanto, não há processo (pelo menos o chamado processo contencioso) sem réu. O que pode faltar é a *efetiva* existência do réu, como no caso de ser proposta ação, ignorando o autor o falecimento do réu.

Apresentada a petição inicial ao juiz, tem este o dever de prestar a tutela jurisdicional, ainda que sob a forma de seu indeferimento, sem que caiba indagar se, no momento dessa decisão, o indigitado réu está vivo ou morto, existe ou não existe.

Se o réu indicado pelo autor de fato não existe, é inútil toda a atividade processual desenvolvida, inclusive a eventual concessão de liminar, por não haver quem deva suportar-lhe os efeitos. A decisão poderá produzir efeitos de fato contra terceiros, mas contra estes ela é juridicamente ineficaz.

Em caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi proposta ação possessória contra réus falecidos, citados por edital. Julgada procedente a ação, os filhos, na dupla condição de herdeiros e de ocupantes do imóvel, impetraram mandado de segurança, concedido em recurso ordinário. Lê-se no acórdão:

“I — Requerida a citação editalícia de réus falecidos, fato certificado pelo Oficial de Justiça, impõe-se reconhecer a nulidade do ato citatório e a não-ocorrência de formação da coisa julgada.

II — As nulidades de pleno direito, que decorrem da falta de regular formação da relação processual, podem ser deduzidas a qualquer momento, mesmo em sede de mandado de segurança impetrado por herdeiro dos falecidos.

52. *Pressupostos*, cit., p. 29.

O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: — O recorrente impetrou segurança contra ato judicial que determinou a expedição de mandado de reintegração da recorrida na posse de imóvel situado na Capital fluminense. Sustentou ser ilegal o referido ato, tendo em vista que a ação que deu origem ao mencionado mandado tramitou sem observância do devido processo legal, ao ser feita a citação de seus pais, à época falecidos.

Pediu, então, que fosse suspensa a reintegração até o julgamento final da ação rescisória que seria ajuizada.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, denegou a segurança, entendendo ser defeso suspender a execução de sentença rescindenda.

Irresignado, o impetrante interpôs recurso ordinário reafirmando a ilegalidade do ato, reconhecível até mesmo em mandado de segurança, haja vista a inexistência da sentença proferida nos autos da reintegração, que tramitou sem citação válida dos réus.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem, merecendo parecer favorável do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): — Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O impetrante, filho de Joaquim Pinheiro Correia, réu, juntamente com sua mulher Maria da Estrela Roias Melo, em ação de reintegração na posse movida pela recorrida, insurgiu-se contra ato judicial que determinara a expedição de mandado de desocupação do imóvel.

Em primeiro lugar, é de assinalar-se que a legitimidade do impetrante é clara, uma vez que, com a morte de seu pai, então ocupante do imóvel, se deu a abertura da sucessão e a conseqüente transmissão dos direitos possessórios, nos termos do art. 1.572 do Código Civil. Assumiu ele, na condição de herdeiro, os bens que lhe caberiam na sucessão, podendo defender a herança contra tercei-

ro, usando da disposição contida no art. 1.580 da codificação citada. A propósito, a decisão desta Turma no REsp n. 36.700/SP (DJ 11.11.96), de que fui Relator, consubstanciada em acórdão com a seguinte ementa:

‘I — Como anotado por Ernane Fidélis, ontologicamente a herança se distingue do espólio. Este é visto do ângulo dos próprios bens que o constituem, enquanto a herança se vê do ângulo de posição dos próprios herdeiros.

II — Os descendentes co-herdeiros que, com base no disposto no parágrafo único do art. 1.580, CC, demandam em prol da herança, agem como mandatários tácitos dos demais co-herdeiros aos quais aproveita o eventual reingresso do bem na ‘*universitas rerum*’, em defesa também dos direitos destes.

III — Um dos herdeiros, ainda que sem a interveniência dos demais, pode ajuizar demanda visando à defesa da herança, seja o seu todo, que vai assim permanecer até a efetiva partilha, seja o quinhão que lhe couber posteriormente’.

Ademais, mesmo que não fosse herdeiro, teria ele legitimidade, em tese, para questionar o ato ordinatório da desocupação, já que atual ocupante do bem.

No que concerne à matéria de mérito, deve-se registrar ter sido demonstrado que a autora da ação originária (resolução de contrato cumulada com reintegração de posse), ora recorrida, teve ciência da morte dos réus por informações do meirinho oficiante, que certificou a ocorrência nos autos (certidão de fls. 06v.). Ao invés de providenciar a substituição deles, preferiu requerer a citação editalícia, tendo sido atendida por despacho do Juiz da causa.

Ao votar como Relator no REsp n. 16.391/RJ (DJ 21.06.93), que tratou de caso semelhante a este, sustentei:

‘O processo, como instrumento da jurisdição, apresenta-se como uma relação jurídica, em cujo vértice se coloca o juiz-Estado e nos pólos ativo e passivo se posicionam as partes. Imprescindível, para a sua constituição e desenvolvimento válido, que, em pólo oposto ao autor, esteja o réu, quer através de regular convocação, quer por comparecimento espontâneo. Pode o réu não comparecer e mesmo assim a relação jurídica processual se constituir. O que não pode, to-

davia, é incorrer a regular citação do réu, vício somente suprível pelo seu comparecimento espontâneo (CPC, art. 214, § 1º).

Processo sem réu não é processo. Não há relação processual. Daí o relevo do instituto da citação, vinculando ao princípio do contraditório, um dos pilares do *due process of law*.

‘Na verdade’, consoante observou Luiz Carlos de Azevedo, em sua sintética e precisa monografia *O direito de ser citado* (Ed. Resenha Universitária, SP, 1980), ‘o direito de ser citado acerta com a própria origem da humanidade; sua constante permanência ao longo da História fornece o alcance do seu significado, para localizá-lo entre aqueles direitos que pertencem ao indivíduo como emanção de sua personalidade. Por isso, é absoluto, intangível, indisponível; inseparável da pessoa humana. Não há como afastá-lo’.

Na mesma linha, escreveram Sanseverino e Komatsu (‘A citação no Direito Processual Civil’, RT, 1977, n. 2):

‘Alguns autores, como Cunha Salles e João Monteiro, reproduzindo Vanguerve e outros, têm ido buscar o fundamento da citação no Direito Divino, porque, dizem, a primeira citação foi praticada por Deus, quando quis castigar o pecado de Adão, previamente o interpelando: *Vocavitque Dominus Deus Adam, et dixit ei: Ubi es?*’

Todos, estrangeiros e nacionais, o declararam repousante no Direito Natural, que, consagrando o princípio da eterna justiça, não permite que ninguém seja julgado sem que tenha podido se defender. São João Evangelista ensinava, ‘v. g.’, que ninguém deveria ser condenado sem ser ouvido (*‘nemo debet inauditus damnari’*). Ele próprio, aliás, foi citado ao ser acusado por Tértulo. São Bernardo afirma que *‘nisi audiantur partes, in partes, judicari quid potest’*.

A citação, por isso, é a base da ação e do julgamento, é a mais necessária de todas as peças do processo e a sua razão de ser repousa no próprio Direito Natural. É, com efeito, um princípio sagrado que ninguém pode ser julgado se não foi chamado a se defender: *‘Qui statuit aliquid parte inaudita altera. Aequum licet statuerit, aut aequus fuit’* (Sêneca).

Constitui, como já vinha consignado nas Instituições de Justiniano, o princípio e o fundamento de toda ordem judicial: *‘Immo citatio est principium et fundamentum judicii’*, porquanto, não poden-

do, sem ela, o réu deliberar sobre o seu direito, para ou repelir uma pretensão injusta, ou evitar de sua parte alguma oposição inconsiderada e sem êxito, seria sempre vítima da violência ou da surpresa e, por isso, se diz que 'onde quer que haja um direito a ser reclamado, uma reparação a ser exigida, uma culpa a punir, a citação se impõe como uma providência substancial e necessária, de modo que a sua falta trará como consequência a anulação de qualquer procedimento judiciário, que, porventura, tenha sido invocado'.

Dessas considerações chega-se à formulação segundo a qual, 'se o processo judiciário é um instrumento técnico dedicado à melhor realização da Justiça e se lhe é oportuno colher subsídios à fantástica máquina operacional construída pelo progresso, nem por isto poderá afastar-se de sua finalidade última, isto é, fornecer, ainda que com maior celeridade e eficiência, garantia e segurança àqueles que dele se servem' (L. C. Azevedo, 'op. cit.', p. 373).

Em singela monografia sobre o tema das nulidades ('Prazos e Nulidades em Processo Civil', Forense, 1990, 2ª ed., n. 13, pp. 54/55), que peço vênia para trazer à colação, tive ensejo de escrever:

'Como atos nulos *pleno iure*, vamos descortinar especialmente os praticados em causas nas quais não se formou a relação processual, a exemplo do que ocorre em feitos desprovidos de citação válida, estando ausente o réu, ou quando não citados todos os litisconsortes necessários.

São insanáveis. A circunstância de serem insanáveis, contudo, não impede que possam ser supridos, a exemplo do que se dá com o comparecimento do réu que contesta, dando-se por citado, muito embora irregular a citação, cumprindo salientar a distinção porque, no exemplo dado, a defesa será tida como tempestiva mesmo que apresentada além do prazo previsto para a contestação.

A distinção dos atos nulos *pleno iure* com os absolutamente nulos reside no fato de que nestes há o processo, enquanto naqueles não se forma a relação processual.

Na nulidade processual, *ipso iure*, o vício é mais grave porque atinge a própria relação processual, que sequer se forma. O vício nunca será sepultado pela preclusão, dispensando até mesmo a via da ação rescisória. Assim, não citado validamente o réu, ou o litiscon-

sorte necessário (também réu), salvo na hipótese de comparecimento espontâneo, suprindo-se o vício, não haverá processo; logo, não haverá ato processual em relação a eles, nem sentença (que é ato processual). Não havendo sentença válida, não haverá coisa julgada. Logo, o vício não convalesce sequer pelo fenômeno da *res iudicata*.

.....

In casu, em que pese ter havido citação-edital, e posterior nomeação de curador, à evidência que não preencheram tais atos os seus objetivos legais. Bastaria recordar-se que na convocação edital, forma de citação ficta, presume-se que o réu dela venha a ter ciência, donde ser também chamada presumida. E não se pode presumir tal ciência de pessoas já falecidas.

Nula, portanto, a citação, nos termos expressos do art. 247, CPC'.

Quanto à discussão da matéria em sede de mandado de segurança, não há qualquer empecilho. Conforme já se viu, não se formou a citação válida na demanda resolutória cumulada com reintegratória, não havendo que se falar em autoridade da coisa julgada. Sem citação regular dos réus, o processo se desenvolve somente angularmente entre autor e juiz, sem possibilidade de fazer valer o contraditório, garantia maior do processo. Assim, a sentença proferida é ato inexistente, como decidiu esta Turma no RMS n. 1.986/RJ (RSTJ 46/528), de que foi Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, em acórdão assim ementado:

‘Nulo de pleno direito é o processo que se fizer sem a citação da parte. Conseqüentemente, inexistindo sentença válida, não há que se falar em coisa julgada. Cabimento do mandado de segurança por ofensa a direito líquido e certo do impetrante, presentes ainda os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*’.

É de frisar-se, por oportuno, que improcede a argumentação da litisconsorte de que o mandado de segurança seria incabível, nos termos do Enunciado n. 267 da Súmula/STF, uma vez que se trata de ato judicial recorrível. Na espécie dos autos, o impetrante não foi parte no feito originário, não tendo, então, necessidade, mas, sim, faculdade, de interpor recurso de agravo. Essa a índole do Verbete n. 202 da Súmula deste Tribunal, que diz:

‘A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso’.

Procede, desta forma, o pedido recursal para que se conceda a segurança, cumprindo ressaltar que o requerimento do impetrante se limita à suspensão do mandado de reintegração da litisconsorte na posse do imóvel até julgamento da ação rescisória que viria a ser ajuizada.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para sustar a desocupação até julgamento da rescisória, ou outra ação que as suas vezes fizer (declaratória de nulidade, p. ex.). Sem honorários, nos termos do Enunciado n. 105 da Súmula/STJ⁵³.

No caso, o mandado de segurança foi impetrado para fins de suspensão da execução até o julgamento final de ação rescisória a ser proposta. Mas não era necessária ação rescisória. A falta de citação pode ser alegada em embargos à execução (CPC, art. 741, I), em mandado de segurança e até incidentemente.

1.1.4. O juiz

O processo, no sentido em que o estamos examinando, supõe órgão do Estado investido do poder jurisdicional. Se, por exemplo, alguém formula pedido (demanda) a um bispo, que não é órgão do Estado, não há processo. Diz Jorge Dall’Agnol:

“Demanda proposta perante quem não tem investidura jurisdicional, *e. g.*, porque concursado ainda não foi nomeado; ou porque juiz em disponibilidade ou aposentado, não tem idoneidade para ensejar processo (jurisdicional)”⁵⁴.

Assim, os pressupostos *de existência* do processo seriam dois e apenas dois, a saber, a existência de uma demanda e de um juiz.

Como já observamos, o tema está longe de ser pacífico. Assim, por exemplo, José Joaquim Calmon de Passos acrescenta, a esses

53. STJ, 4ª Turma, ROMS 8.865-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19-2-1998, *Lex — Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 108/81.

54. *Pressupostos*, cit., p. 33.

dois pressupostos, a capacidade dos sujeitos de serem partes, considerando-a, pois, necessária para a *existência* do processo:

“Para que a relação processual exista juridicamente, alguns requisitos são reclamados — os chamados pressupostos de constituição: existência do órgão com jurisdição, *capacidade dos sujeitos de serem partes* (grifamos) e postulação”⁵⁵.

Seja como for, o certo é que não há processo (jurisdicional) sem juiz.

A sentença é, sim, juridicamente inexistente, na ausência de qualquer processo. É inexistente, diz Pontes de Miranda, “a sentença publicada, sem ser proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue (*e. g.*, proferida ao mesmo tempo que a pronúncia penal, ou a que se ditou em processo diferente daquele a que se destinavam as notas)”⁵⁶.

Trata-se de hipótese acadêmica, de difícil ocorrência.

1.1.5. Os pressupostos processuais relativos ao juiz

São pressupostos subjetivos, concernentes ao juiz: ter jurisdição, a inexistência de causa de impedimento ou suspeição, que se traduz, positivamente, pelo requisito de sua imparcialidade, e a competência.

a) Jurisdição

Ter jurisdição é o primeiro pressuposto relativo ao juiz. Trata-se, sim, de pressuposto de existência. “Juiz” sem jurisdição não é juiz. Como não há processo sem juiz, segue-se que é inexistente a “sentença” proferida pelo não-juiz. Para a declaração dessa inexistência não é preciso ação rescisória, nem provocação da parte, nem há que se cogitar de prazo decadencial para que seja argüida.

Embora tudo isso não suscite dúvida maior, não se pode excluir a invocação, em alguma hipótese, da figura do “funcionário de

55. *Comentários*, cit., v. III, p. 270.

56. *Tratado*, cit., p. 449.

fato”, para validar sentenças proferidas por pessoa investida na jurisdição por ato nulo, ou que se investiu no exercício da jurisdição em circunstâncias de revolução ou guerra.

Inversamente, é possível que se tenha de afirmar a nulidade, e não mera rescindibilidade, de sentença proferida por juiz regularmente investido na jurisdição.

Diz Humberto Theodoro Júnior:

“A competência, em regra, não é matéria de nulidade absoluta da sentença. Tanto é que, mesmo em se tratando de julgado proferido por juiz absolutamente incompetente, o Código se limita a prever, tão-somente, a sua rescindibilidade (CPC, art. 485, II). Mas uma coisa é a incompetência, como falta de atribuição legal para conhecer de uma entre outras causas de igual relevância e atribuídas a juízes de igual atribuição dentro da hierarquia jurisdicional e da partilha de competência feita pela Constituição. Outra coisa muito diversa é a total ausência de jurisdição, por questão de hierarquia entre os diversos órgãos que compõem o poder jurisdicional do país, ou por desrespeito a normas superiores da própria Constituição, no que diz respeito às atribuições das diversas ‘Justiças’ instituídas pelo poder constituinte.

Em semelhante conjuntura, a invasão de competência não representa simples violação de questões da ordem da incompetência absoluta. A transgressão vai muito mais longe, de sorte que o julgamento, como violação da competência hierárquica e da competência discriminada entre as diversas Justiças e órgãos pela Carta Magna, equivale a um julgamento por quem não detém a mínima parcela de *jurisdição* para o ato de autoridade que ousou praticar.

Dito julgamento configurará, destarte, não apenas uma sentença rescindível, mas um julgado nulo *ipso jure*, incapaz de gerar a coisa julgada e, por isso mesmo, insuscetível de se convalidar pelo transcurso do prazo decadencial destinado à interposição da ação rescisória. Seria, aliás, cabal absurdo pretender que, pela ausência de rescisória, adquirisse força e validade jurídicas um acórdão de Tribunal local que tomasse conhecimento de um recurso extraordinário e o julgasse, assumindo o lugar do STF. O mesmo se diria do ato do juiz de primeiro grau que, exorbitando de suas funções, exami-

nasce o mérito da apelação, e, considerando infundadas as razões da parte, decidisse que a sentença já transitou em julgado por que razão não tinha o recorrente para se contrapor à sentença.

Também entendo que o mesmo ocorre quando uma causa civil venha a ser julgada por um Tribunal Trabalhista, ou vice-versa; ou uma causa da União venha a ser dirimida pela Justiça Estadual; ou, ainda, uma causa entre particulares, sem conexão com outra da União, venha a ser solucionada pela Justiça Federal⁵⁷.

No mesmo sentido a lição de Calmon de Passos:

“O poder de julgar o magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido do poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (penal-militar — art. 124; eleitoral — art. 121; do trabalho — art. 114; federal — art. 109) e a comum — remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar *limitado* constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na Carta importa, mais que em defeito de competência, em *defeito de jurisdição*. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, conseqüentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual⁵⁸.

Trata-se de lições que podem ser aplicadas em casos em que a competência resulta claramente da Constituição. Entretanto, há os casos de séria e continuada divergência jurisprudencial, a justificar a rescisão da sentença, mas não a declaração de sua inexistência ou nulidade a qualquer tempo. Assim, por exemplo, entendia o Superior Tribunal de Justiça que era da justiça comum a competência para julgar as ações de indenização por dano moral, proposta por empregado contra seu empregador. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 238.737-4-SP, veio a firmar entendimento contrário, dizendo que, tratando-se de litígio surgido

57. Humberto Theodoro Júnior, Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, *Ajuris*, 25/161-79.

58. *Comentários*, cit., v. III, p. 291.

em decorrência de relação de emprego, nada importa que a causa deva ser resolvida com base no direito civil. Esse acórdão provocou mudança da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹.

Entrementes, quantas ações não terão sido julgadas pela justiça comum? Que seja cabível ação para rescindi-las é razoável; não que qualquer juiz possa, a qualquer tempo, pura e simplesmente declarar sua inexistência ou nulidade.

O princípio da sanação atua também nos casos de incompetência absoluta. O vício detectado na pendência do processo sana-se com a remessa ao juiz competente. Decreta-se a nulidade apenas dos atos decisórios, não do próprio processo (CPC, art. 113, § 2º). Extinto o processo por sentença de mérito, sana-se o vício pelo decurso do prazo de dois anos estabelecido para a propositura de ação rescisória (CPC, art. 485, II). É que, decorrido esse prazo, a sentença torna-se inatacável por qualquer meio, tendo-se o que José Frederico Marques chamou de “coisa soberanamente julgada”.

b) Competência

O pressuposto processual da competência vincula-se ao princípio do juiz natural, expresso em dois dispositivos da Constituição: no art. 5º, LIII — “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e XXXVII — “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

As normas sobre competência têm aplicação imediata, de modo que o princípio do juiz natural não assegura ao réu o direito de somente ser processado ou sentenciado por órgão que já tivesse competência à data do fato ou da propositura da ação. Não se tem aí, observa Pontes de Miranda, “regra de direito intertemporal, que confira ao acusado o direito de só ser processado, ou sentenciado, pela autoridade competente ao tempo do ato delituoso, ou, sequer, ao tempo de subirem à conclusão os respectivos autos”⁶⁰.

59. STJ, CComp 21.528-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10-3-1999.

60. *Comentários à Constituição de 1946*, v. 4, p. 397.

Excluído que se trate de norma de direito intertemporal, é algo redundante a norma de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Bastaria o enunciado do art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Conforme Pontes de Miranda, “tribunal de exceção é o que se estabelece para determinado caso, ou casos: a) já ou ainda não ocorrido; b) provenha ou não de lei a deliberação de instituí-lo; c) quer seja novo, ou já existente o órgão ordinário, ou especial, a que se confere o julgar excepcionalmente. (...) Juiz que pertence à organização judiciária normal pode vir a ser juiz de exceção, infringindo-se o princípio”⁶¹.

Entende-se mais facilmente o que se quer coibir com o dispositivo em exame, lendo-se o texto correspondente da Constituição Política do Império do Brasil, o art. 179, 17: “não haverá ... comissões especiais nas causas cíveis e crimes”.

Trata-se, em última análise, de assegurar a imparcialidade do órgão julgador, impedindo-se a constituição de tribunais *ad hoc*, pre-determinados a condenar ou absolver, pois a idéia de julgamento é incompatível com a de predeterminação de seu conteúdo. Certa álea, certa incerteza sobre a sentença que há de sobrevir integra o próprio conceito de julgamento. Se a decisão já foi tomada antes de reunir-se o tribunal, ou fora dele, o julgamento não passa de uma farsa.

Comissão constituída para julgar caso determinado parece suspeita, independentemente da suspeição dos membros que a compõem, o mesmo se podendo dizer do tribunal constituído para julgar uma série de casos determinados, anteriormente ocorridos.

Não afronta, porém, o princípio a instituição de órgãos especiais para julgar certa classe de casos, como ocorre com as varas privativas dos feitos da Fazenda Pública. Também não se vedam os chamados “regimes de exceção”, com que se busca pôr em dia o serviço forense, aumentando-se temporariamente o número de juízes de uma vara, câmara ou turma, para redução da carga individual.

Temos, então, em síntese:

61. *Comentários*, cit., v. 4, p. 395-6.

a) que a jurisdição não pode senão ser exercida pelos órgãos competentes, ou seja, pelo Poder Judiciário, salvo nos casos expressos na própria Constituição. O próprio Parlamento não pode exercer a jurisdição, como ocorreu durante a Revolução Francesa, no denominado “Período do Terror”, em que a Convenção, sob a liderança de Robespierre, decretou que as pessoas, por ela declaradas fora da lei, não seriam submetidas a processo criminal (Dec. de 19 e 20-3-1793, art. 1^o). A condenação à morte decorria, então, da mera constatação de sua identidade. Essa norma veio a final a ser aplicada ao próprio Robespierre, bem como a seus amigos, deputados e outros, que alimentaram as “fornadas” de 10, 11 e 12 do termidor, no ano de 1794⁶².

b) que os poderes constituídos não podem criar juízos para o julgamento de casos determinados.

Em outras palavras: “Aos tribunais de exceção — instituídos por contingências particulares — contrapõe-se o juiz natural, pré-constituído por lei. O princípio do juiz natural apresenta um duplo significado: no primeiro, consagra-se a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através de *bill of attainder*); no segundo, impede-se a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis”⁶³.

A incompetência pode ser absoluta ou relativa. A incompetência absoluta é improrrogável. Não se modifica por conexão ou continência e é inderrogável por convenção das partes.

A incompetência relativa prorroga-se, não sendo oferecida a respectiva exceção, no prazo legal. Segue-se, daí, que a competência de foro, que é relativa, não constitui pressuposto processual. A incompetência relativa constitui exceção em sentido estrito, isto é, de defesa que precisa ser alegada pela parte para que dela possa

62. René Roblot, *La justice criminelle en France sous la terreur*, p. 86 e 278.

63. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

conhecer o juiz. “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício” (Súm. 33 do STJ). Tribunal paulista decidiu:

Proposta a ação no foro de eleição, não pode o juiz, de ofício, decretar sua própria incompetência, eis que relativa — Súm. 33 do STJ. Afirmado sua própria incompetência, não pode o juiz decretar a nulidade da cláusula de eleição de foro⁶⁴.

O art. 485 do Código de Processo Civil aponta, entre os casos de rescisória, o de sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, o que deixa claro que, no caso de nulidade relativa, não cabe a ação. Assim é porque, nesse caso, é preciso que a parte argua, no prazo legal, a incompetência relativa (CPC, art. 112), sob pena de preclusão.

É absoluta ou relativa a incompetência de um juiz, porque preventa a competência de outro?

Em determinado caso, alegou o apelante a nulidade da sentença, dizendo-a proferida por juiz incompetente, exatamente porque outro seria o competente por prevenção. É que sua ação, de oferta de alimentos, já havia sido distribuída e despachada, antes que a parte adversa propusesse a sua, de investigação de paternidade cumulada com alimentos. O tribunal rejeitou a preliminar:

“A preliminar de nulidade, por incompetência absoluta do Juízo da 2ª Vara de Família, para julgar a ação, não prospera.

Por força do disposto no art. 108 do Código de Processo Civil, a ação acessória será proposta perante o juízo competente para a ação principal. Se a ação de oferta de alimentos deriva do reconhecimento da paternidade, está claro que a ação acessória é a primeira, e a principal é a de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

A acessoriedade ocorre em qualquer momento da propositura da ação acessória, não importando que ela seja ajuizada antes, durante ou depois da ação principal.

Se existe vínculo de acessoriedade entre a ação de oferta de alimentos e a de investigação de paternidade, é perante o juiz que

64. TJSP, 5ª Câm. Dir. Priv., AgI 36.919-4, Rel. Marcus Andrade, j. 28-11-1996, *JTJ*, 194/201.

processou a segunda que realmente teria que tramitar a primeira, em face do disposto no art. 108 do Código de Processo Civil. Ademais, não há que se falar em incompetência absoluta entre juízes de Varas de Família, pois ambos são competentes para processar e julgar as questões postas.

Finalmente, a matéria encontra-se sepultada pela preclusão, pois do despacho de fls. 38 dos autos nº 35.637/94 as partes foram intimadas e sem oferecimento de qualquer recurso.

Rejeito a preliminar.

O Senhor Desembargador Costa Carvalho — Revisor:

Diversamente do que alega o apelante, em preliminar, não é nula a r. sentença *a quo*.

Em verdade, sendo a ação de oferta de alimentos acessória, como de fato o é, em relação à ação de investigação de paternidade, nos termos do artigo 108 do CPC, a reunião das ações haveria mesmo que ocorrer perante o juízo por onde estava em tramitação a ação principal, no caso, a investigatória de paternidade, de ofício ou por provocação de qualquer das partes.

Outrossim, como resta assente na doutrina 'A acessoriedade ocorre em qualquer momento da propositura da ação acessória, não importando que ela seja ajuizada, antes, durante, ou depois da ação principal, nem o fato de estar esta terminada' (cf. lição de Celso Agrícola Barbi e Pontes de Miranda — Coment. ao CPC, tomo II, p. 278).

Com a finalidade de evitar decisões contemporaneamente contraditórias, a ação principal atrai a ação acessória (confira-se com ac. unân. da Sec. Civ. do TJDF de 02.6.88, no CC nº 1.067, rel. o em. Des. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Se tudo isso não bastasse, a questão ora levantada em preliminar encontra-se preclusa, porquanto do despacho exarado à fl. 38 dos autos nº 35.637/94, as partes foram regularmente intimadas, deixando transcorrer o prazo recursal, entretanto, *in albis*"⁶⁵.

65. TJDF, 3ª Turma Cív., AC 40.573/96, Rel. Nívio Gonçalves, j. 17-1-1997.

Comentamos. O art. 106 do Código de Processo Civil dispõe que, correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. Por sua vez, o art. 219 estabelece que é a citação válida que induz litispendência. Costuma-se harmonizar os dispositivos, algo contraditórios, dizendo-se que o art. 219 regula a hipótese de ações propostas perante juízes com diversa competência territorial, ao passo que o art. 106 regula a de ações propostas perante juízes com a mesma competência territorial.

De conformidade com essa doutrina, tornou-se preventa a competência do juiz que despachou a inicial da ação de oferta de alimentos. A prevenção teria ocorrido, ainda que se considerasse essa ação como “acessória” da de investigação de paternidade, cumulada com a de alimentos.

Entendemos, por isso, que a ação não foi processada pelo juiz que era competente por prevenção.

Mas o acórdão contém ainda outro argumento: o de que teria ocorrido preclusão, “pois do despacho de fls. 38 dos autos nº 35.637/94 as partes foram intimadas e sem oferecimento de qualquer recurso”.

Entendemos, todavia, que não fica ao alvedrio das partes modificar competência determinada por prevenção. Depois de observar que a expressão *conexão*, usada no art. 102, refere-se a todos os casos constantes dos arts. 108 e 109, Celso Agrícola Barbi afirma que a norma do art. 102 é imperativa: “havendo conexão ou continência entre duas ou mais causas, a competência fica modificada, não sendo dado às partes impedir esse efeito”⁶⁶.

c) Imparcialidade

O princípio da imparcialidade encontra-se expresso no art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem:

“Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e impar-

66. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 464.

cial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Está implícito na Constituição de 1988, a ele se vinculando as denominadas garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).

Trata-se de princípio fundamental (quem há de propugnar por juízes parciais?), a ponto de se poder definir a própria jurisdição como “intervenção de um terceiro imparcial, em relação interpessoal alheia, a pedido de uma das partes”.

A imparcialidade supõe que o juiz não seja parte, nem dependa de qualquer das partes e que tampouco haja outro motivo para que se possa duvidar de sua isenção, o que se traduz na ausência de causa de impedimento ou suspeição.

Os casos de impedimento estão no art. 134 do CPC. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário de que for parte; quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa; quando for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na colateral até o segundo grau etc.

O art. 485 do CPC aponta como um dos fundamentos de ação rescisória o fato de haver a sentença sido proferida por juiz impedido, o que deixa claro que, no caso de suspeição, não cabe a rescisória. Assim é porque, se a parte não recusa o juiz suspeito, no prazo legal, ocorre preclusão, o que significa que o vício não autorizará a decretação da nulidade do processo, nele próprio e, como maior razão, em qualquer outro processo.

Sana-se o vício consistente no impedimento do juiz com a remessa dos autos ao substituto legal (CPC, art. 313). O fato de a parte não opor a exceção própria, no prazo legal (CPC, art. 305), não implica preclusão. O impedimento pode ser declarado a qualquer tempo. Nem há sanação pelo trânsito em julgado da sentença. Contudo, não sendo proposta a ação rescisória nos dois anos subseqüentes, a nulidade já não poderá ser decretada.

Estão os casos de suspeição no art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes; alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

1.1.6. Os pressupostos processuais relativos às partes

São pressupostos processuais concernentes às partes: a personalidade judiciária (capacidade de ser parte), a capacidade processual e a representação por advogado.

a) Personalidade judiciária

A capacidade de ser parte traduz-se melhor pela expressão “personalidade judiciária” do que por “personalidade jurídica”, porque podem ser partes, no processo, como autores ou réus, entes que não são pessoas, como a massa falida.

Nos termos do art. 2º do Código Civil, todo homem é capaz de direitos e obrigações. Todo homem tem, pois, personalidade civil, que começa com o nascimento com vida (CC, art. 4º).

Também podem ser partes no processo as pessoas jurídicas.

Em suma, todas as pessoas têm personalidade judiciária. Todavia, mesmo não sendo havidos como pessoas, podem estar em juízo a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, o condomínio e, entres outros (CPC, art. 12), as chamadas pessoas formais.

Mais ainda: no processo de mandado de segurança, tem-se admitido impetração por ou contra Câmara de Vereadores, Mesa da Assembléia Legislativa, Câmara dos Deputados, Senado etc.

O Código do Consumidor admite como partes as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos nele protegidos (Lei n. 8.078/90, art. 82, III).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“CONSÓRCIO DE EMPRESAS. CAPACIDADE PROCESSUAL. O consórcio de empresas pode estar em juízo para demandar e ser demandado, mesmo não tendo personalidade jurídica de direito material. A Lei, por uma questão de conveniência, lhe atribui essa capacidade processual (art. 12, VII, CPC)”⁶⁷.

Na verdade, é muito difícil apontar ente que, em hipótese alguma, possa estar em juízo. Um exemplo possível seria o de uma ação proposta pelo departamento de vendas de uma empresa contra o departamento de compras.

Participamos de julgamento em que o autor era o órgão regional de uma associação de cabos e soldados da polícia militar, e a ré, a direção central. Por maioria, decretamos a extinção do processo, por falta de personalidade judiciária do autor. Na verdade, por detrás dessa questão processual, havia outra, de caráter ideológico, qual seja, a de saber até que ponto pode o Estado intervir em matéria *interna corporis* de associações. A decretação da extinção do processo implicou opção pela não-intervenção.

Prosseguindo no raciocínio, suponha-se que advogado se dirija ao juiz, como representante de uma espécie animal ou vegetal em extinção, e que o juiz receba a petição inicial, determinando a citação do réu.

Nesse caso, como já vimos, há demanda e, pois, um autor, embora este não seja o ente indicado, que juridicamente não existe, mas o advogado, a quem se imputará a iniciativa e as sanções correspondentes.

O mesmo ocorre nas hipóteses de ação proposta por advogado de autor inexistente; de ação proposta por advogado sem o instrumento de mandato, ou em nome de pessoa já falecida, ou de órgão de pessoa jurídica sem poderes para a outorga de procuração.

Nos casos do art. 37 do Código de Processo Civil, a ratificação é possível mas, isso não ocorrendo, reputam-se inexistentes os atos

67. REsp 147.997-RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 15-4-1999 (*Informativo STJ*, n. 14, 12 a 16 de abril de 1999).

praticados, respondendo o advogado por perdas e danos (art. 37, parágrafo único). Contudo, a inexistência jurídica da petição inicial não determina a inexistência do processo, pois o juiz deverá proferir sentença, decretando sua extinção e condenando o advogado em perdas e danos.

Suponha-se, porém, que, embora sem a exibição do mandato e a indispensável ratificação, o processo continue. A hipótese não será de inexistência do processo, porque haverá necessidade de sentença que o extinga e, ademais, tal sentença condenará o advogado em perdas e danos.

O que ocorrerá, na verdade, é a ineficácia da sentença em relação a quem poderia ter ratificado, mas não ratificou a inicial; ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

b) Capacidade processual

A capacidade processual vincula-se ao que no direito civil se denomina capacidade de fato ou de exercício. Têm essa capacidade aqueles que podem, por si mesmos, praticar os atos da vida civil. No campo do processo, tem capacidade processual quem pode praticar atos processuais, independentemente de representação ou assistência de pai, mãe, tutor ou curador.

Para praticar atos processuais, os incapazes precisam que sua incapacidade seja suprida por representação ou assistência de outrem.

O art. 8º do CPC estabelece que os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores na forma da lei civil.

A incapacidade de qualquer das partes impõe a intervenção do Ministério Público (CPC, art. 82, I), sob pena de nulidade (CPC, art. 84).

É possível que se imponha também a necessidade de nomeação de curador especial, por incidência do art. 9º do CPC, que dispõe:

“O juiz dará curador especial:

I — ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II — ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”.

O curador especial exerce múnus público, entendendo-se ser meramente ordinatório⁶⁸ o prazo que lhe seja assinado para contestar ação.

“A contestação extemporânea do curador especial não resulta em se reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, porquanto sua atuação efetiva é obrigatória, pena de substituição. Constitui ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito”⁶⁹.

— Ação do absolutamente incapaz

No caso de ação proposta por advogado com procuração outorgada por absolutamente incapaz, a nulidade absoluta do instrumento de mandato faz do advogado um “*falsus procurator*”, hipótese já examinada. A ratificação pelo representante do incapaz é possível (CPC, art. 13). Sem ela, a sentença será ineficaz em relação ao pretenso autor, cujo “advogado” deverá ser condenado em perdas e danos. A declaração de ineficácia será possível ainda depois do decurso do prazo para a propositura de ação rescisória, por ação declaratória ou, incidentemente, em outro processo.

— Ação do relativamente incapaz

Para propor ação, o relativamente incapaz deve ser assistido por seu pai, mãe ou tutor, na forma da lei civil (CPC, art. 8º). Na falta de quem o assista, o juiz deve nomear-lhe curador especial (CPC,

68. Prazo ordinatório, também denominado impróprio, é aquele cujo decurso não produz efeitos processuais; em especial, dele não decorre preclusão, podendo o ato ser ainda validamente praticado. Tipicamente ordinatório é o prazo fixado por lei para o juiz proferir sentença.

69. TARS, 1ª Câ. Cív., AC 195178710, Rel. Arno Werlang, j. 14-5-1996, JTARS, 99/194, setembro de 1996, ano 25.

art. 9º). Não sendo sanado o vício, decreta-se a nulidade do processo (CPC, art. 13).

— *Ação contra o absolutamente incapaz*

O réu absolutamente incapaz há de ser citado na pessoa de seu representante legal. Fora daí, não há citação. A sentença será ineficaz com relação a ele (pode haver outros réus); ineficácia declarável em embargos do devedor (CPC, art. 741, I) ou em outro processo.

No caso de incapacidade absoluta do réu, por demência, a sentença é ineficaz em relação a ele. Pontes de Miranda entende que, na hipótese, a relação processual não existe e, contraditoriamente, afirma, não há inexistência jurídica da sentença, mas sua nulidade.

“Tratando-se de enfermo da mente, a nulidade *ipso iure* independe de já haver, ou não, interdição: inexistente, de pleno direito, a relação jurídica processual, e nula é a sentença. Em todo caso, no processo da interdição, o interditando é parte e tem de ser citado”⁷⁰.

Parece-nos que a questão se resolve melhor com a afirmação da ineficácia da sentença. Mas as conseqüências são as mesmas.

Houve caso em que, julgada procedente ação renovatória de locação comercial, com fixação de novo aluguel, a locadora propôs ação de execução, para haver a diferença entre os valores pagos e os decorrentes da sentença. O locatário juntou aos autos novo contrato, celebrado com a locadora, em que esta dava quitação das pendências anteriores, requerendo, por isso, a desistência (*sic*) da execução, que foi homologada pelo juiz. Houve apelo da locadora. Verificando o relator que se tratava de pessoa demente, abriu vista dos autos ao Ministério Público, que arguiu a nulidade da sentença homologatória. O tribunal decretou a nulidade, determinando fosse nomeado curador especial para a locadora, no processo de execução e oportunamente examinada a validade do contrato por ela celebrado.

O tribunal não se pronunciou, até por insuficiência de dados, a respeito da validade ou eficácia da sentença proferida na ação reno-

70. *Tratado*, cit., p. 452.

vatória, mas acenou para a possibilidade de rescisão da sentença por falta de intervenção do Ministério Público.

“Examinando os autos, o então relator, eminente Juiz Lagrasta Neto, identificou motivo para que o MP interviesse no processo e, por isso, exarou o r. despacho de f., determinando, *ad cautelam*, que a digna Procuradoria de Justiça se manifestasse.

Veio, então, lançado parecer da eminente Procuradora de Justiça Renata Helena Petri Gobbet, que detalha a história do processo, identifica infrações procedimentais e sugere solução que coincide com as conclusões que extraio da minuciosa leitura dos autos. Por isso, e porque eu não faria senão repetir o que disse Sua Excelência, adoto o parecer como parte substancial de meu voto.

‘Cuida-se de demanda renovatória de locação comercial. A ré recebeu citação pelo correio e juntou o instrumento de procuração judicial regular, com firma reconhecida, vindo contestação, e alegando: a) falta de prova do cumprimento das obrigações contratuais em curso; b) falta de prova da idoneidade financeira do fiador indicado; e c) insuficiência do novo aluguel proposto.

O saneador de f. rejeitou arguição de intempestividade de defesa e designou perícia. Veio laudo a f., com parecer concordante do assistente técnico da ré. Manifestação da empresa autora a f., com críticas.

Audiência, sem provas outras, após a qual S. Exa. sentenciou, julgando a demanda procedente e fixando o valor locativo conforme o estimara o laudo, para reajuste anual.

Transitada em julgado a sentença, iniciou-se execução e em 08.04.1996 a locatária noticiou nos autos a celebração de novo contrato, assinado pela autora, ré e fiadores, oportunidade em que pleiteou extinção do processo, de vez que uma das cláusulas fazia referência expressa a quitação ‘por quaisquer pendências anteriores etc.’

O douto Magistrado declarou que homologava desistência, julgava extinto o processo e determinava arquivamento dos autos.

Apresenta a locadora, no prazo, recurso de apelação, arguindo a prática de dolo, uma vez que o contrato firmado vem estabelecer para 1996 aluguéis inferiores aos encontrados pela perícia para 1994.

Apresenta prova de interdição em curso na Comarca de Camanducaia e laudos psiquiátricos, com diagnósticos de doença de Alzheimer, quadro demencial involutivo. O primeiro, datado de 13.12.1993; o segundo, de 07.04.1995, e o terceiro de outubro de 1995. Quadro de insanidade evoluindo desde 1990, cf. f.

Situação de extrema gravidade, quer pelo aspecto clínico, ou pelo aspecto jurídico. A informação da incapacidade da ré foi ocultada à Justiça, por ambos os lados.

Do ponto de vista processual, e no que se refere à fase de conhecimento, a infração aos arts. 9º, I, 246 e 248, do CPC poderá ser analisada à luz do art. 249, § 2º, sempre no interesse da incapaz. Ou será caso de ação rescisória, mas isto a verificar, uma vez que os termos da sentença vieram de encontro ao interesse da incapaz, em princípio.

Se houve captação dolosa da 'vontade' da locadora, para assinatura do novo contrato, ou não; se a empresa locatária tinha conhecimento da enfermidade da ré, ou não; se houve dolo unilateral, ou se para tanto concorreram os patronos de ambas as partes, ou os familiares da ré, através de sonegarem as corretas informações a seu advogado, não importa. O processo de qualquer modo é nulo, desde a homologação e extinção de f., inclusive. Por incidência dos mesmos arts. 9º, I, 246, 248 e 249, § 2º (aqui *a contrario sensu*) do CPC.

Nulo é também o contrato de f., por incidência dos arts. 145, I, e 146 do CC, sendo que este último, em seu par. ún., diz:

'As nulidades do artigo antecedente (...) devem ser pronunciadas pelo Juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes'.

Quer dizer: a subsistência da fase de conhecimento do processo poderá ser verificada, porque em matéria de nulidades processuais vige o princípio *pas de nullité sans grief* (CPC, art. 249, § 2º). Mas o contrato de locação é nulo e o seria ainda que fosse vantajoso ao interesse da incapaz, ante a literal disposição do art. 146, par. ún., que enfatiza a impertinência em sua parte final.

Ante o exposto, requeiro seja anulado o processo conforme supra-referido, a partir da homologação de f., pronunciando outros-

sim V. Exa. a nulidade *incidenter tantum* do contrato de f., quero dizer, pronunciando essa C. Câmara a nulidade — *incidenter tantum* — do contrato de f., pronunciando esse com eficácia *ex tunc*.

.....

Com o retorno dos autos à primeira instância, deverá ser nomeado à ré curador especial (CPC, art. 9º), que ratificará ou não os atos anteriores, desde f. e tomará providências outras que se façam necessárias.

Necessária ainda a comunicação do ocorrido (desde f. e excetuadas as meras intimações) ao juízo da interdição, devendo a Promotoria de Justiça providenciar a vinda aos autos de informação relativa à sentença de curatela, instando a tanto o curador especial que venha a ser nomeado, caso a C. Câmara julgadora pronuncie a nulidade aqui pleiteada.'

Dado o exposto, dou provimento ao recurso para anular a r. decisão de f., para que, em razão dos fatos posteriormente conhecidos, acolhida desde então, para o que couber, a indispensável intervenção do MP, outra decisão seja prolatada pelo E. Juízo de 1º grau, apreciando, inclusive, se o caso, o contrato de f.'''⁷¹.

Suposto que a locadora do imóvel já fosse incapaz ao tempo da citação para a ação renovatória, a hipótese seria de ineficácia da sentença, dependente de arguição por seu curador, o que afasta a possibilidade de se prejudicar o incapaz, a pretexto de protegê-lo.

O curador especial é nomeado para defender o incapaz, não tendo poderes para propor ação em seu nome. No caso, sempre suposta a incapacidade da locadora, seria nulo o pedido de execução, que, por outro lado, não poderia ser formulado pelo curador especial, por extravasar os poderes para defender o incapaz. Haveria, pois, necessidade de se promover sua interdição, para o que teria legitimidade o Ministério Público (CPC, art. 1.117, III). O curador então nomeado é que poderia propor a ação, depois de autorizado pelo juiz (CC, art. 453, c/c o art. 427, VII), tudo muito complicado, como se vê.

71. 2ª TACSP, 6ª Câ. Civ., Ap. 468.690/1, Rel. Carlos Stroppa, s. d., RT, v. 742/185, agosto de 1997, ano 86.

— Ação contra o relativamente incapaz

Se o réu é relativamente incapaz, ele e quem o assista hão de ser citados, sob pena de nulidade da citação. A sentença será ineficaz, como no caso acima considerado.

Pontes de Miranda distingue:

“Outra questão é a do citado relativamente incapaz, sem que o assistisse no processo, porque, nesse caso, a nulidade é coberta pela sentença, e só a ação rescisória pode atacar o julgado (art. 485, V). Se, porém, existia titular do pátrio poder, tutor ou curador, que também devesse ser citado, a *falta* de citação é nulidade *ipso iure*. Nada obsta a que se insira nos embargos do devedor, vindo a execução, porque a sua citação deveria ter sido feita e ser válida.

Tal espécie somente ocorre se a lei exige que ambos sejam citados, incapaz e assistente, porque a ação se exerce contra os dois, e não só contra aquele, assistido pelo titular do pátrio poder, tutor ou curador, como se o ato ilícito foi praticado pelos dois, figurando no documento, por exemplo, no endosso, o assistido e o assistente (o relativamente incapaz e o titular do pátrio poder, tutor ou curador)”⁷².

— Pessoas casadas

O art. 10 do CPC dispõe que o cônjuge necessitará do consentimento do outro nas ações: a) que versem sobre direitos imobiliários, devendo ambos ser citados para as ações que tratam de direitos reais imobiliários; b) resultantes de fatos que digam respeito a ambos ou de atos praticados por eles; c) fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, cuja execução haja de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou seus bens reservados; d) que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

Nas ações possessórias, a participação do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de atos por ambos praticados (CPC, art. 10, § 2º).

72. *Tratado*, cit., p. 452.

O art. 11 dispõe que a autorização do marido e a outorga da mulher podem suprir-se judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la. A falta, não suprida pelo juiz, invalida o processo.

“Cuida-se”, diz Calmon de Passos, “de falta suprível, quando verificada pelo juiz ou argüida pela parte. Se não corrigida, o processo será extinto, pois se trata de pressuposto para seu desenvolvimento válido. (...). Se não corrigida, ou se tem a revelia (quando a providência competia ao réu) ou a extinção do processo (sendo a providência de responsabilidade do autor)”⁷³.

Observa, ainda, o mesmo autor:

“Quando a hipótese não for de litisconsórcio necessário, mas de simples outorga, permanece o entendimento predominante de que a falta da outorga só pode ser argüida pelo cônjuge de cujo consentimento se prescindiu”⁷⁴.

c) Capacidade postulatória

O art. 133 da Constituição estatui: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Segue-se daí que a jurisdição não pode ser exercida sem que as partes sejam representadas ou assistidas por advogado.

Põe-se, então, o problema do pobre, ao que a Constituição responde com o art. 5º, LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Para os pobres, advogados funcionários, remunerados pelos cofres públicos. É o que decorre da Constituição, art. 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

73. *Comentários*, cit., v. III, p. 417.

74. Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 467.

Vedada a defesa privada, o acesso à justiça afirma-se como direito fundamental. Proibida a parte de, com suas próprias mãos, esmagar o ofensor, concede-se-lhe, em substituição, o direito de ação. Dá-se um novo passo quando se exige advogado, de certo modo subtraindo-se à parte o próprio direito de ação, que não pode exercê-lo pessoalmente, mas apenas através de profissional habilitado.

Para que se possa dispensar o advogado, é necessário que o processo seja simples, mas não se pode ter simplicidade processual numa sociedade complexa. É irreversível a substituição da bucólica vida do campo pela vida trepidante das cidades. Irreversível é a substituição do mago, feiticeiro ou curandeiro, com suas ervas, invocações e preces, pelo aparelho médico, com seus hospitais, corpos de cirurgiões, raios X e raios *laser*, antibióticos e exames laboratoriais.

A simplificação processual somente é possível com o sacrifício do sistema acusatório, ou seja, com a adoção do sistema inquisitório, em que não há autor, bastando que o interessado dê notícia do ilícito à autoridade judiciária, para que esta possa mover-se. A ação deixa de ser uma atividade para se transformar num mero ato. A História, porém, tem mostrado que, por essa via, se defere aos juízes terrível arbítrio, em detrimento dos direitos individuais.

Exigida a representação do autor por advogado legalmente habilitado, põe-se o problema do acesso à justiça, negado a uns em razão de sua pobreza e a outros, pobres ou não, em razão do pequeno valor da causa.

O problema tornou-se agudo, agora que nos deparamos, na América Latina, com as grandes concentrações urbanas, em que se encontram, de um lado, a favela e, de outro, a empresa, que, em massa, produz bens ou presta serviços.

O fenômeno provocou impacto na advocacia. Os advogados, uns tornaram-se servidores públicos, advogados de ofício, assistentes judiciários, defensores públicos, advogados da pobreza, em suma. Outros foram absorvidos pelas empresas, de que se tornaram empregados. Apenas um reduzido número pôde conservar a sua posição tradicional, de profissionais liberais, não raro lutando como pigmeus contra gigantescas organizações econômicas ou estatais. Esses, porém, não podem, com remuneração vil, patrocinar ninharias;

daí haver a lei ordinária admitido a reclamação pessoal, nos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099, art. 9º).

A advocacia da pobreza se desenvolve sobretudo no direito penal e no direito de família. No cível, é menos necessitada a presença do advogado, porque o pobre não celebra contratos, não faz testamento, não cobra dívidas, nem deixa bens a inventariar.

O acesso à justiça é um bem que a ninguém se deve negar. Trata-se, contudo, de um bem que tem o seu preço, que é pago pelos próprios interessados ou pela sociedade, através de impostos; e não se compreende que deva pagá-lo a sociedade se não o querem pagar os próprios interessados, por entenderem que não vale a pena.

A banalização da justiça não é desejável. Produziria a intervenção do Estado em todos os aspectos das relações sociais. A sociedade precisa ter uma certa capacidade de auto-absorção dos conflitos, sem interferência do juiz. Havia sabedoria no aforismo de *minimis non curat praetor*. Não se justifica a movimentação da máquina judiciária por uma camisa que não foi bem lavada na lavanderia. Não parece desejável que se tenha um tribunal em cada esquina.

Ao pobre, que não tem o que comer e onde morar, devemos oferecer oportunidade de trabalho, para que possa ter alimento e habitação, não advogados e tribunais.

A atuação do advogado não se vincula apenas ao direito de ação, mas também ao direito de defesa e ao princípio do contraditório. O entrechoque das parcialidades é necessário para a imparcialidade do órgão julgante.

A hipótese de petição inicial firmada pessoalmente pelo autor, sem o *jus postulandi*, é de nulidade cominada (Lei n. 8.906, de 4-7-1994, Estatuto da OAB, art. 4º), que pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. Todavia, o trânsito em julgado da sentença de mérito acaso proferida impedirá a decretação da nulidade, porque extinto o processo e findo o ofício jurisdicional. A sentença poderá ser rescindida, por erro de fato ou por violação de literal disposição de lei, conforme haja ou não o juiz se dado conta da circunstância invalidante. Não se poderá, porém, decretar a nulidade da sentença em outro processo que não o de ação rescisória, nem depois de transcorrido o prazo para que seja proposta.

Teresa Wambier considera a capacidade postulatória pressuposto de *existência* do processo, e com um bom argumento: o parágrafo único do art. 37 do CPC (“Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e por perdas e danos”)⁷⁵. Diz:

“O art. 37, parágrafo único, faz menção à inexistência jurídica.

Já o dispositivo inserido na Lei 8.906/94 estabelece que são nulos os atos praticados por alguém que não esteja inscrito nos quadros da OAB, ou por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que exerça atividade incompatível com o exercício da advocacia.

O resultado da conjugação desses dois dispositivos é a impossibilidade de se classificar com tranquilidade a capacidade postulatória como pressuposto processual de existência, já que a inexistência só ocorre quando não se junta o instrumento da procuração.

Entretanto, tem lugar o vício de nulidade se o advogado for impedido, suspenso, licenciado, ou exercer atividade incompatível com o exercício da advocacia, ou se os atos forem praticados por quem não esteja inscrito nos quadros da OAB.

.....
(...) é criticável a situação criada pelo sistema positivo, já que acabou por considerar como sendo um vício mais grave a ausência de procuração, e, menos grave, a juntada de procuração de quem não é advogado ou não pode exercer a advocacia, quando talvez o inverso fosse o mais correto”⁷⁶.

De nossa parte, preferimos caracterizar a capacidade postulatória como requisito apenas de validade do processo, não de sua existência. As razões são várias. Parece-nos, em primeiro lugar, que a determinação dos pressupostos de existência do processo constitui matéria de teoria do processo, não podendo ficar sujeito a deslizes redacionais do legislador. Parece-nos, em segundo lugar, que, uma vez existente o ato e produzindo os efeitos jurídicos próprios,

75. *Nulidades*, cit., p. 285.

76. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 38.

não se pode reconduzi-lo à inexistência; pode-se apenas desconsiderar seus efeitos jurídicos, o que caracteriza exatamente a desconstituição por nulidade. Em terceiro lugar, o citado artigo diz que os atos não ratificados *serão havidos como inexistentes*, não que se tornem inexistentes. Em quarto lugar, o art. 37, parágrafo único, não constitui hipótese de falta de *jus postulandi*, mas de advogado sem autor, de mandatário sem mandante, que determina a *ineficácia* da sentença em relação a quem não participou do processo, embora em seu nome haja sido pleiteada a tutela jurisdicional.

O art. 4º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia) estabelece que são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. São também nulos os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia. É claro que, mais do que o advogado, a decretação de tal nulidade prejudica a parte representada. Sabiamente, há quem admita a ratificação dos atos praticados (*mais, sobre o tema, neste livro, em “A doutrina de Galeno Lacerda”*):

“em verdade, os efeitos processuais da declaração dessa nulidade recairiam inteiramente sobre o agravado, que não teria condições de reconhecer a existência dessa incompatibilidade. Aliás, tal como o impedimento, que deveria ser averbado na carteira ou cartão de identidade ou profissional (artigo 85, parágrafo único, da Lei n. 4.215, de 1963), a incompatibilidade superveniente e temporária haveria também de sê-lo, para conhecimento de terceiros. Se não fosse possível tal averbação, haveria de ser recolhida a carteira e ou cartão do profissional, evitando-se, destarte, prejuízos para os seus eventuais clientes.

Tal, ao que consta dos autos, incorreu no caso vertente. Por isso mesmo, é de se aplicar analogicamente à espécie o decidido pelo Excelso Pretório quanto aos efeitos da atividade exercitada em causa própria por Advogado impedido, permitindo a ratificação dos atos por ele praticados (‘RTJ’, vol. 98/293), considerando-se, assim, relativa essa nulidade, em atenção aos interesses e boa-fé do cliente. Tudo, evidentemente, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar

do seu ilustre Patrono, que exerceu atividade profissional quando não mais poderia fazê-lo”⁷⁷.

Como se observa, admitiu-se, aí, a sanção do vício. O tribunal teria encontrado fácil apoio doutrinário para afirmar a insanabilidade, por se tratar de nulidade absoluta, vinculada à violação de norma tuteladora do interesse público; ou por se tratar de nulidade cominada. Teresa Wambier talvez declarasse a própria inexistência do processo, pois considera o *jus postulandi* como pressuposto de sua existência. Ademais, segundo essa mesma autora, “nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis”⁷⁸.

A nosso ver, foi corretíssima a decisão do tribunal, que bem aplicou o princípio da sanção, consagrado pelo Código, tanto que admite a ratificação até mesmo de atos juridicamente inexistentes (art. 37 e parágrafo único). Se há incompatibilidade entre o conceito de nulidade absoluta e o de sanção, caberia afirmar-se que, no processo, não há senão nulidades relativas, tanto que sanável a própria incompetência absoluta, mediante remessa dos autos ao juízo competente.

Se o advogado de réu incapaz, validamente citado, apresenta-se com procuração passada por absolutamente incapaz, ou por relativamente incapaz não assistido, há defeito de representação que, não sanado (CPC, art. 13, II), acarreta a revelia, considerando-se não oferecida a contestação.

Também há revelia, e não nulidade, se o réu, sem o *jus postulandi*, oferece contestação por ele próprio subscrita (CPC, art. 13, II).

Conforme se observou, entendemos que a inexistência do autor não acarreta a do processo e da sentença, e que a falta de citação determina a ineficácia da sentença em relação ao réu que não foi citado. Nisso estamos a divergir de Pontes de Miranda (o que não deixa de ser temeridade), o qual afirma ocorrer, nesses casos, inexistência e nulidade da sentença, respectivamente.

77. TJSP, 2ª Câm. Civ., AgI 243.797-1, Rel. Donald Armelin, j. 7-2-1995, *JTJ*, 169/189.

78. *Nulidades*, cit., p. 142.

Segundo Pontes de Miranda, no caso de o autor não ter capacidade de ser parte, não há relação jurídica processual, sendo, pois, juridicamente inexistente a sentença nele proferida.

“Discutamos dois casos que são de difícil colocação na dicotomia nulidade *ipso iure* e rescindibilidade: (...); b) a incapacidade de ser parte. (...). O caso b), tratando-se de autor, é sem qualquer existência: não há relação jurídica processual, a ‘sentença’ é não-sentença; não se pode falar de ‘recurso’ contra ela.

Dentre os bons processualistas italianos, M. Ricca-Barberis reputou objeto de *querela nullitatis* a incapacidade de ser parte; mas seria confundir-se incapacidade de ser parte com incapacidade da parte. Essa é que é causa de nulidade; a outra é causa de inexistência”⁷⁹.

Nesses termos, a ação proposta, digamos, em nome de uma espécie em extinção (incapacidade de ser parte) acarretaria a inexistência jurídica do processo; a ação proposta por absolutamente incapaz (incapacidade da parte) determinaria sua nulidade.

No caso de inexistência do réu ou de falta de citação do réu, o processo, segundo Pontes de Miranda, existe mas não vale, sendo também nula a sentença. Diz:

“A sentença dada contra o morto era nula de pleno direito, no velho direito; hoje ainda o é, porque o *réu* não foi citado (não se cita morto) e o réu, no momento da sentença, era o herdeiro.

A *actio nullitatis* — para as sentenças nulas *ipso jure* — podia e pode ser proposta após os dois anos do prazo preclusivo das ações rescisórias e até mesmo depois dos vinte da *actio iudicati*, porque são ações perpétuas as que nascem contra a nulidade de pleno direito”⁸⁰.

“Se o princípio *audiatur et altera pars* fosse inexceptuável, ou, pelo menos, não tivesse de sofrer a limitação do art. 741, I, explícita, a sentença, que contém o nome do réu e esse não foi citado, seria *inexistente*. Mas o art. 214 estabelece a pena de nulidade; portanto, a sentença é, posto que nula a relação jurídica processual. Não impor-

79. Comentários, cit., t. XI, p. 99.

80. Comentários, cit., t. XI, p. 93.

ta qual a ação de que se trata, — se declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva. Equiparação da *falta de citação* (citação inexistente) à citação *nula*, mas apenas *no tocante à sentença*. Ambas as sentenças têm eficácia enquanto não se lhes decreta a nulidade *ipso iure*, embora não seja a ação rescisória o único remédio jurídico para a desconstituição delas. Há a *actio nullitatis* e a *exceptio nullitatis*, exercíveis antes da prescrição, bem como os embargos do devedor que são espécie daquela”⁸¹.

Diz, ainda, Pontes de Miranda, que “A sentença, ainda favorável, não cobre o vício da citação nula do revel”⁸².

Pontes de Miranda sustenta também que a nulidade da sentença por falta ou nulidade da citação inicial resta sanada se, proposta a execução, o réu não oferece embargos à execução ou, oferecendo-os, não alega a nulidade. Diz:

“No direito brasileiro, como em tantos outros, a citação de incapaz é nula, e nulo o processo; não é esse inexistente, nem no é aquela. A nulidade é insanável com o trânsito em julgado da sentença, como resulta do art. 741, I; saná-la-ia, sim, o comparecimento do citado, o que, *ex hypothesi*, não se deu”⁸³.

“Tanto relação jurídica processual existia, a despeito da citação nula, que o comparecimento do citado sanaria a nulidade (art. 214, § 4º), e se extingue a *actio nullitatis* do art. 741, I, se os embargos de devedor não foram apresentados no prazo legal”⁸⁴.

“Resta saber se, podendo ser proposta a exceção por via de embargos do devedor (art. 741, I), o executado fica privado da sua ação de nulidade, ou da ação rescisória. (...) Antônio Mendes Arouca e Gabriel Pereira de Castro permitiam que ainda depois se discutisse a nulidade absoluta da sentença: Miguel de Reinoso entendia que não (seguiu-o Manuel Gonçalves da Silva).

81. Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. XI, p. 94.

82. *Comentários*, cit., t. XI, p. 101.

83. *Comentários*, cit., t. XI, p. 100.

84. *Comentários*, cit., t. XI, p. 100.

Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre. Aí, Miguel de Reinoso é que tinha razão. Aliás, Manuel Gonçalves da Silva abundou em argumentos”⁸⁵.

Observe-se que daí decorre não poder o juiz da execução decretar, de ofício, a nulidade da sentença proferida no processo de conhecimento; efetivamente, tal implicaria conhecer de embargos não opostos ou de matéria neles não deduzida.

1.1.7. Os pressupostos processuais objetivos

Passamos ao exame dos pressupostos processuais objetivos.

São eles a existência de um pedido, de uma causa de pedir, de nexó lógico entre ambos e a compatibilidade de pedidos, havendo mais de um.

Esses requisitos se extraem do art. 295 do CPC, que qualifica como inepta a petição inicial quando lhe faltar o pedido ou a causa de pedir, quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, quando contiver pedidos incompatíveis entre si. A hipótese de pedido juridicamente impossível é considerada como falta, não de pressuposto processual, mas de condição da ação.

a) *Pedido*

Distingue-se o pedido *imedato*, que corresponde à natureza do provimento solicitado, do pedido *mediato*, correspondente ao teor ou conteúdo do provimento.

b) *Pedido imediato*

Pode-se pedir ao juiz um dizer ou um fazer: um dizer, como no caso mais freqüente, em que se pede que o juiz emita um ato de natureza declarativa, como declarar, constituir, condenar ou mandar; um fazer, como no caso da justificação, em que não se pede declaração alguma, mas que o juiz ouça testemunha e certifique as

85. Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. XI, 94-5.

declarações por ela feitas. Assim, quanto à sua natureza, o provimento solicitado pode ser ou não um ato declarativo.

Quando se pede execução, o provimento solicitado tanto pode consistir num fazer (exemplos: penhorar, avaliar e alienar bens do devedor para satisfazer o credor; buscar, apreender e entregar coisa móvel ao autor) quanto num dizer (em certos casos de obrigação de prestar declaração de vontade, a sentença declara e executa, porque produz os efeitos da declaração de vontade omitida).

Quanto aos efeitos, o provimento, de natureza declarativa, dir-se-á declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, conforme o que predomine. Assim, a sentença condenatória também declara a existência de uma relação jurídica, mas o efeito mais forte é o condenatório, que abre as portas para a execução.

c) Pedido mediato

Pedido mediato é a pretensão material do autor, o bem da vida por ele pretendido, em detrimento do réu.

Em princípio, não se pode pedir, ao juiz, a “providência adequada” para solucionar a situação de fato narrada. Cabe ao advogado do autor determinar a medida própria e cabível.

Contudo, em certas ações, como as de acidente do trabalho, tem-se tolerado a ausência de pedido ou a formulação de pedido impreciso, dizendo-se competir ao juiz conceder o benefício previsto na lei especial para cada caso.

d) Falta de pedido

A falta de pedido, na petição inicial, não impede a constituição da relação processual, com a eventual condenação do autor nas custas e, se o réu chegou a ser citado, também em honorários advocatícios. A sentença que o juiz profira é rescindível, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil. A imprecisão ou mesmo a ausência de pedido não implica haver o juiz agido de ofício, porque, por suposto, ainda que inepta, petição inicial houve.

Registramos, porém, o pensamento diverso de Calmon de Passos, que sustenta importar a falta de pedido ou da causa de pedir na

inexistência do processo, porque inexistente a postulação, ou inexistentes os fatos suportes da postulação⁸⁶.

e) Sentença e pedido

A sentença de mérito deve pronunciar-se sobre todo o pedido e somente sobre o pedido formulado pelo autor, quer para acolhê-lo, no todo ou em parte, quer para rejeitá-lo.

Sob esse aspecto, a sentença pode conter vício, por não se pronunciar sobre a totalidade dos pedidos formulados pelo autor (sentença *citra petita*), por ir além do pedido (sentença *ultra petita*) ou por se pronunciar sobre matéria alheia ao pedido (sentença *extra petita*).

Citra petita a sentença, precisa o autor interpor embargos declaratórios para que o juiz supra a omissão. Se transita em julgado a sentença, cabe ação rescisória? Teresa Wambier refere as duas posições a respeito do assunto:

— a de Arruda Alvim (*Revista de Processo*, 14/15), sustentando o cabimento e a imprescindibilidade da rescisória para desconstituir a coisa julgada constituída por sentença *infra petita*. (É também o que pensa Calmon de Passos: “Havendo cumulação de pedidos, se o juiz se omite do exame de algum deles, a decisão é *citra petita*, anulável mediante o provimento do recurso de apelação. E se transitar em julgado, rescindível”⁸⁷.)

— a de Barbosa Moreira (*Temas*, 2ª série, p. 241 e s.), sustentando, o que nos parece correto, que não há coisa julgada sobre pedido que o juiz não julgou⁸⁸.

Se transita em julgada a sentença, ocorre preclusão, porque a ação rescisória existe para que se rescinda a sentença, não para que se a complete.

Cabe, sim, ação rescisória, por violação de literal disposição de lei, se a sentença é *ultra petita* ou *extra petita*. É rescindível, diz

86. *Comentários*, cit., v. III, p. 468.

87. *Comentários*, cit., v. III, p. 207.

88. *Nulidades*, cit., p. 233-4.

Barbosa Moreira, a sentença que, “ao arrepio do preceito insculpido no art. 128, julgue *ultra petita* ou *extra petita*”⁸⁹.

Ensina Pontes de Miranda:

“A sentença *ultra petita* era tida como *ipso iure* nula. Assim pensavam Jorge de Cabedo, Agostinho Barbosa e Antônio Cardoso do Amaral. Essa não é a solução de hoje. Tal sentença é apenas rescindível, e não se pode alegar, em embargos do devedor, tal matéria”⁹⁰.

f) *Causa de pedir*

O Código refere-se à causa de pedir ao exigir que o autor, na petição inicial, indique o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III).

Conforme a antiga *teoria da individualização*, a causa de pedir seria constituída sempre pela relação jurídica afirmada pelo autor, como fundamento do pedido: ainda que os fatos fossem os mesmos, outra seria a causa de pedir, se diversa a relação jurídica invocada.

Criticou-se tal posicionamento, primeiro, por exigir do autor um conhecimento preciso do direito objetivo, o que a lei não exige; segundo, porque a indicação do autor não tem relevância, já que ao juiz incumbe a qualificação jurídica dos fatos; terceiro, por não se lograr identificar a ação, já que da mesma relação se podem deduzir múltiplas pretensões, por exemplo, prestação x, prestação y, anulação, rescisão⁹¹.

A teoria hoje predominante é a da *substanciação*, que considera como causa de pedir os fatos alegados pelo autor. Diz Calmon de Passos:

“O art. 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir, aliás

89. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 116.

90. *Comentários*, cit., t. XI, p. 32.

91. Cf. Lent, *Trattato*, p. 160; Robsenber, *Tratado*, v. II, § 88, n. III.

como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido no seu art. 158⁹².

Causa de pedir, ou título, é o conjunto dos fatos apontados pelo autor, para deduzir sua pretensão de direito material.

Diz Moacyr Amaral Santos:

“Chama-se a atenção para o texto da lei. O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo fez ver que na inicial se exponha não só a causa próxima — os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido — como também a causa remota — o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação, como os Códigos alemão e austríaco. Por esta teoria não basta a exposição da causa próxima, também se exige a da causa remota⁹³.”

Assim, por exemplo, para se reivindicar do réu, que injustamente está na posse de coisa nossa, não basta a afirmação de que somos proprietários (causa próxima); é preciso que se aponte o fato que nos fez proprietários (causa remota — contrato de compra e venda celebrado com A em data tal, herança por morte de B, usucapião declarado por sentença da Vara C).

Diz José Frederico Marques que, nesse assunto, formaram-se duas correntes para identificar a *causa petendi*: a da substanciação, que sustenta ser necessária a alegação do fato constitutivo do pedido, e a da individualização, para a qual é bastante a relação de direito afirmado pelo autor, para individualizar-se a ação. Em nossa legislação foi adotada a teoria da substanciação, pois o art. 282, III, do novo CPC, ao tratar da *causa petendi* a ser exposta na petição escrita com que se propõe a ação, menciona expressamente o fato — causa remota — e os fundamentos jurídicos do pedido — causa próxima⁹⁴.

Embora predomine a teoria da substanciação, autores de muito prestígio entre nós, como Chiovenda e Liebman, filiam-se à teoria da individualização, pelo menos no que concerne às ações em que se invoca direito absoluto.

92. *Comentários*, cit., v. III, p. 160.

93. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 142.

94. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 155.

Diz Chiovenda:

“Na ação real, basta a afirmação da relação jurídica. (...) Por conseguinte, a causa na reivindicação não é um ou outro modo de aquisição, mas o fato atual da propriedade; a questão jurídica versa sempre sobre a existência do direito de propriedade, ainda quando a questão lógica se restrinja ao ponto, por exemplo, de se houve ou não compra e venda. (...) O mesmo se pode dizer dos outros direitos absolutos”⁹⁵.

Nas ações reais, diz Liebman, “a causa se encontra no direito real sem se levar em conta o título específico de aquisição do referido direito: o título de aquisição pode mudar sem que se altere a *causa petendi*, pois o direito de propriedade é sempre o mesmo, qual quer que seja o fato de que deriva”⁹⁶.

Observa José Ignácio Botelho de Mesquita que as teorias da substanciação e da individualização têm vários pontos de contato.

“Em um ponto, porém, elas se tornam irreduzíveis. Esse ponto onde ambas se afastam é precisamente a afirmação do que se deva entender por *causa petendi* nas ações propostas com fundamento em um direito de caráter absoluto, assim denominados pela teoria da individualização os direitos reais e os direitos de família, e os decorrentes do estado da pessoa”⁹⁷.

Sua conclusão, nessa parte coincidente com a da teoria da substanciação, é que, mesmo nas ações fundadas na alegação de um direito real, não basta a indicação da relação jurídica (propriedade, servidão, usufruto) para a determinação da *causa petendi*, sendo necessária a indicação do fato constitutivo. E com acerto poderá ser essa a razão pela qual ação reivindicatória de imóvel, em cuja inicial o autor se afirma proprietário em decorrência de contrato de compra e venda, pode e deve ser julgada improcedente, sem prejuízo de vir depois a ser julgada procedente a ação fundada no fato constitutivo do registro.

95. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 111.

96. Cf. José Frederico Marques, *Manual*, cit., v. I, p. 155.

97. José Ignácio Botelho de Mesquita, *A causa petendi nas ações reivindicatórias*, *Ajuris*, 20/166-80, nov. 1980.

Ensina Calmon de Passos que a causa de pedir não é só o fato matriz da relação jurídica que vinculou os sujeitos da lide, como por igual o fato de que derivou o dever de prestar do sujeito obrigado ou daquele a quem a ordem jurídica imputa o dever de determinado comportamento.

“Pode-se, conseqüentemente, dizer que a causa de pedir é a resultante da conjugação tanto do fato gerador da incidência originária, quanto daquele de que resultou a incidência derivada. Para alguns autores, a distinção se faz em termos de causa de pedir remota e causa de pedir próxima. Remota, a que se vincula ao fato matriz da relação jurídica. Próxima, a que se relaciona com o dever (*lato sensu*) do titular da situação de desvantagem, ou daquele de quem se deve ou pode exigir determinado ato ou comportamento”⁹⁸.

A falta de causa de pedir, na petição inicial, não impede a constituição da relação processual. O vício contaminará a sentença que acolha o pedido, tornando-a rescindível, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

g) Nexo lógico entre o pedido e a causa de pedir

Equiparável à ausência de causa de pedir é a falta de nexo lógico entre a narração dos fatos e a conclusão (CPC, art. 295, parágrafo único, III).

O Código autoriza o indeferimento da inicial, não havendo nexos *lógico* entre o pedido e a causa de pedir, o que não autoriza o indeferimento por ausência de nexos *jurídico*, isto é, por entender o juiz que o direito não ampara o autor, ainda que verdadeiros os fatos por ele alegados.

A impossibilidade jurídica diz respeito a pedido vedado por lei, não à “impossibilidade” decorrente da inexistência de norma que vincule os fatos alegados ao preceito indicado pelo autor.

Assim, o pedido de condenação em dívida de jogo é impossível, porque vedado por lei (CC, art. 1.477), embora haja nexos *lógico*

98. *Comentários*, cit., v. III, p. 158.

entre o fato do jogo e o crédito dele decorrente. O juiz pode, nesse caso, indeferir a inicial.

Mas, se uma empresa pede ao juiz que a declare isenta do imposto predial, por tal ou qual motivo, o juiz não está autorizado a indeferir a inicial, mesmo entendendo que ela manifestamente não tem razão, dada a inexistência de norma jurídica estabelecendo nexo (jurídico) entre o motivo alegado e a isenção solicitada.

Registramos, porém, a lição de Calmon de Passos, que é em sentido diverso:

“Este inciso II inclui, na verdade, um caso de improcedência *prima facie*. De logo, o juiz percebe que o autor, ainda quando provasse plenamente os fatos narrados, jamais lograria acolhimento para o seu pedido. E é essa constatação que conduz à inépcia, já apontada com um julgamento preliminar de mérito, sem que essa opinião constitua qualquer absurdo ou extravagância”⁹⁹.

h) Compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um

A incompatibilidade de pedidos sana-se com a opção do autor por um deles ou mesmo com a sentença que, interpretando um como principal e o outro como subsidiário, acolha um único. Há, por exemplo, incompatibilidade entre o pedido de decretação da nulidade e o de rescisão de um contrato, mas pode-se interpretar o primeiro como principal e o segundo como subsidiário, isto é, como pedido a ser examinado no caso de não ser acolhido o principal.

Se, inadvertidamente, o juiz acolhe ambos os pedidos, embora incompatíveis (como o de decretação da nulidade do contrato e de condenação do réu em prestação dele decorrente), é cabível rescisória, para que se afaste a contradição. Mesmo, porém, não sendo ela proposta, a sentença não poderá ser executada, tendo sua ineficácia absoluta a possibilidade de ser declarada a qualquer tempo, em outro processo. Diz Pontes de Miranda:

99. *Comentários*, cit., v. III, p. 216.

“Para a ciência contemporânea, o *praeceptum impossibile* é ineficaz; não é inexistente, nem é nulo. Se também se compõe algum pressuposto para a rescisão (art. 485, V), é outra questão”¹⁰⁰.

1.1.8. Os pressupostos formais

Consideremos, agora, os pressupostos formais.

Todo ato tem forma, ainda que esta possa ser oral ou consistir, apenas, em um gesto dotado de significado.

“A forma, em seu sentido estrito”, diz Aroldo Plínio Gonçalves, “é o revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites exteriores que o individualizam. É o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos.

Em sentido amplo, a forma do ato pode ser referida ao seu modelo legal e assim se constituir de todos os elementos que a lei exige para o reconhecer como um ato regular”¹⁰¹.

A forma do ato compreende também os requisitos de tempo e lugar. Observa Roque Komatsu:

“A forma, em sentido estrito, abrange o como, modalidade de exprimir-se exigida para a realização de um ato, o onde — o lugar e o quando — tempo.

O lugar, como o tempo e a modalidade de expressão, compõe um dos elementos constitutivos do ato processual”¹⁰².

A forma escrita da petição inicial, quando exigida, é da essência do ato. Petição oral, nem sequer reduzida a termo, constitui ato inexistente, equiparando-se a hipótese à já examinada do processo iniciado de ofício pelo juiz, do que decorre a rescindibilidade da sentença, por violação de literal disposição de lei.

Distribuída a petição inicial, considera-se proposta a ação. É o que dispõe o art. 263 do CPC. Contudo, dispõe o mesmo artigo que

100. *Tratado*, cit., p. 46.

101. *Nulidades*, cit., p. 32.

102. *Da invalidade*, cit., p. 130.

somente a citação produz os efeitos de prevenção, litispendência e (nas ações reais e reipersecutórias) torna a coisa litigiosa.

Segundo Pontes de Miranda, com a propositura da ação, passa a existir a relação processual na linha autor-juíz; a linha juiz-réu somente passa a existir com a citação. Assim, depende da citação a “angularização” da relação processual, ou seja, a existência da relação completa: autor-juíz-réu.

“A afirmação de Enrico Tullio Liebman, como tantas outras que faz, fora da sistemática do processo, de que com a citação é que se instaura o processo, confunde, gravemente, com a angularização da relação jurídica processual a formação ou criação dessa. Há processos *non audita altera parte*; porém — ainda mesmo onde não se dispensa a audiência da outra parte —, a relação jurídica processual e, pois, o processo, precedem à sua angularização, que, essa, sim, depende da citação”¹⁰³.

De nossa parte, pensamos que a relação processual se apresenta completa, com autor, juiz e réu, desde que proposta a ação. Em outras palavras, o réu é réu simplesmente porque o autor contra ele formulou pedido. Assim melhor se explicam as liminares que o juiz pode conceder, mesmo sem ouvir o réu. Ademais, é como réu, e não como terceiro, que o réu pode eventualmente intervir no processo, ainda mesmo antes da citação.

Isso, porém, não exclui a enorme importância da citação, exigida em obediência ao princípio do contraditório.

Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender (CPC, art. 213). Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu (CPC, art. 214).

A falta ou nulidade da citação constitui vício que contamina a sentença, cuja nulidade pode ser decretada independentemente de ação rescisória. Comprova-o o art. 741, I, do Código de Processo Civil, que admite seja decretada, em embargos à execução, a nulidade do correspondente processo de conhecimento, se a ação correu à revelia. Somente no caso de revelia, porque o compa-

103. Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. XI, p. 98.

recimento do réu supre a falta de citação (CPC, art. 214, parágrafo único).

Em vez de nulidade, melhor dizer-se que a sentença é ineficaz, em relação ao revel que não foi validamente citado. Atende-se, assim, às hipóteses de litisconsórcio facultativo passivo simples, em que a falta de citação de um dos réus não prejudica a validade e a eficácia da sentença em relação aos demais (CPC, art. 48).

Já no caso de litisconsórcio passivo necessário, essa ineficácia é absoluta, significando isso “que não apenas os interessados cuja citação se omitiu, ou se fez deficientemente, mas também os demais permanecem aptos a resistir à ‘*execução*’ (*latissimo sensu*, no sentido de imposição de efeitos) do julgado, pela via dos embargos, se cabíveis, ou por outras que a essa equivalham” (Adroaldo Furtado Fabrício)¹⁰⁴.

Se o réu existia, mas já falecera ao tempo da citação (por edital com hora certa), há falta de citação, com as conseqüências daí decorrentes.

Observa Barbosa Moreira:

“Não interessa apurar se o autor sabia, ou não sabia, que o citando já falecera. Suponha-se que ele requeira, na própria petição inicial, ou depois, a expedição de edital citatório, afirmando ignorar o paradeiro do citando: é absolutamente irrelevante, na perspectiva em que agora nos colocamos, que a afirmação haja sido feita de boa ou de má-fé. A hipótese é bem diferente, note-se, daquela em que o citando vive, e, por conseguinte, pode ser sujeito passivo do ato. Aí, sim, o aspecto subjetivo importa para a aferição da validade: considerar-se-á *nula* a citação se o autor tiver alegado ‘dolosamente’ o desconhecimento do lugar onde se encontrava o citando (CPC, art. 233, *caput*). Mas semelhante questão, por já situar-se *no plano da validade*, pressupõe resolvida em sentido positivo a da *existência* do ato (cf., *supra*, o item n. 3).

104. Réu revel não citado, “Querela Nullitatis” e ação rescisória, *Ajuris*, 42/7-32.

Aqui, a negação assume caráter radical. O que se questiona não é a validade da citação; é a sua própria existência. Citação de pessoa falecida é, repita-se, citação *inexistente*, por falta de elemento essencial (o sujeito passivo); dela simplesmente não tem sentido indagar se vale ou não vale. A possível boa-fé do autor em nada influi na solução do problema.

Nenhuma influência tem, igualmente, a consideração de se haverem observado todas as formalidades contempladas na lei, por exemplo quanto à publicação do edital citatório (art. 232 e seus parágrafos). O problema não diz respeito à *forma* do ato. Por isso mesmo, não é invocável o art. 247, segundo o qual ‘as citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais’. A incidência dessa norma pressupõe que a citação *haja sido feita*, quer dizer, *exista*. Aí, sim, cabe perguntar se se terão observado ou não as prescrições legais na realização do ato, a fim de averiguar se ele é válido ou nulo. O caso é diverso do aqui considerado, em que nem sequer se passa a tal nível de aferição”¹⁰⁵.

1.1.9. O cancelamento da distribuição por falta de preparo

O art. 257 do Código de Processo Civil estabelece que será cancelada a distribuição do feito que, em trinta dias, não for preparado no cartório em que deu entrada.

Supõe-se, aí, que a petição inicial não tenha sequer sido submetida ao juiz, porque não pagas as custas devidas ao escrivão ou ao Estado.

A doutrina não costuma apontar o preparo como pressuposto processual. Contudo, como observa Egas Moniz de Aragão, “a falta de preparo, tal como prevista no artigo ora comentado, impede que o processo chegue sequer a formar-se, pois não será dado curso ao que não for preparado”¹⁰⁶.

Quid juris, se apesar da falta de preparo, a petição inicial vem a ser despachada pelo juiz, dando-se andamento ao processo?

105. José Carlos Barbosa Moreira, Citação de pessoa já falecida, *Ajuris*, 58/85-94.

106. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 312.

Para efeitos processuais, pode-se considerar a falta como mera irregularidade, pois em nada afeta a realização dos fins do processo. Não haveria, pois, necessidade de afirmar-se preclusão, pois não se trata de hipótese de nulidade.

Mas já se decidiu que ocorre preclusão se o réu não alega, na contestação, a falta de recolhimento das custas pelo autor. Afirmou-se não decorrer daí prejuízo, quer para o réu, quer para o Estado, porque eventual diferença poderá ser recolhida a final.

“quanto ao não recolhimento das custas, como foi muito bem ressaltado pela autora-apelada, a matéria está preclusa, pois sequer abordada na oportunidade do oferecimento da contestação, esta última, diga-se de passagem, não apresentada. Além disso, trata-se de matéria estranha aos interesses da apelante, até porque houve preparo quando da propositura da ação de busca e apreensão, interrompida logo após seu nascedouro, com a conversão em depósito, face a não localização do bem em poder da devedora. Eventual diferença poderá ser recolhida a final, e isto em nada prejudicou a recorrente; nem mesmo o Estado, já que foram recolhidas custas ao início do processo, embora relativas à busca e apreensão. De qualquer forma, porém, o não recolhimento não implica absolutamente em nulidade, e sequer foi oportunamente alegado, estando superada a questão pela preclusão”¹⁰⁷.

A rigor, de inexistência de prejuízo apenas se poderia falar se o pagamento houvesse entrementes sido efetuado. Admitido que se trate de nulidade, há que se concordar com o acórdão, porque o prejuízo a que se refere o Código diz respeito à finalidade do processo, que não é a de arrecadar custas.

1.1.10. Emenda e indeferimento da inicial

Iniciado o processo com a demanda, cabe ao juiz o ato seguinte: verificando que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou

107. 1ª TACSP, 8ª Câmara, Ap. 444.066-4, Rel. Ary Bauer, j. 19-10-1995.

a complete, no prazo de dez dias (CPC, art. 284). Somente não cumprindo o autor a diligência é que indefere a petição inicial. É o princípio da sanação, a atuar desde que se inicia o processo. A narrativa que segue serve como exemplo de aplicação desse princípio:

Filho oriundo de relacionamento extraconjugal de sua mãe e registrado como filho desta com seu marido propôs ação de nulidade de seu assento de nascimento, obtendo êxito. Posteriormente, propôs ação de investigação de paternidade contra quem reputava seu verdadeiro pai. Entendendo que a inicial dessa ação deveria necessariamente ter sido instruída com a sentença que decretara a nulidade do registro de nascimento, a sentença de primeiro grau extinguiu o processo. O tribunal decretou a nulidade da sentença, por não ter sido dada ao demandante oportunidade para completar a inicial, como dispõe o art. 284 do CPC¹⁰⁸.

Estabelece o art. 295 do Código de Processo Civil que a petição inicial será indeferida quando for inepta; quando a parte for manifestamente ilegítima; quando o autor carecer de interesse processual; quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação, caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

“Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando

I — lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II — da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III — o pedido for juridicamente impossível;

IV — contiver pedidos incompatíveis entre si.”

Calmon de Passos observa, com propriedade, que o indeferimento é uma forma obstativa da eficácia:

“Enquanto a nulidade faz cessar os efeitos que já se produziram, o indeferimento sanciona o ato com a ineficácia, antes mesmo que os efeitos por ele perseguidos se tenham produzido.

108. TJDF, 3ª Turma, AC 40790/96, Rel. Nancy Andrighi, j. 14-10-1996.

A petição inicial, ato processual típico, pode, conseqüentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo”¹⁰⁹.

Em outras palavras, ao indeferir a inicial, o juiz *declara* a existência de vício e obsta à produção de seus efeitos, em particular, a citação do réu; tendo já havido produção de efeitos, o que cabe é a *desconstituição* do ato nulo.

Por isso mesmo, a inépcia da petição inicial, alegada pelo réu (CPC, art. 301, III), pode levar à extinção do processo, mas não ao indeferimento da inicial.

Segundo Calmon de Passos, a inépcia da petição inicial é insanável, não se justificando, nem sendo possível, a correção pelo autor.

“O art. 284 pode, hoje, suscitar dúvida. Mas não será cabível. Se ele manda que o juiz, em face de petição inicial que não preencha os requisitos do art. 282, conceda ao autor o prazo de 10 dias para emendá-la ou completá-la, isso ele o faz em face dos defeitos ou das irregularidades que não são substanciais”¹¹⁰.

Discordamos. O art. 284 é claro no sentido de que o juiz pode determinar que o autor emende a inicial a que falte, por exemplo, a indicação do pedido (art. 282, IV) ou do fato e fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III).

Diz ainda o mesmo autor:

“Há erro técnico manifesto, segundo nos parece, na inclusão da decadência e da prescrição entre as causas de indeferimento da inicial. Quando o juiz, de logo, pode estar seguro quanto à inexistência do direito do autor, por se haver consumado a decadência, ou quanto à perda do poder de exigir (pretensão), porque cumprido o prazo de

109. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 213.

110. *Comentários*, cit., v. III, p. 218.

prescrição, deve ele tornar certa uma ou outra situação, mediante pronunciamento de mérito, suscetível, inclusive, de trânsito em coisa julgada material. Por conseguinte, é inexato falar-se, na hipótese, em indeferimento da inicial, que só pode ocorrer quando se cuida de obstar a constituição da relação processual. Aqui, pronunciando-se sobre a decadência ou a prescrição, o juiz, na verdade, põe fim ao processo com exame do mérito”¹¹¹.

Pensamos que, se nesse passo alguma crítica pode-se fazer ao Código, é apenas quanto à indicação da prescrição como causa de indeferimento da inicial, pois a prescrição, por natureza, constitui exceção; prescrição que se pode conhecer de ofício já não é prescrição, é decadência.

No mais, parece-nos correto o Código que, ao indicar a decadência como causa de indeferimento da inicial e não de extinção do processo, deixou claro que se trata de decisão que, ainda que de mérito, não produz coisa julgada, em face da circunstância de não ter ainda sido citado o réu. Seria esquisita a existência de coisa julgada em prol do réu, ignorada pelo maior interessado: o próprio réu.

O princípio da sanação atua também no caso de pedidos incompatíveis, devendo o juiz determinar que o autor emende a inicial, optando por um deles. Assim, por exemplo, já se decidiu:

“Cumulação de pedidos — Conversão da separação em divórcio e declaração de nulidade da escritura de pacto antenupcial — Incompatibilidade material entre os pedidos — Violação ao artigo 292, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil — Recurso provido para, afastada a extinção do processo, prosseguir apenas com a ação anulatória.

.....
O autor cumulou o pedido de conversão de separação em divórcio com o pedido de declaração de nulidade de escritura de pacto antenupcial.

A cumulação pretendida é inviável diante dos termos peremptórios do inciso I do § 1º do artigo 292 do Código de Processo Civil,

111. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 226.

exigindo, como requisito de admissibilidade da cumulação, que os pedidos sejam compatíveis entre si.

Não se trata de mera questão de ritos, como insiste o autor-apelante. Há incompatibilidade material entre os pedidos.

As ações não podem mesmo ser processadas conjuntamente. Em primeiro lugar e necessariamente, há que se resolver a questão da alegada nulidade do pacto antenupcial. Afastada a nulidade, a ação de conversão não pode ser julgada, por falta da anterior partilha (artigo 31 da Lei n. 6.515, de 1977). Reconhecida a nulidade, a ação de conversão também não pode ser julgada, pois há pontos peculiares da partilha a serem esclarecidos. As duas ações teriam de correr paralelamente, exigindo provas distintas, autônomas e desconexas entre si.

Mas também não é caso de extinção pura e simples do processo.

Incide no caso a regra *utile per inutile non vitiatur*, bem lembrada nas razões do apelo.

Nada impede que se extirpe o pedido de conversão, processando-se a ação anulatória.

É o que recomenda Pontes de Miranda:

‘Não se sacrifica o que é separável, (...), máxime se o sacrifício do elemento se basearia na não-miscibilidade ou na impossibilidade de junção do outro elemento; se a não se pode juntar a b, b é que há de ser repellido’ (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, 1974, pág. 97).

Nesse sentido e com esse apoio: ‘JTACSP’, vol. 33/86, respeitável Garrigós Vinhaes, recebendo a aprovação do eminente Theotônio Negrão (n. 4 ao artigo 292 do ‘Código de Processo Civil’, 24ª ed.).

Diante do exposto, é dado parcial provimento ao recurso para afastar a extinção do processo, prosseguindo-se apenas com a ação anulatória”¹¹².

Na verdade, o princípio da sanação atua na teoria e na prática de nosso sistema processual.

112. TJSP, 8ª Câm. Civ., AC 213.465-1, Rel. José Osório, j. 28-9-1994, JTJ, 165/9.

2. O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO E AS NULIDADES

Assim como, no direito civil, a teoria das nulidades matrimoniais diverge da teoria das nulidades dos negócios jurídicos, no campo do processo temos uma teoria dos atos viciados em processo pendente e outra, dos vícios da sentença em processo findo, isto é, transitada em julgado.

Iniciamos pelo estudo da primeira, observando, desde logo, haver, no Brasil, várias doutrinas a respeito das nulidades processuais, com diversidade de soluções e de terminologia.

Começamos com a de Galeno Lacerda, exposta, ainda na vigência do Código de 1939, em seu *Despacho saneador*¹¹³, divulgada por Egas Moniz de Aragão, já na vigência do Código de 1973¹¹⁴, e adotada recentemente por Antônio Janyr Dall'Agnol, em seu estudo intitulado *Invalidades processuais*¹¹⁵.

2.1. A doutrina de Galeno Lacerda

Lançada na vigência do Código de Processo Civil de 1939, vinte anos antes do Código de Processo de 1973, a doutrina de Galeno Lacerda sobre nulidades processuais teve larga difusão. Foi divulgada por Egas Moniz de Aragão¹¹⁶, mais recentemente foi acolhida por Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior¹¹⁷, bem como por Roque Komatsu¹¹⁸, e tem servido de guia para a jurisprudência, sendo expressamente citada em numerosos acórdãos.

Contudo, ela não se ajusta ao Código de Processo Civil, contém erronia intrínseca e às vezes conduz a decisões injustas. É o que pretendemos demonstrar.

113. *Despacho*, cit.

114. *Comentários*, cit., p. 264 e s.

115. *Invalidades*, cit.

116. *Comentários*, cit., v. II.

117. *Invalidades*, cit.

118. Roque Komatsu, *Da invalidade*, cit.

Quando escreveu *Despacho saneador*, Galeno Lacerda ainda não era o consumado processualista, mas apenas um moço de extraordinário talento. Sua doutrina a respeito das nulidades, embora original, ocupa somente algumas poucas páginas de seu livro, por não se constituir no objeto principal de seu estudo, tendo sido lançada por assim dizer incidentemente. Partiu de uma lição de Carnelutti, no tronco da Teoria Geral do Direito:

“Carnelutti, adotando a divisão clássica dos vícios essenciais em nulidades absolutas, relativas e anulabilidades, considera a nulidade absoluta insanável e sanáveis a nulidade relativa e a anulabilidade¹¹⁹. Distingue-as desta forma:

‘O ato relativamente nulo, ao contrário do absolutamente nulo, que não produz efeito algum, pode produzi-lo, desde que se realize determinada condição; em outras palavras, ao contrário da nulidade absoluta, a nulidade relativa significa que a eficácia do ato está sujeita à condição constituída pelo evento que sane o vício. Essa condição é suspensiva. Diz-se, então, que o vício convalesce’.

E como se distingue a nulidade relativa da anulabilidade?

‘Enquanto o ato relativamente nulo está sob condição suspensiva da confirmação ou da aquiescência, o ato anulável está sob condição resolutiva da reação’. A conduta transcendente para a eficácia do ato, no primeiro caso, é comissiva; no segundo, omissiva. Na anulabilidade, ‘não cabe dizer que os efeitos do ato se suspendam até a produção da reação, mas que eles se produzem desde logo, apesar do vício. Portanto, a reação não os constitui, mas os extingue. Isto significa que a conditio iuris age não como suspensiva, senão como resolutiva’.

Essa análise aguda e brilhante, embora figure no Sistema de Direito Processual Civil, se situa em pura teoria geral do direito. Pertencendo ao universo jurídico, claro está que esses conceitos se aplicam ao tema dos vícios essenciais do ato processual, os quais se

119. Essa tripartição é feita, com frequência, na doutrina processual. Assim, por exemplo, com relação ao direito espanhol, Francisco Ramos Méndez trata da nulidade absoluta (= insanável), relativa (= sanável) e da anulabilidade (dependente de arguição do interessado, como a incompetência relativa).

classificação, assim, em vícios insanáveis, constituídos pelas nulidades absolutas, e vícios sanáveis, onde se distinguem as nulidades relativas e as anulabilidades.

Carecem, portanto, de razão, os que sustentam, indistintamente, serem relativas e sanáveis as nulidades processuais”¹²⁰.

Tendo exposto as idéias de Cernelutti, no campo da Teoria Geral do Direito, tratou Galeno Lacerda de expor as suas, no campo mais limitado do processo civil. Disse:

“Em nosso entender, o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico.

Se nela prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes o pode invocar.

Quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade.

O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. Como exemplo podemos apontar a ilegitimidade processual provocada pela falta de representação, assistência ou autorização. Sendo imperativa a norma que ordena a integração 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, ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimimento da omissão.

A anulabilidade (...) é vício resultante da violação de norma dispositiva¹²¹. Por este motivo, como o ato permanece na esfera de

120. Galeno Lacerda, *Despacho*, cit., p. 70 e s.

121. Diz Silvio Rodrigues que, tendo em vista sua força obrigatória, as normas distinguem-se em regras cogentes (ou de ordem pública) e regras dispositivas (também chamadas supletivas e interpretativas). “Norma cogente é aquela que não pode ser alterada pela convenção entre os particulares. São preceitos que interessam diretamente à ordem pública, à organização social, e que por isso o legislador

disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício. Essa reação, provados seus fundamentos, tem a virtude de tornar, para o juiz, o vício insanável, quando se tratar de ilegitimidade do próprio órgão judicial, como na incompetência relativa e no desrespeito ao compromisso. Quando, porém, houver possibilidade de saná-lo por ato da parte contrária, deverá o juiz ordenar o suprimento, como na falta de caução, ou de pagamento de despesas de processo anterior. Ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, em todos estes casos o saneamento depende pura e simplesmente de omissão do interessado (nas hipóteses figuradas, dependerá da não oponibilidade da exceção)¹²².

Como já se observou, essa doutrina foi exposta na vigência do Código de 1939. Tinha, já então, o inconveniente de se afastar da terminologia legal, falando em nulidade e anulabilidade, ao passo que, para o Código, era e é relevante a qualificação da nulidade como cominada ou não cominada, distinção que, na doutrina de Galeno Lacerda, não joga papel algum.

Ponto importante a salientar é que, segundo essa doutrina, “os vícios passíveis de se constituírem em nulidade absoluta são, por definição, *insanáveis*”¹²³.

A doutrina geralmente parte do texto legal, esclarecendo o obscuro, explicitando o implícito, suprimindo o que falta e corrigindo eventuais equívocos do legislador. Fazendo o inverso, vamos transformar a doutrina de Galeno Lacerda em texto de lei, o que servirá para demonstrar o quanto ela se distancia do texto legal. Seria o seguinte, a nosso ver, o texto dos arts. 243 a 245 do Código de Processo Civil, se o legislador decidisse adotar por inteiro sua doutrina:

não transige em que se suspenda sua eficácia. As partes não podem, através de convenção, ilidir a incidência de uma norma cogente. *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest.* (...) As regras dispositivas, por não estarem diretamente ligadas ao interesse da sociedade, podem ser derogadas por convenção entre as partes. Elas funcionam no silêncio dos contratantes, suprimindo a manifestação de vontade, porventura faltante” (*Direito Civil*, parte geral, p. 16-7).

122. Galeno Lacerda, *Despacho*, cit., p. 70 e s.

123. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades*, cit., p. 54.

“Art. 243. Ocorrendo violação de norma cogente, tuteladora de interesse público, o juiz decretará de ofício a nulidade, que será insanável.

Art. 244. Se a norma violada tutelar norma cogente, tuteladora de interesse da parte, o juiz providenciará em sua sanção pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimimento da omissão, e somente será pronunciada se decorreu prejuízo para a parte.

Art. 245. A nulidade decorrente de violação de norma tuteladora de interesse da parte, de natureza dispositiva, deverá ser alegada pelo interessado na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Ora, o que se lê nos citados artigos do Código de Processo Civil é inteiramente diferente:

“Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”.

Não há esse afastamento do texto legal na doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves¹²⁴, assim como na de Teresa Arruda Alvim Wambier¹²⁵. (*A doutrina desses autores é exposta adiante.*)

Todavia, eventual desajuste entre doutrina e texto legal não constitui necessariamente um “pecado capital”.

Mais importante é a constatação de que a doutrina de Galeno Lacerda contém erronia intrínseca.

124. *Nulidades*, cit.

125. *Nulidades*, cit.

Como já se observou, Galeno Lacerda estabelece vinculação entre o regime das nulidades e a natureza da norma violada. Esse é exatamente o ponto em que sua doutrina se apresenta como original. Carnelutti distinguia interesse público e interesse privado. Galeno Lacerda acrescentou o critério da natureza cogente ou dispositiva da norma violada.

É certo que a nulidade somente pode decorrer de violação de uma norma. É forma de sanção prevista em lei para o caso de violação de uma norma. Ora, enquanto *dispositiva*, uma norma não pode ser violada. Por definição, a norma dispositiva permite disposição em contrário. E é claro que, praticando ato permitido por lei, a parte não viola norma alguma e, por isso mesmo, não cabe falar-se em sanção de nulidade por violação de norma dispositiva. Assim, de nulidade somente cabe falar-se a propósito de violação de norma cogente.

O Código é expresso no sentido de que há casos de preclusão, ou seja, casos em que a decretação da nulidade depende de tempestiva alegação da parte. É o que ocorre, por exemplo, no caso de indeferimento de perguntas formuladas a testemunha. Conformando-se a parte com o indeferimento, não poderá posteriormente alegar nulidade por cerceamento de defesa.

Como a preclusão supõe ato de interesse da parte e somente cabe falar-se em nulidade por violação de norma cogente, a conclusão que se impõe é que a nulidade sujeita a preclusão é a decorrente de violação de norma cogente tuteladora de interesse da parte. Mas, nesse caso, segundo Galeno Lacerda, a nulidade é decretável de ofício, não havendo, portanto, preclusão.

Considere-se, por exemplo, a hipótese de juntada de documento. É cogente a norma do art. 398 do CPC, determinando a intimação do adversário, para dizer a seu respeito, no prazo de cinco dias. Se a parte, embora não intimada, toma ciência do documento e nada reclama, ocorre preclusão, o que exclui a possibilidade de o juiz decretar a nulidade do processo, por falta daquela intimação.

Uma vez admitido que a nulidade é sanção que supõe a violação de norma jurídica e que não cabe falar-se em violação de norma *dispositiva*, constata-se que a doutrina de Galeno Lacerda não consegue explicar em que casos a nulidade fica sujeita a preclusão.

Pode-se retrucar, dizendo que Galeno Lacerda considera dispositivas as normas pertinentes a: incompetência relativa, convenção de arbitragem, prestação de caução e pagamento das despesas de ação anterior, porque o silêncio do réu, deixando de reclamar contra sua violação, implica tácita convenção das partes no sentido da prorrogação da competência, do afastamento do juízo arbitral, da dispensa da caução ou do pagamento das despesas de ação anterior. Ora, quando as partes, tácita ou expressamente, convencionam em sentido diverso ao estabelecido por norma dispositiva, não violam a lei e, por isso mesmo, não se pode falar em sanção de nulidade.

Pode haver preclusão, sem que se cogite de nulidade. A parte que propõe a ação em foro diverso do domicílio do demandado não viola a lei; muito menos, o réu que opõe a *declinatoria fori*. Tem-se, aí, proposta, não aceita, no sentido de que se processasse a ação em foro diverso do previsto em norma dispositiva.

Equivoca-se, pois, Galeno Lacerda, ao vincular a anulabilidade à violação de norma dispositiva. A anulabilidade nada mais é do que uma hipótese em que a lei deixa a critério da parte a aplicação ou não da *sanção*. A dispositividade resulta da opção conferida à parte, não da natureza da norma violada. Assim, é anulável o ato por coação, não porque o coator haja infringido norma dispositiva, mas porque a lei faz depender da vontade do coagido a anulação do ato. De igual forma, não há, nos crimes de ação privada ou dependentes de representação, violação de norma *dispositiva*; a lei penal é sempre cogente, ainda que a *sanção* possa depender da vontade do ofendido.

Os casos apontados por Galeno Lacerda como de anulabilidade são os correspondentes a defesas processuais que exigem alegação da parte, isto é, exceções processuais, como a incompetência relativa.

Ora, se o legislador permite que o réu concorde com o foro escolhido pelo autor, há certamente de concluir-se que nos encontramos em face de uma norma dispositiva; mas há também de concluir-se que a opção do autor não importou em violação de norma jurídica, por haver resultado de permissão do legislador.

Ao contrário das normas cogentes ou imperativas, as dispositivas ou supletivas podem ser afastadas pela vontade das partes.

Mas a disposição das partes, em sentido diverso ao previsto em norma dispositiva, não importa em violação da lei, porque por ela permitida.

Pode-se, contudo, salvar, nessa parte, a doutrina de Galeno Lacerda se, em lugar de violação de norma dispositiva, lermos “violação a direito disponível” como dando lugar a mera anulabilidade. Assim, as nulidades que o juiz pode decretar de ofício são, além das decorrentes de violação a norma tuteladora de interesse público, as que importem em violação a direito ou situação jurídica subjetiva a que a parte não pode renunciar.

Tome-se, para exemplificar, a hipótese de penhora de bem impenhorável. Admita-se que a impenhorabilidade constitua direito irrenunciável do executado. Claro, então, que a nulidade da penhora de bem impenhorável pode e deve ser decretada pelo juiz, de ofício.

Ainda com essa correção, não podemos acolher a doutrina de Galeno Lacerda, mas por outro motivo, qual seja, a vinculação que estabelece entre nulidade absoluta e insanabilidade, desconsiderando princípio fundamental em matéria de nulidades processuais, qual seja, o da sanação, sempre que possível. Veja-se:

— Nulidade absoluta é a resultante de incompetência absoluta. Contudo, dela não decorre a nulidade do processo, mas apenas a dos atos decisórios. Sana-se com a remessa dos autos ao juiz competente (CPC, art. 113, § 2º).

— A falta de citação é talvez o mais grave dos vícios processuais, dela decorrendo a nulidade da sentença, e não mera rescindibilidade. Contudo, o comparecimento supre a falta de citação (CPC, art. 213, § 1º) e dela não decorre a nulidade do processo como um todo, mas apenas dos atos posteriores, dependentes da prévia citação.

— O art. 13 estabelece que, verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

— O art. 37, parágrafo único, autoriza a ratificação até de atos juridicamente inexistentes, quais sejam, os praticados por advogado sem mandato.

Constitui equívoco afastar-se o princípio da sanação quando violada norma tuteladora de interesse público. Qualquer que seja a hipótese de nulidade, deve o juiz providenciar, se possível, a sanação do vício, a fim de que não seja necessário decretá-la.

Que existam nulidades insanáveis é proposição com a qual devemos concordar. O que não concordamos é com a proposição, não demonstrada, de que seja insanável toda nulidade decorrente da violação de norma tuteladora do interesse público. Não há relação necessária entre a natureza da norma violada e a possibilidade ou não de sanação¹²⁶.

Considere-se a hipótese de atos praticados por advogado impedido ou que exerça atividade incompatível com o exercício da advocacia. Tem-se, aí, fora de qualquer dúvida, violação de norma cogente, tuteladora de interesse público. Nulidade, pois, absoluta e insanável, nos termos da doutrina de Galeno Lacerda. A solução razoável é a ratificação dos atos praticados, o que tem sido admitido por alguns tribunais. Não, porém, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aplicou a doutrina de Galeno Lacerda, esquecido de que devia julgar o direito das partes e não o de seus advogados:

“Funcionários públicos do Município de Petrópolis. Agentes fiscais de serviços urbanos e do Demutran. Pretensão de serem enquadrados, por isonomia, nos cargos de fiscais, nível X. Petição inicial subscrita, exclusivamente, por defensora pública, única procuradora da parte autora. Falta de capacidade postulatória. Ausência de pressuposto processual de natureza subjetiva. Os Defensores Públicos, a partir da vigência da atual Constituição Federal, estão impedidos de exercerem a advocacia fora de suas atribuições institucionais. Inteligência do art. 134, parágrafo único da Constituição de 1988 e arts. 130, I e 137 da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Matéria de ordem pública a ser examinada de ofício. Pareceres normativos internos invocando a existência de

126. Bem observa Humberto Theodoro Júnior 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” (As nulidades..., *Revista*, cit., p. 49).

direito adquirido. Descabimento. Não há direito adquirido contra texto constitucional, nem tampouco, a determinadas prerrogativas de regime funcional. Precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal. O ato processual praticado contra norma que tutela interesse público é absolutamente nulo, sendo insanável. Sistema de nulidades consoante com a inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados. Falta de condições de desenvolvimento válido do processo. Extinção sem análise do mérito.

.....
Afastado o vício da inexistência que seria o não-ato (fático ou jurídico), resta apreciá-lo em função das chamadas nulidades *lato sensu*.

O que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico.

Conforme consagrado trabalho de Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, pág. 69/72), ato absolutamente nulo será aquele que violar norma que tutela interesse público.

Sempre que a norma tutelar um interesse público, sobre o qual as partes não têm o poder de disposição, a infringência acarretará nulidade absoluta.

Outros caracterizam as nulidades absolutas, como sendo aquelas para as quais a lei comina expressamente a pena de nulidade.

A todas as luzes, os pressupostos processuais dizem respeito aos requisitos necessários à formação e desenvolvimento da relação processual e é, indubitavelmente, matéria de ordem pública

Por outro lado, a nulidade absoluta, vício, reconhecidamente, insanável, difere da inexistência apenas por ser purgável pela *res judicata*, mas como nulidade cominada tem sempre de ser declarada de ofício.

Ora, o art. 4º da Lei nº 8.906/94 — Estatuto da Ordem dos Advogados — comina de nulidade os atos privativos de advogados praticados por pessoas não inscritas na OAB, bem como os praticados por advogados impedidos, suspensos ou licenciados.

Dessa forma, qualquer que seja o critério para detectá-las estaremos diante de uma nulidade absoluta que, sendo vício insanável, não há como ser purgado, mesmo porque *quod nullum est nullum producit effectus*.

É de se reconhecer que, em casos assemelhados à hipótese dos autos, há entendimentos jurisprudenciais ditados, certamente por preocupações sentimentais ou visando impedir supostos ou potenciais prejuízos da parte, admitindo a sanção.

Todavia, além de ser interpretação destituída de cientificidade, não guarda ressonância com o caso em análise, até mesmo em função da manifestação meritória de fls. 477.

Por tais circunstâncias, acolhe-se a primeira preliminar suscitada, para, reconhecendo a nulidade *ab initio* do processo, extingui-lo, sem análise do mérito nos termos do art. 267, IV do Código de Processo Civil, com custas e honorários de 10% (dez por cento) pela autora, ficando prejudicada a segunda preliminar de nulidade, suscitada pela Procuradoria de Justiça às fls. 502¹²⁷.

Estamos certos de que Galeno Lacerda não hesitaria em repudiar sua própria doutrina, para não cometer injustiça. Não subscreveria o acórdão que estamos a criticar. Cumpre reconhecer, porém, que as conclusões do acórdão decorrem logicamente de sua doutrina.

Estranhamos que Galeno Lacerda haja restringido a aplicação do princípio da sanção apenas às nulidades decorrentes de violação de normas tuteladoras de interesse da parte, porquanto o Código de 1939, ainda mais claramente que o atual, o estendia a quaisquer nulidades: “Art. 274. Ainda que determinada forma tenha sido prescrita com a cominação de nulidade, esta somente será pronunciada pelo juiz, se não for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato”.

É preciso ser cauteloso no julgamento das causas, para evitar que a adoção sem crítica de uma doutrina, por mais respeitável que seja, ~~na~~ conduza a soluções injustas.

127. TJRJ, 5ª Câm. Cív., AC 826/96, Rel. Marcus Faver, j. 1ª-10-1996, RTJ RJ, 32/185, julho a setembro de 1997.

2.2. A doutrina de Antônio Janyr Dall'Agnol

Vejamos, agora, como essa doutrina foi recebida por Antônio Janyr Dall'Agnol, já na vigência do Código de 1973.

Distingue A. Dall'Agnol os três planos: da existência, da validade e da eficácia.

— A questão da validade concerne a *atos jurídicos*, vale dizer, atos *existentes* juridicamente.

— A ineficácia não se identifica com invalidade; tanto há atos perfeitos (= válidos) que não são eficazes quanto os há imperfeitos (não necessariamente inválidos) que produzem efeitos.

— Atos há no processo que, embora defeituosos, não acarretam invalidade. Nessas hipóteses, diz-se, ocorre mera *irregularidade*¹²⁸.

Seguindo lição de Galeno Lacerda, apresenta o autor a seguinte sistematização que, “integral ou parcialmente, vem sendo acolhida desde então pela doutrina brasileira”:

a) se na norma “prevalecerem fins editados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável do ato”; deve ser declarada de ofício; qualquer das partes a pode invocar;

b) se, porém, “a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável”, surgindo daí “as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade”;

b.1) tratando-se de norma cogente, “a violação produzirá nulidade relativa”; o juiz tem a faculdade de proceder de ofício, “ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimimento da omissão”;

b.2) cuidando-se de norma dispositiva, a resultante poderá ser a 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”; o saneamento depende “pura e simplesmente da omissão do interessado”.

128. “Muitas regras jurídicas do Código de Processo Civil, como de todos os Códigos de Processo, são apenas ordenamento regulamentar, sem consequências processuais se alguma infração ocorre” (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., p. 325).

Ponto importante a salientar é que, segundo essa doutrina “os vícios passíveis de se constituírem em nulidade absoluta são, por definição, *insanáveis*”¹²⁹.

Observa Antônio Dall’Agnol: 1) *cominadas* dizem simplesmente com invalidades derivadas de regra onde se estabeleceu, explicitamente, a consequência; 2) o 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 apóia-se na natureza da norma jurídica violada, considerada em seu aspecto teleológico (cogência-dispositividade; tutela *preferencial* de interesse público ou de interesse individual). Os doutrinadores que não distinguem as duas classificações vêm-se obrigados a admitir a ocorrência de nulidade absoluta que seria sanável, como é o caso de José Frederico Marques. Ora (argumenta), ou a nulidade absoluta, por definição, reflete vício insanável, ou inexistente nulidade absoluta em processo (todas as nulidades seriam, então, relativas).

Por vezes, prossegue o autor, qualificam-se como absolutas nulidades que, em verdade, são relativas. É o que ocorre, diz, com Fábio Luiz Gomes. O ilustre professor gaúcho que, expressamente, assevera estar “com a corrente doutrinária que entende sanável o vício da nulidade absoluta” reputa absoluta a nulidade decorrente de citação defeituosa ou a eventualmente advinda de infração aos arts. 11, parágrafo único, e 13, I, do CPC, todas hipóteses por ele consideradas como de nulidade relativa.

Dall’Agnol não trata, na obra indicada, dos vícios da *sentença* que haja transitado em julgado. É que temos, no campo do processo, duas teorias das nulidades, uma referente aos atos processuais, e outra à sentença que transitou em julgado.

Efetivamente, uma das características da nulidade absoluta, segundo a doutrina esposada pelo autor, é o poder que tem o juiz de

129. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades*, cit., p. 54.

decretá-la de ofício. Ora, uma vez trânsita em julgado a sentença, a nulidade absoluta decorrente de incompetência absoluta somente pode ser decretada mediante pedido da parte, em ação rescisória (CPC, art. 485, II).

Por outro lado, o autor, coerentemente, qualifica como de nulidade relativa a hipótese de defeito de citação, pois se trata, aí, predominantemente, de tutelar o interesse da parte ré. Como se pode decretar a nulidade da citação e do respectivo processo, mesmo após o decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória (CPC, art. 741, I), deparamo-nos com uma situação pelo menos curiosa: vício mais grave, como o da incompetência absoluta, que diz respeito a interesse público, exigirá ação rescisória, sujeita ao prazo decadencial de dois anos; o vício decorrente de defeito de citação, menos grave, tanto que qualificado como de nulidade apenas relativa, por visar à tutela de interesse da parte, escapará à sanação produzida pelo trânsito em julgado da sentença.

De nossa parte, entendemos que a tripartição, nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades, não explica adequadamente o sistema legal; entendemos, outrossim, não estar devidamente demonstrada a vinculação das nulidades absolutas ao interesse público e das nulidades relativas e anulabilidades ao interesse da parte.

Considere-se a hipótese de suspeição do juiz. Parece-nos evidente o interesse público na imparcialidade do órgão julgador. Todavia, ocorre preclusão se a parte não argúi a exceção. Por outro lado, a exigência de citação atende ao interesse do réu. A hipótese, porém, é de nulidade, cabendo ao juiz decretá-la de ofício, no interesse do demandado.

Um ponto em que A. Dall'Agnol não foi fiel à lição de Galeno Lacerda concerne à afirmação de que a nulidade relativa pode ser decretada de ofício, não obstante sujeita a preclusão. Diz:

“A possibilidade de decretação de ofício, porém, não afasta a incidência do art. 245, *caput*, do CPC: ‘A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão’. Fecha-se ao interessado que não alegar tempestivamente a oportunidade de fazê-lo. Por vezes, há manifestação de perplexidade pela circunstância de operar-se

preclusão apenas para a parte, e não para o juiz, mas sem razão de ser. Afora existirem hipóteses outras desse fenômeno, denota isso apenas, e ainda uma vez, que a preclusão não pode ser visualizada só sob o ponto de vista objetivo, como ‘fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual’, mas, também, sob o ponto de vista subjetivo, como ‘perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto’ (cf. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, II, p. 286)”¹³⁰.

Há, realmente, casos de preclusão apenas para a parte. Para eles sugerimos o uso da expressão “preclusão parcial”, em oposição aos casos de “preclusão total”, em que há preclusão também para o órgão judicial. Há preclusão parcial, por exemplo, em relação à prova pericial: pode a parte haver perdido, por preclusão, o direito à realização de prova pericial, sem que isso iniba o juiz de determinar sua produção de ofício, entendendo-a indispensável para a decisão da causa. Preclusão apenas para a parte há, também, no caso de suspeição do juiz, que pode e deve declará-la, a qualquer tempo, seja por motivo de natureza íntima, seja em razão de qualquer dos incisos do art. 135.

Todavia, essa possibilidade é inadmissível em tema de nulidades, pois o que se quer saber, quando se examina seu regime jurídico, é se o juiz deve ou não pronunciá-la. A única maneira de se conciliar preclusão com decretação de ofício, em matéria de nulidades, seria atribuir-se ao juiz o poder de decretá-la ou pronunciar a nulidade. Pergunta-se, então: que espécie de doutrina é esta, que deixa o juiz sem saber se deve ou não decretar a nulidade? Dizer-se, por outro lado, que, nos casos de nulidade relativa, o juiz pode optar entre decretar a nulidade ou declarar a preclusão, importa em atribuir ao juiz poderes discricionários, incompatíveis com o princípio da legalidade estrita, que informa o regime das nulidades. Na verdade, somente são aceitáveis duas alternativas: ou o juiz deve, de ofício, decretar a nulidade e, nesse caso, é irrelevante a manifestação

130. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades*, cit., p. 54.

da parte, ou ocorreu preclusão, sendo por isso vedado ao juiz pronunciá-la. Não há terceira possibilidade (*Tertium non datur*).

A referida incongruência, insistimos, não se encontra na obra de Galeno Lacerda¹³¹.

2.3. A doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves

Contrariando frontalmente a doutrina de Galeno Lacerda e A. Dall'Agnol, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que, no processo, não há normas contemplando o interesse particular, mas normas imperativas, disciplinando a atuação do juiz e garantindo a participação das partes no desenvolvimento do procedimento regular. Assim, o interesse privado, em razão da natureza do processo, não pode servir de base para a anulação de atos processuais. Diz:

“Carnelutti teve uma visão absolutamente correta dessa questão quando ressaltou que há base para a anulação do ato viciado quando o vício atingir o interesse da parte, prejudicando-a. Tal concepção não leva à conclusão de que a *norma* que autorize a declaração de nulidade é instituída no *interesse* da parte. É o desvio do ato de seu modelo legal que constitui o vício e é ele que pode provocar o prejuízo. Se o vício do ato praticado contra a norma não trazer prejuízo, não se anula o ato, ainda que a parte interessada por quaisquer motivos na nulidade a requeira”¹³².

A disciplina legal das nulidades envolve dois momentos distintos: no primeiro, trata-se de prever ou não a sanção de nulidade, conforme a essencialidade do ato; no segundo, trata-se de disciplinar sua aplicação: se deve ser decretada de ofício, se necessita de requerimento, quem pode requerê-la, em que circunstâncias deve ser decretada ou, pelo contrário, não ser pronunciada, e quais os efeitos de sua declaração¹³³.

O Código distingue nulidades cominadas e não cominadas. Logicamente, as nulidades cominadas e não cominadas não rece-

131. *Despacho*, cit., p. 68 e s.

132. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 93.

133. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 46.

beram o mesmo tratamento por parte do autor do anteprojeto, Alfredo Buzaid¹³⁴.

“A distinção entre elas não está nos efeitos que sua declaração produz, nem no grau de gravidade do vício, mas apenas na legitimação do sujeito do processo para argüir a nulidade e no momento processual de sua alegação.

As nulidades cominadas devem ser declaradas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, antes da sentença, naturalmente, porque, com ela, o juiz termina o ofício jurisdicional (art. 463 do C. Pr. Civil), mas podem ser também argüidas pela parte que não lhes deu causa, no momento processual oportuno (art. 243 do CPC).

As não cominadas não podem ser declaradas de ofício, exigem a provocação da parte e, mesmo assim, sua incidência no caso concreto é condicionada à ofensa aos princípios que regem a validade do ato processual, mesmo praticado com infração da forma prescrita em lei, o da finalidade e o da ausência de prejuízo”¹³⁵.

Em qualquer caso, seja de nulidade cominada como de não cominada, há que se observar os princípios que condicionam sua decretação, que podem ser reduzidos a dois: o da finalidade e o da ausência de prejuízo¹³⁶.

“No processo, não basta a existência do vício para que o ato seja passível de ser anulado ou declarado nulo. Tanto nos casos de nulidade cominada como nos de nulidade não-cominada, pode-se afirmar que não há nulidade sem prejuízo”¹³⁷.

“A nulidade dita absoluta, que se contrapõe a qualquer outra espécie, sob a denominação de nulidade relativa ou de anulabilidade, nada mais é do que a nulidade *cominada*, que o juiz pode declarar de ofício, em qualquer fase do processo, e a parte pode alegar, no momento processual oportuno.

As nulidades que se designam por nulidade relativa ou por anulabilidade são sempre as não-cominadas, que podem ser decla-

134. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 51.

135. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 51-2.

136. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 58.

137. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 64.

radas apenas em razão da alegação da parte que não concorreu para o ato viciado e que, em razão do vício, tenha prejudicada sua atuação no procedimento”¹³⁸.

Observa Aroldo Plínio Gonçalves haver, ainda, a possibilidade de se alegar a nulidade da sentença não em razão de vícios que tornam os atos que a antecederam passíveis de nulidade, ou pela inobservância dos requisitos que lhe são essenciais, mas pelo seu próprio conteúdo. É o caso da sentença que julga *extra petita*, ou *ultra petita* (art. 460 do CPC)¹³⁹.

Afirma, também, que a nulidade, como sanção, pode existir potencialmente, mas só se abaterá sobre a sentença, assim como sobre qualquer ato processual, se for efetivamente aplicada, e que a via normal para a aplicação de sanções é a decisão judicial, donde conclui não se poder assim conceber que “*sentenças nulas*” passem em julgado, ou que “*sentenças nulas*” sejam “*convalidadas*” por força do trânsito em julgado, ou que “*sentenças sejam nulas*”, antes que haja pronunciamento judicial aplicando a nulidade¹⁴⁰.

Vamos sintetizar a doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves, transformando-a em artigos de lei, como se o legislador a adotasse numa reforma da lei processual.

Pensamos que a redação poderia ser a seguinte:

Art. 243. O juiz pronunciará de ofício e a qualquer tempo, antes da sentença, as nulidades cominadas.

Art. 244. As nulidades não cominadas somente serão pronunciadas mediante provocação da parte.

Parágrafo único. A nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Não prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Art. 245. Em qualquer caso, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade ou dele não resultar prejuízo. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem

138. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 99.

139. *Nulidades*, cit., p. 108.

140. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades*, cit., p. 108-9.

aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 246. (Inalterado.)

Art. 247. (Inalterado.)

Art. 248. (Inalterado.)

Art. 249. (Inalterado o *caput* e suprimidos os parágrafos.)

Art. 250. (Inalterado.)

(Um exame crítico dessas afirmações de Aroldo Plínio Gonçalves encontra-se adiante, em nossas “Primeiras Conclusões”).

2.4. A doutrina de Teresa Wambier

A obra de Teresa Arruda Alvim Wambier tem o mérito de tentar a elaboração de uma teoria das nulidades do processo e da sentença.

Disserta a respeito do assunto com meticulosidade. Aponta quinze princípios que norteiam o sistema das nulidades processuais¹⁴¹. Além das categorias da inexistência e das irregularidades, distingue nulidades absolutas e relativas (ou anulabilidades), nulidades de forma e de fundo.

“Nulidades relativas só podem ser argüidas pelo interessado”¹⁴², donde se conclui que as absolutas podem ser decretadas de ofício.

As nulidades de forma são de regra relativas. São absolutas nos casos expressos em lei, sem que para isso se exija expressão sacramental. “Expressões como ‘obrigatoriamente’, ou ‘em qualquer caso’, ou mesmo o verbo no futuro do indicativo, podem indicar esta circunstância”¹⁴³.

“O art. 243 refere-se exclusivamente aos vícios de forma. Estes consubstanciar-se-ão em nulidades absolutas em virtude de expressa previsão legal”¹⁴⁴.

141. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 139 e s.

142. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 150.

143. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 178.

144. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 177.

“O art. 244 aplica-se aos vícios de natureza formal, aos quais a lei não comina pena de nulidade, tratando-se, assim, de anulabilidade”¹⁴⁵.

O *caput* do art. 245 aplica-se somente às anulabilidades¹⁴⁶.

As nulidades de fundo, absolutas, são as que se vinculam às condições da ação e aos pressupostos processuais, positivos de existência e de validade, e negativos¹⁴⁷.

2.4.1. Exame do Código

Trata a autora de examinar cada regra contida no Código.

Nos casos em que um dos cônjuges não pode litigar sem o outro, ou em que se exige a citação de ambos (arts. 10 e 11), vê falta de legitimação processual, nulidade de fundo, absoluta.

O art. 12 trata de capacidade processual. Infringido, tem-se nulidade (de fundo, absoluta).

Segundo a autora, a capacidade processual ou a regularidade da representação do autor (CPC, art. 13, I) constitui pressuposto de existência do processo. Logicamente, sua falta determina a inexistência jurídica do processo, que o juiz deve declarar de ofício.

O mesmo ocorre, segundo a autora, no caso de advogado que se obrigou a exibir procuração de seu cliente: a falta de ratificação de seus atos determina a inexistência do processo (art. 37, parágrafo único).

No caso de litisconsórcio necessário (art. 47), os litisconsortes só têm legitimação para o processo agindo ou sendo citados todos. Há, pois, falta de um pressuposto de validade do processo. Além disso, segundo Teresa Alvim, a falta de citação de um dos litisconsortes necessários constitui falta de um pressuposto de existência do processo, que o juiz deve declarar de ofício.

A falta de intimação do Ministério Público, quando obrigatória sua intervenção (art. 84), determina a nulidade absoluta do processo.

145. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 178.

146. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 179.

147. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 159.

A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício, como dispõe o art. 113 do CPC.

“O art. 114 só se aplica aos casos de incompetência relativa, cujo regime é análogo ao das anulabilidades, exceto pela circunstância de *nada* anular-se.”

É inexistente a sentença em que o juiz se exima de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei (art. 126). Dispensável, pois, segundo a autora, a propositura de ação rescisória.

Há nulidade, se o juiz decide a lide fora dos limites em que foi proposta ou se conhece de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128). Caso, pois, de ação rescisória. De igual forma, no caso de faltar motivação à sentença (art. 131, 2ª parte).

Inexistente a sentença proferida por juiz aposentado (CPC, art. 132), por falta de jurisdição; nula, se proferida por juiz promovido, porque absolutamente incompetente.

Nulidade no caso de juiz impedido (art. 134).

As disposições relativas ao uso do vernáculo e da tradução de documento estrangeiro (arts. 156 e 157) não geram nulidade, apesar da forma imperativa do texto. (Mas, em outras hipóteses, a forma imperativa deve ser interpretada como exigência legal *sob pena de nulidade...*)

“Os arts. 172 a 175 e 177 a 192 tratam do problema do tempo no processo, que se liga ao fenômeno da ‘admissibilidade’, pelo menos no que diz respeito aos atos das partes”¹⁴⁸.

Relativamente a *quando* deve o ato ser praticado, há três circunstâncias que o viciam¹⁴⁹:

- a) ser praticado fora do prazo (art. 183);
- b) ser praticado nas férias, nos feriados ou fora do horário de expediente (arts. 172, 173 e 179);
- c) ser praticado durante a suspensão do processo (arts. 180 e 266).

148. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 177.

149. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 180.

A infração aos dispositivos que dizem respeito aos atos de comunicação no processo gera nulidade¹⁵⁰.

A falta de intimação pessoal do Ministério Público (art. 236, § 2º) gera nulidade absoluta, significando a expressão “em qualquer caso” forma prescrita sob pena de nulidade... Nulidade absoluta se, no caso de morte do advogado do autor, o processo prossegue sem ele (art. 265, § 2º). Nulidade de fundo e, portanto, de caráter absoluto, nos casos dos arts. 267, IV, V e VI, 301, I, II, III, V, VI, VIII e IX¹⁵¹.

Apesar da redação imperativa do art. 331, a falta de designação de audiência de conciliação não determina nulidade¹⁵².

2.4.2. Síntese do pensamento de Teresa Wambier

Tratamos, agora, de sintetizar, sob a forma de texto de lei, a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, o que facilitará o confronto com as doutrinas antes expostas. Segundo pensamos, poderia ela assim redigir o texto legal, numa eventual reforma do Código:

Art. 243. O juiz decretará de ofício a nulidade:

I — de fundo, qual seja, a relativa a condição da ação, a pressuposto processual positivo de existência ou validade, ou a pressuposto negativo;

II — de forma, quando prescrita em lei, sob pena de nulidade ou expressão equivalente.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz somente decretará a nulidade por provocação da parte e se ocorrer prejuízo.

§ 1º A nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos. Não prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

§ 2º O juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. Quando puder decidir do mérito a favor da

150. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 177.

151. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 179.

152. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, cit., p. 180.

parte a quem aproveita a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Art. 246. (Inalterado.)

Art. 247. (Inalterado.)

Art. 248. (Inalterado.)

Art. 249. (Inalterado o *caput* e suprimidos os parágrafos.)

Art. 250. (Inalterado.)

(*Um exame crítico dessas afirmações de Teresa Wambier contra-se, a seguir, em nossas “Primeiras Conclusões”.*)

2.5. Primeiras conclusões

O exame e crítica das lições de Galeno Lacerda, Aroldo Gonçalves e Teresa Wambier já nos permitem fixar algumas conclusões.

2.5.1. A escala da inexistência às meras irregularidades

Os arts. 243 e s. do Código de Processo Civil não dizem respeito nem às hipóteses de inexistência, nem às meras irregularidades. Regulam, entre esses dois extremos da escala, apenas as hipóteses intercalares, correspondentes às nulidades.

2.5.2. Nulidades de fundo e de forma

É correta a assertiva de Teresa Wambier de que, aí, o Código apenas cogita das nulidades de forma, deixando de lado as nulidades de fundo¹⁵³, compreendidas como tais as decorrentes da falta de condição da ação ou de pressuposto processual, das quais o juiz conhece de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 267, § 3º. Com essa categoria, Teresa Wambier estabelece um laço entre os temas conexos dos pressupostos processuais e das nulidades.

153. Também Humberto Theodoro Júnior refere-se às nulidades de fundo, relacionadas aos pressupostos processuais e condições da ação, em oposição às nulidades de forma (As nulidades..., *Revista*, cit., p. 38-59).

2.5.3. Nulidades não cominadas e decretação de ofício

Tanto Aroldo Gonçalves quanto Teresa Wambier decretam, de ofício, as nulidades cominadas. Ambos exigem provocação da parte, nos casos de nulidades não cominadas¹⁵⁴. Entretanto, nada no Código autoriza essa dupla assertiva.

Nos termos do art. 243, quando a lei prescreve determinada forma, sob pena de nulidade, sua decretação não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Esse dispositivo somente tem sentido se admitirmos que há nulidades que, embora cominadas, dependem de alegação da parte. Pudessem o juiz, em qualquer caso, decretar de ofício nulidades cominadas, a existência de alegação, por esta ou aquela parte, seria totalmente irrelevante.

Os autores examinados são concordes em apontar esse dispositivo como referente a nulidades que o juiz deve decretar de ofício. Ora, se, no caso do art. 243, o juiz deve decretar de ofício a nulidade, por que se haveria de cogitar de requerimento da parte? O texto comportaria a hipótese, risível, de estar o juiz pronto a decretar a nulidade, quando recebe petição da parte, alegando-a, caso, então, em que deixaria de lado sua intenção, e não decretaria a nulidade, por haver sido ~~causada~~ *alegada* pela própria parte que lhe deu causa.

Moniz de Aragão, que segue a doutrina de Galeno Lacerda, tem uma posição diferente. Entende que o dispositivo compreende apenas a anulabilidade e as irregularidades. Não abrange a inexistência e as nulidades absolutas e relativas, pois estas podem e devem ser decretadas de ofício pelo juiz e de modo algum se lhe poderia retirar esse dever, apenas porque a parte responsável pela ocorrência vem denunciá-la¹⁵⁵.

154. Essa é também a lição de Humberto Theodoro Júnior: "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*" (As nulidades..., *Revista*, cit., p. 47).

155. Egas Moniz de Aragão, *Comentários*, cit., p. 273.

Podemos deixar de lado as irregularidades, porque estas não implicam nulidade. Restariam, assim, as hipóteses de anulabilidade, que, na doutrina de Galeno Lacerda, encampada por Moniz de Aragão, derivariam da violação de norma dispositiva. Ora, já vimos que norma dispositiva não pode, enquanto tal, ser violada, exatamente porque dispositiva. De outro lado, há unanimidade no sentido de que as hipóteses de nulidades cominadas são as correspondentes aos vícios mais graves. As anulabilidades, por outro lado, somente poderiam corresponder a vícios de menor gravidade, porque (sempre na doutrina de Galeno Lacerda) decorreriam da violação de norma tuteladora, não de interesse público, mas de interesse da parte; não de norma cogente, mas de norma dispositiva.

Na verdade, o art. 243 somente adquire sentido se admitirmos que, cominada ou não a nulidade, pode ela depender de alegação da parte, sujeitando-se, pois, a preclusão. Cominada ou não a nulidade, o juiz não a pronuncia se, dependendo de alegação da parte, constata que ela foi causada exatamente por quem a arguiu. O Código comporta esse entendimento.

Caso de nulidade cominada é a decorrente da falta ou nulidade da citação (CPC, art. 214). Entretanto, se o réu comparece, sem argui-la, a nulidade não pode ser decretada (art. 214, § 1º). Outro exemplo: suponha-se que uma das partes seja intimada da juntada de documento aos autos por intimação nula, nos termos do art. 236, § 1º. Faltou, por exemplo, o nome de seu advogado. Realiza-se a audiência. A parte é vencida e apela, pedindo a reforma da sentença, sem jamais aludir à nulidade daquela intimação. Evidentemente, não poderá o tribunal decretá-la de ofício, ainda que cominada.

Por outro lado, é inexata a assertiva de que, em qualquer caso, é vedado ao juiz pronunciar nulidade não cominada¹⁵⁶. Para demonstrá-lo, basta que se considere a hipótese, aliás corriqueira, de recurso não conhecido por intempestividade, independentemente de alega-

156. Nesse sentido, Edson Ribas Malachini: "As nulidades que o juiz deve decretar de ofício, nos termos do art. 245, parágrafo único, do CPC, podem ser também as *não cominadas*, objeto do art. 244" (Nulidades no processo civil, RT, 545/25-34).

ção do recorrido. Ao não conhecer do recurso, está o tribunal a afirmar a nulidade do ato de interposição do recurso, negando-lhe efeitos. Não cominada, mas decretável de ofício é a nulidade decorrente da falta de contestação oferecida por curador especial, inerte em todo o processo.

Em casos dessa natureza, Teresa Wambier tentaria defender-se, afirmando tratar-se, na realidade, de nulidade cominada, pois considera como tais não apenas as hipóteses em que a lei usa a expressão “sob pena de nulidade”, como também os em que afirma que “é da essência do ato” ou utiliza expressão similar. Até aí poder-se-ia acompanhá-la. Mas ela vai além e afirma que a cominação pode decorrer simplesmente da forma imperativa utilizada. Haveria casos em que o uso da forma imperativa implicaria cominação de nulidade e outros em que tal não ocorreria. A fluidez de sua doutrina, no que toca a esse ponto, torna indemonstrável sua falsidade, retirando-lhe, pois, a característica de cientificidade.

2.5.4. Nulidades cominadas e prejuízo

As doutrinas de Teresa Wambier e Aroldo Gonçalves são compatíveis entre si, exceto num ponto: ao contrário de Teresa Wambier, Aroldo Gonçalves exige prejuízo para que se decrete mesmo as nulidades cominadas. Segundo sua doutrina, cominada ou não a nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade ou dele não resultar prejuízo.

Essa é também a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“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”¹⁵⁷.

À primeira vista, essa doutrina se choca com o disposto no art. 244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. A *contrario sensu*, prescrevendo a lei de-

157. As nulidades..., *Revista*, cit., p. 51.

terminada forma, sob pena de nulidade, deve o juiz pronunciá-la, ainda que, realizado de outro modo, haja o ato alcançado sua finalidade.

Contudo, como advertem os hermeneutas, a interpretação *a contrario sensu* é sempre perigosa. No caso, o próprio Código encarega-se de demonstrar que, embora cominada a nulidade, não se a pronuncia, se não houve prejuízo. O suprimento da falta de citação pelo comparecimento espontâneo do réu somente se explica pela ausência de prejuízo.

Outro caso de nulidade cominada que somente se decreta havendo prejuízo está no art. 236, § 1º, que estabelece: “É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação”. A hipótese, que é de nulidade cominada, é expressa no sentido de que não se decreta a nulidade se a publicação atingiu sua finalidade, ou seja, se de eventual equívoco não resultou prejuízo. Esse é inegavelmente o sentido da cláusula “suficientes para sua identificação”. Além disso, o art. 249, § 1º, sem distinguir entre nulidades cominadas e não cominadas, dispõe que o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

É sobre o tema, assim se pronuncia Pontes de Miranda:

“Diz o art. 249, § 1º, que o ato processual não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, se isso não prejudicar a parte. Aqui, não se atende à diferença entre nulidade não cominada e nulidade cominada. O que importa é que não haja prejuízo à parte”¹⁵⁸.

Se não bastassem todos esses argumentos, ainda haveria outro, por si só suficiente para sustentar a tese, qual seja, a ilogicidade de se exigir a repetição do ato ou o suprimento de sua falta, ainda que, realizado o ato de outro modo, haja sido alcançada sua finalidade.

2.5.5. Sentido da distinção entre nulidades cominadas e não cominadas

Concluimos que a circunstância de tratar-se ou não de nulidade cominada nada nos diz sobre a possibilidade de ser ou não decretada

158. Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. III, p. 347.

de ofício¹⁵⁹ e que, em qualquer dos casos, a existência de prejuízo constitui requisito essencial para que seja pronunciada.

Qual, então, o sentido da contraposição entre nulidades cominadas e não cominadas?

A referência do Código às duas hipóteses de nulidades explica-se, a nosso ver, como expressa rejeição da tese de que, sendo a nulidade uma sanção, somente poderia ser aplicada nos casos expressos em lei.

No direito de família, consoante tradição, só há nulidades cominadas (Orlando Gomes)¹⁶⁰. Referindo-se expressamente às nulidades não cominadas, o Código deixou claro existir, no processo, também nulidades virtuais.

Outra questão é a do prejuízo, que o legislador pode ou não pôr como requisito para a pronúncia da nulidade.

Há, pois, além das nulidades expressas, as que decorrem de ato ou omissão causador de gravame. A existência, porém, dessa segunda categoria, ou seja, de nulidades não previstas de maneira expressa, não autoriza a conclusão de que o ato expressamente declarado nulo deva ser necessariamente repetido ou suprido, ainda que, realizado de outro modo, haja alcançado por inteiro sua finalidade.

Com razão observa José Joaquim Calmon de Passos:

“A atipicidade do ato processual só acarreta sua invalidade se os fins de justiça do processo foram vulnerados, ou seja, se o fim particular atribuído ao ato permaneceu inatingido e com isso ficaram comprometidos os fins de justiça do processo. É o que se deduz dos arts. 244 e 249, § 1º, se bem casados e bem entendidos. O absolutismo das formas não pode ressuscitar, nem mesmo pretendendo sobreviver ao lado de outros absolutismos, como o político, por exemplo. Porque contra este a inteligência pode pouco. Mas contra o primeiro ela pode tudo. E certamente lhe negará a sobrevivência ou ressurreição.

159. Humberto Theodoro Júnior com razão observa que “não há coincidência entre nulidade absoluta e nulidade insanável, ou entre nulidade cominada e nulidade insanável” (*As nulidades...*, *Revista*, cit., p. 47).

160. *Introdução ao direito civil*, p. 401.

Por conseguinte, citação nula é apenas aquela atingida por atipicidade relevante, o que ocorre quando o defeito, o vício, a violação do preceito ou da prescrição acarretou prejuízo para o direito de defesa do réu, impossibilitando-o ou dificultando-o.

Se a citação foi atípica, isto é, ocorreu violação de algum dos preceitos que disciplinavam seus requisitos e seu procedimento, só haverá interesse, por parte do réu, nessa arguição se, por força da atipicidade, sua defesa não pôde ser tempestiva, quando, com a decretação da nulidade, ele logrará a reabertura do prazo para efetivá-la. Ou quando ele queira retirar da nulidade alguma consequência para a responsabilidade do autor por dolo processual. Nada obsta, contudo, mesmo nessas circunstâncias, em vez de apenas alegar a nulidade da citação, oferece de logo o réu, e exaustivamente, toda a sua defesa”¹⁶¹.

O exemplo do réu que, nulamente citado, oferece contestação, sem arguir a nulidade, demonstra que a circunstância de se tratar de nulidade cominada não implica necessariamente decretabilidade de ofício; demonstra, também, que, embora cominada a nulidade, não se a pronuncia, se não houve prejuízo.

2.5.6. Sanação do vício e sanção da nulidade

Pode-se distinguir sanção do vício e sanção da nulidade.

A rigor, a ausência de prejuízo não sana a nulidade. O que na verdade ocorre é que, por ausência de prejuízo, não se compõe o suporte fático para a imposição da sanção de nulidade, não obstante a existência do vício. A essa hipótese refere-se o art. 244: porque, embora realizado de outro modo, o ato alcançou a sua finalidade, é ele válido.

A sanção da nulidade supõe que ela haja sido pronunciada. A ela se refere o art. 249: “O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados”. A nulidade é pronunciada, mas não implica a extinção do processo, porque ela é sanada, me-

161. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 260.

diante a repetição ou a retificação do ato, ou ainda por outra forma, como no caso da incompetência absoluta, em que há sanção pela remessa dos autos ao juiz competente. Diz Calmon de Passos:

“A sanabilidade ou insanabilidade da nulidade é uma apreciação posterior ao pronunciamento judicial que a constitui. Nulidade sanável, portanto, não é mais do que aquela cujas conseqüências sobre o processo podem ser obviadas, mediante a repetição de atos ou realização de atos que faltaram na série de atos do procedimento. Insanável, por conseguinte, é a nulidade que repercute sobre o processo como um todo e importa em sua extinção. Suas conseqüências são extensas e definitivas. A repetição de um ato não pode ser vista como sanção de defeito desse mesmo ato, e sim das repercussões que sua invalidade determina no processo. O ato é nulo. O juiz pronuncia sua nulidade e manda repeti-lo, impedindo, com isso, a extensão dos efeitos da nulidade do ato, extensão que normalmente ocorreria, não fosse o ato repetível. É a projeção da nulidade no processo que se corta, não a nulidade. Ela existe e deve ser decretada.

Logo, quando se fala em nulidades sanáveis e insanáveis, fala-se, em verdade, de extensão dos efeitos das nulidades. As sanáveis, que se corrigem, quanto à repercussão de seus efeitos, pela repetição do ato ou dos atos atingidos, sobrevivendo o processo. As insanáveis, quando o ato não pode ser repetido operando elas sobre o processo, atingindo-o na sua validade, como um todo.

.....

Logo, não há, no processo, atos nulos de nulidade não pronunciada. Só é nulo o ato sancionado, expressamente, pelo juiz, com a invalidade, e isso só ocorre quando há prejuízo”¹⁶².

Mas, além da sanção para evitar a extinção do processo, em decorrência da decretação da nulidade de ato processual — sanção da nulidade — cabe falar-se em sanção no sentido das providências tomadas pelo juiz, para que não seja necessária a decretação da nulidade — sanção do vício. É o que ocorre, por exemplo, quando o

162. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. III, p. 414-5.

juiz determina a emenda da inicial, ou o tribunal insta o advogado que subscreveu o recurso a exhibir o instrumento de mandato, ou permite a ratificação de atos praticados por advogado impedido.

2.5.7. Interrogando a jurisprudência

Comparando as propostas dos autores examinados, verifica-se haver entre elas divergências bastante expressivas. Optar por uma delas, ou acrescentar ainda outra?

Para decidir, não tentamos reconstruir a idéia original do legislador. O Código já tem mais de vinte anos de vigência e é pouco provável que tivéssemos êxito onde outros falharam e, mesmo que conseguíssemos, quase nada adiantaria, porque a experiência já vivida provavelmente recomendaria deixá-la de lado.

Restava, então, a nosso juízo, uma única alternativa: interrogar a jurisprudência e tentar, com base nela, montar um sistema normativo que a explicasse e fosse consistente também para orientá-la.

Nas primeiras tentativas, apenas parcialmente documentadas, confrontamos os acórdãos examinados com as doutrinas expostas, para verificar qual delas resistia aos choques da vida forense.

Aos poucos, fomos nos convencendo de que nenhuma. Chegamos, a final, a conclusões próprias, expostas analiticamente nos comentários aos acórdãos que seguem e, em síntese, nas conclusões finais.

Com razão, perguntaria o leitor: como pode servir de guia a jurisprudência, se comporta divergências, não sendo sempre uniforme?

Claro que decisões contraditórias não orientam, mas desorientam. Inevitavelmente, preferem-se uns acórdãos em detrimento de outros. Nas divergências, optamos pelas linhas que nos pareceram melhores. Algumas nos levaram a conclusões inovadoras. (Ao se constatar a existência de uma linha, é sempre possível projetá-la para frente, vendo até onde conduz.)

O exame de casos concretos é que nos serviu de guia para as conclusões finais. Estamos certos de que eles serão também úteis para os operadores do direito, que neles poderão encontrar caminhos, mesmo discordando de nossas conclusões.

2.6. A citação

O art. 213 do CPC define a citação como o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender. Faz-se a citação pelo correio, por oficial de justiça ou por edital (CPC, art. 221).

— É feita a citação pelo correio, para qualquer comarca do país, exceto nas ações de Estado; quando for ré pessoa incapaz; quando for ré pessoa de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; quando o autor a requerer de outra forma (CPC, art. 222).

— Faz-se a citação por oficial de justiça (citação pessoal) nos casos acima indicados, bem como quando frustrada a citação pelo correio (CPC, art. 224).

— A citação faz-se por edital quando desconhecido ou incerto o réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; nos casos expressos em lei.

Pode-se dizer que a citação é o ato mais importante do processo. É concebível processo sem demanda; não sem chamamento do réu a juízo. Para a validade do processo, diz o art. 214 do CPC, é indispensável a citação do réu. Sem ela, a sentença que venha a ser proferida é nula, dispensada a propositura de ação rescisória. Um dos raros casos em que se pode falar de sentença nula, pois, de regra, a sentença, não obstante o vício de que esteja revestida, é válida, podendo apenas ser rescindida.

Para a compreensão do tema das nulidades do Código de Processo Civil, norma das mais importantes é a contida no § 1º do art. 214: “O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação”.

Embora seja a citação um dos atos mais importantes do processo, senão o mais importante de todos, a nulidade daí decorrente sana-se pelo comparecimento. Não se pense que tal suprimento decorra simplesmente da circunstância de haver o réu tomado conhecimento do processo. Citar, nos termos do art. 213 do CPC, não é apenas dar ciência da existência do processo. É mais do que isso: é chamar o réu a juízo, a fim de se defender. Na verdade, a

regra do art. 214, § 1º, do CPC, implica dispensa de ato anterior, não obstante dele dependa o subsequente: havendo contestação, dispensa-se a citação.

Trata-se, aí, de aplicação do princípio geral da sanação das nulidades, que é também o da instrumentalidade das formas.

Comparecendo, pode o réu: oferecer contestação, afirmando-a tempestiva, em face da nulidade da citação; limitar-se a argüir a nulidade (CPC, art. 214, § 2º); e, também, receber o processo no estado em que se encontra, sem argüir a nulidade.

Com essa disciplina, o Código deixa claro que, em princípio, não existem nulidades absolutas, insanáveis.

Se a própria falta de citação é sanável, dependendo do réu a arguição da nulidade, por que seria absoluta a nulidade decorrente da falta de intimação do Ministério Público?

Entendemos que a falta de intimação do Ministério Público sana-se nas mesmas condições da falta de citação do réu, isto é, seu comparecimento espontâneo supre a falta de intimação e, comparecendo, tanto pode argüir a nulidade quanto receber o processo no estado em que se encontra.

O mesmo § 1º do art. 214 lança luz sobre os casos em que a decretação da nulidade depende ou não de alegação da parte.

A citação é ato que tem por fim abrir ao réu a possibilidade de se defender. Exercer ou não o direito de defesa é, no processo civil, opção do réu. A citação é indispensável à validade do processo; não o *efetivo* exercício do direito de defesa.

É fora de qualquer dúvida que o juiz pode, de ofício, decretar a nulidade do processo, verificando que o réu não foi citado ou foi nulamente citado. Entretanto, comparecendo o réu, a decretação da nulidade depende de arguição sua, pela simples razão de que o réu pode, lícitamente, não querer se defender.

A mesma ordem de idéias aplica-se às intimações em geral, destinadas a dar oportunidade às partes de praticar ato processual, que elas podem, lícitamente, não querer praticar. Assim, verificando o juiz que o autor ou o réu foi nulamente intimado da juntada aos autos de documento oferecido pelo adversário, pode e deve decretar

a nulidade, ordenando a repetição do ato. Entretanto, se a parte fala nos autos, mostrando ciência da juntada, e não argúi a nulidade, já não é dado ao juiz pronunciá-la de ofício.

Esta, pois, a regra: a nulidade depende de argüição da parte, sempre que dela haja decorrido impossibilidade de praticar ato processual facultativo.

As demais nulidades, ou seja, as que não se vinculam à prática de ato processual pela parte, não se sujeitam a preclusão, podem ser decretadas de ofício, a qualquer tempo, suposto que não se haja por outro motivo sanado o vício. Assim, ao julgar a apelação, pode o tribunal decretar de ofício a nulidade da sentença (ato do juiz), por falta de fundamentação.

2.6.1. Citação de pessoa física pelo correio

Dispõe o art. 223 do CPC que “deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço. Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração”.

Todavia, no acórdão que segue, afirmou-se a validade da citação de pessoa física pelo correio, mediante simples entrega da carta da portaria de edifício condominial. Caberia ao citando fazer prova de não havê-la recebido:

“Ao ajuizar ação para rescisão de contrato de locação de veículo, no qual fora entranhada promessa de sua alienação, por alegado descumprimento, pela ré, de suas cláusulas principais referentes ao pagamento, pleiteou a autora sua citação, que restou realizada pela forma postal, ou seja, mediante a expedição de carta.

No entanto, como se vê do comprovante exibido às fls. 35 do AR de fls. 37, ainda que correto o endereço da citanda, não foi ela, pessoalmente, que recebeu a carta, mas terceira pessoa não identificada.

Donde a preliminar de nulidade da citação, porque a ré se mostrou revel, e apenas surgiu no processo quando da fase recursal.

De início, convém anotar que o artigo 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil é expresso, no sentido de que a carta registrada deverá ser entregue ao citando.

Todavia, outras derivadas surgem desse postulando, ou seja, a de que, por exemplo, em se tratando de edifício condominial, como aquele em que a apelante reside, essas cartas são entregues, normalmente, nas suas portarias, ao porteiro ou zelador, e a praxe ensina que as mesmas são remetidas, posteriormente, aos condôminos.

Inverte-se, aí, a presunção de veracidade do ato, devendo a citanda, pois, demonstrar que essa pessoa não fez a entrega da comunicação judicial, donde a impropriedade da arguição da nulidade do ato, porque a apelante deveria ter demonstrado, de forma inequívoca, que não recebeu a citação”¹⁶³.

Pensamos que, contentando-se com a entrega da carta ao porteiro ou zelador de condomínio, esse acórdão violou literal disposição de lei, porquanto o art. 223, parágrafo único, do CPC, é claro no exigir a entrega da carta ao citando. O texto violado é recente, pois a Lei n. 8.710 data de 24 de setembro de 1993. Não se pode, pois, invocar alteração do estado de fato, para afastar a aplicação da norma. Não se pode presumir que o legislador não tivesse conhecimento da hipótese dos condomínios, bem como das dificuldades que têm os carteiros para a entrega de correspondência a pessoa certa, qualquer que seja a natureza do prédio.

A solução está no art. 224 do CPC, que prevê a citação por oficial de justiça, sempre que frustrada a realizada pelo correio.

Corretamente decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, na citação de pessoa física pelo correio, é necessário seja a carta entregue pessoalmente ao citando, contra recibo:

“Na citação feita pelo correio, com aviso de recepção, não há como se escusar ao cumprimento do disposto expressamente no art.

163. TJSP, 3ª Câm. de Férias “B” de Dir. Priv., AC 13.501-4, Rel. Toledo César, j. 30-7-1996, *JTJ*, 188/17.

215, c/c o parágrafo único do art. 223, ambos da Lei Processual Civil: o primeiro desses dispositivos, por condicionar a validade da citação inicial ao requisito da pessoalidade; e o segundo, pela exigência de que a carta de citação seja entregue ao citando e tenha deste a assinatura do recibo de entrega. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que, na citação pelo correio, com aviso de recepção, exige-se seja a entrega feita, contra-recibo, pessoalmente ao citando ou a quem tenha poderes para receber a citação em seu nome”¹⁶⁴.

O acórdão acima trata de tema prévio ao regime das nulidades, qual seja, o da exata interpretação do art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que exige seja a carta registrada entregue ao citando contra recibo. Parece fora de dúvida que entrega a terceiro, ainda que residente no mesmo prédio, não constitui entrega ao citando. Não tendo sido saneado o vício pelo comparecimento, impunha-se a decretação da nulidade.

A exigência de entrega ao citando, no caso de citação de pessoa física pelo correio, foi também afirmada no acórdão que segue, lançado em ação de despejo.

“Realmente, a citação está viciada (arts. 223, par. único e 247 do CPC). Foi realizada em pessoa que não a ré, sendo facilmente verificado que os autógrafos das fls. 08v. (contrato de locação) e 36 (procuração) não correspondem ao do AR (fl. 20).

Ao exposto, dou provimento ao recurso para anular o processo a partir da citação”¹⁶⁵.

2.6.2. Citação de pessoa jurídica pelo correio

Vale a citação de pessoa jurídica, por carta recebida pelo chefe de pessoal da empresa:

“Com a nova redação do parágrafo único do art. 223 do CPC, imposta pela Lei nº 8.710/93, sendo o réu pessoa jurídica, já não

164. STJ, 1ª Turma, REsp 57.370-0, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 26-4-1995, *RJTJRS*, 172/28, outubro de 1995, ano 30.

165. TARS, 7ª Câm. Cív., AC 195182746, Rel. Cláudio Caldeira Antunes, j. 3-4-1996.

mais se exige que a carta citatória seja entregue diretamente ao representante legal do réu, bastando que o seja a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. Válida a citação recebida pelo Chefe de Pessoal da empresa, máxime inexistindo dúvida quando ao conhecimento que a ré teve da demanda contra si proposta”¹⁶⁶.

No caso que segue, considerou-se válida a citação de pessoa jurídica, por carta recebida por simples funcionário da empresa.

“Alega o apelante que a citação deveria ter sido feita na pessoa de seus representantes legais com poderes para tanto, nos termos de seu estatuto ou, na ausência destes e por permissivo do CPC, deveria ter sido citada na pessoa de um de seus Diretores, justificando que tanto os seus Representantes legais quanto os seus Diretores não residem em Brasília.

A citação, no presente caso, foi feita pelo correio, com aviso de recebimento, e sobre a matéria, transcrevo a ementa do julgamento do REsp 36.312, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o E. Min. Dias Trindade:

‘Processual civil. Citação pelo correio. Banco. Classificação como comerciante. Art. 222, CPC. Deve ser de larga exegese a regra que permite a citação pelo correio de comerciante, industrial, de modo a abranger as instituições bancárias, organizadas em sociedades por ações e definidas no Código Comercial como comerciantes’.

Trago ainda a Ementa do acórdão na APC nº 31.745, desse Eg. TJDF, em que foi Relator o E. Des. Estevam Maia, na parte que nos interessa:

‘Processual civil — Alegações de ilegitimidade passiva e nulidade da citação — Inocorrência — Revelia — Caracterização — Improvimento da apelação. 1 — ... 2 — Válida é a citação recebida por funcionário graduado de pessoa jurídica, tanto mais se realizada via postal. 3 — Se o ato citatório atinge o seu objetivo, a ausência de resposta conduz à revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos ale-

166. TJDF, EI na AC 31.745/96, Rel Des. Carmelita Brasil, j. 19-3-1997.

gados pelo autor, de molde a merecer confirmação a sentença que assim julgou a causa. 4 —...’

Desse mesmo acórdão, transcrevo e adoto como razões deste voto, parte do voto do E. Des. Relator:

‘Quanto à alegação da apelante de que a citação ocorrida via postal é nula, pois não realizada pessoalmente, nem a seu representante, não procede.

A citação pessoal não é imprescindível, quando se dirige às pessoas jurídicas, podendo ser feita por via postal a quem tenha poderes para recebê-la (art. 222, CPC).

A jurisprudência se consolidou no sentido de se admitir a citação, por via postal, de pessoa jurídica, ainda que a carta tenha sido recebida por simples funcionário da empresa, conforme notícia o eminente Des. Romão Cícero Oliveira, na APC nº 32.361/94, j. 29.08.94, 2ª Turma Cível’.

Vale ressaltar que não poderia a norma adjetiva estabelecer a profícua modalidade de citação, por carta, com restrições às pessoas para recebê-la, sob pena de torná-la ineficaz, pois que não seria plausível pretendesse o legislador atribuir ao carteiro a capacidade ou a habilidade para examinar, detectar ou decidir a respeito de representação, poderes, qualificação ou, ainda, garantia de identidade efetiva do recipiendário (RSTJ nº 36/392).

No mesmo sentido o REsp nº 11.914/91, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zweiter.

No presente caso, o apelante foi citado por via postal, cujo recebimento foi por Jailson Fragoso Barreto, conforme AR de fls. 16, e não consta dos autos (embora irrelevante em vistas do entendimento que adoto) que o recebedor da correspondência não seja pessoa credenciada para tanto, e essa prova caberia ao apelante.

A citação foi determinada pelo MM. Juiz no dia 07.10.96, tendo o destinatário recebido a mesma no dia 11.10.96, conforme AR retromencionado, e com toda certeza, o recebedor da correspondência tomou a providência de encaminhá-la à pessoa encarregada, tanto que apresentou a contestação, embora a destempo.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso”¹⁶⁷.

No mesmo sentido, este outro acórdão:

“Citação pelo correio. Desnecessidade que o chamamento se efetive na pessoa do sócio de pessoa jurídica, Ré. Sua validade, desde que comprovada sua entrega na própria empresa. Preliminar de nulidade do julgado por ausência de citação, rejeitada”¹⁶⁸.

Todavia, embora seja certo que a carta não precisa ser entregue ao diretor da empresa ou a quem tenha poderes para representá-la nos termos de seus estatutos, não menos certo é que o parágrafo único do art. 223, do Código de Processo Civil, claramente exige que a carta seja entregue a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.

Os acórdãos acima contradizem o disposto no art. 223, parágrafo único, do CPC, que considera válida a citação de pessoa jurídica pelo correio apenas no caso de entrega da carta a pessoa “com poderes de gerência geral ou de administração”. É o que foi reconhecido no seguinte acórdão:

“É nula a citação de pessoa jurídica procedida por carta se o ‘AR’ não for subscrito por pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, nos termos do art. 223, parágrafo único, *in fine*, do CPC. Recurso provido”¹⁶⁹.

Outro acórdão no mesmo sentido:

“Sendo ré pessoa jurídica, a carta de citação é entregue a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. Art. 223, parágrafo único, do CPC.

Tendo sido a carta citatória recebida por funcionário desprovido de tais poderes, a citação é nula.

Preliminar acolhida.

167. TJDF, 1ª Turma Cív., AC 43.657/97, Rel. Paulo Evandro de Siqueira, j. 2-5-1997.

168. TJDF, 1ª Turma Cív., AC 40.636/96, Rel. Des. Edmundo Minervino, j. 12-8-1996.

169. TARS, 7ª Câm. Cív., AC 196115265, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 27-11-1996.

Processos anulados a partir da citação”¹⁷⁰.

2.6.3. Citação por oficial de justiça

É a forma mais segura de citação. O oficial de justiça recebe o mandado de citação, assinado pelo escrivão com declaração de que o fez por ordem do juiz. Procura o citando e, onde o encontra, lê o mandado e entrega-lhe a contrafé, isto é, uma cópia do mandado. Deve, ainda, o oficial de justiça tentar obter o “ciente” do citando. De tudo o oficial de justiça lavra certidão, declarando se o citando recebeu ou recusou a contrafé, após ou não quis apor a nota de ciente no mandado (CPC, art. 226).

2.6.4. Citação com hora certa

É, como a citação por edital, forma ficta ou presumida de citação, porque, não encontrado o citando, o oficial de justiça deixa a contrafé com pessoa da família ou com algum vizinho (CPC, art. 228).

2.6.5. Citação por edital

A citação por edital é forma de citação ficta ou presumida. Não seria exagero dizer-se que, na citação por edital, a presunção *hominis* é exatamente no sentido de que o destinatário dela não tomou conhecimento.

Exatamente por isso, os tribunais são rigorosos no cumprimento das formalidades previstas em lei.

É interessante assinalar a vinculação que existe entre o formalismo exacerbado e a ignorância dos resultados. Não se sabendo se o fim foi ou não atingido, se do eventual vício resultou ou não prejuízo, por necessidade abandona-se a essência, fazendo-se da forma o essencial. A forma do ato torna-se sacramental.

170. TARS, 4ª Câ. Cív., AC 196230932, Rel. Manuel Martinez Lucas, j. 20-3-1997.

O acórdão que segue corretamente decidiu que, nos termos do art. 232, II, do Código de Processo Civil, o edital de citação deve ser publicado pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver, havendo nulidade, caso haja apenas uma publicação, por se tratar de preceito cogente. Efetivamente, estabelecido que a citação editalícia exige duas publicações em jornal local, há certamente nulidade, no caso de publicação única. Apenas o comparecimento do réu sanaria o vício.

“Insurge-se o apelante contra a r. sentença hostilizada, argüindo, preliminarmente, nulidade da citação por edital, em decorrência de inobservância do disposto no artigo 232, inciso III, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao apelante.

Nos termos do artigo 232, inciso III, do Estatuto Processual Civil, realmente o edital de citação deve ser publicado pelo menos duas (2) vezes em jornal local, onde houver.

Na presente hipótese, houve apenas uma publicação, o que importa em nulidade, por se tratar de preceito cogente, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 90/666).

A existência de um provável conhecimento do réu da ação em curso, data vênia, por não passar de mera conjectura, não convalidando a nulidade da citação, realizada com inobservância das exigências do Estatuto Processual Civil, não se podendo presumir que o apelante, com certeza, tenha tomado conhecimento do processo, sendo irrelevante, ainda, que dele não teria ciência, ainda que houvesse publicação regular do edital de citação em jornal local.

Outra seria a situação, se o autor da ação estivesse sob o pálio da Justiça gratuita.

Rogando vênia ao eminente Relator, dou provimento ao recurso para anular o processo a partir da citação”¹⁷¹.

171. TJDF, 2ª Turma Cív., AC 37.635/95, Rel. Des. Haydevalda Sampaio, j. 28-4-1997.

2.6.6. Banco e empresa controlada — Desconsideração da personalidade jurídica

O acórdão que segue considerou válida a citação da empresa controlada feita na pessoa do representante legal da controladora, invocando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

“A questão preliminar é viva expressão da deslealdade processual dos réus. É amplamente sabido de todos que a ré BANESPA S.A. — Corretora de Câmbio e Títulos é empresa completamente controlada pelo réu Banco do Estado de São Paulo S.A. — BANESPA, tendo existência apenas para viabilizar negócios dele. A própria intervenção dela na aplicação discutida se dá apenas *pro forma*, uma vez que, como também é notoriamente conhecido, o cliente trata com funcionários do Banco a respeito das aplicações e dele recebe grande parte das comunicações sobre o estado delas (verifiquem-se a respeito os documentos de fls. 18, 19, 20, 34, 35 e 40). Para o cliente, Banco e corretora são a mesma pessoa, não havendo a possibilidade de eles manifestarem vontades ou procedimentos distintos. Por isso, a hipótese pode ser tratada com aplicação do princípio da desconsideração da pessoa jurídica, havendo por parte do Banco, quando alega a não citação da corretora e traz aos autos exemplar dos estatutos sociais dela, mero esforço para tumultuar o procedimento e retardar sua marcha, procurando tirar proveito da confusão criada. A identidade de propósitos dos réus e a subordinação total de um ao outro dispensam citação autônoma da corretora. Acresce que, se a corretora contraiu obrigações na Cidade de Jacareí e nela deve correr ação movida contra ela, a citação de fls. 51 v., realizada nas pessoas que a representam na Cidade, foi perfeitamente legal.

O réu-Banco, devidamente citado, contestou o processo, sem fazer reparo quanto à citação realizada. Depois, sem alegar que a ré não havia sido regularmente chamada a Juízo, pediu por duas vezes o julgamento no estado da lide. Proferida a sentença em seu desfavor, esse réu ao apelar alegou a nulidade da citação sua e da ré, afirmando ter comparecido espontaneamente, e pleiteou a nulidade do processo. Declará-la por amor à forma e desprezo pela realização da justiça, com rendição perante as manobras desonestas dos réus e consagração da chamada ‘Lei de Gerson’, não é razoável, porque a lei deve sempre permitir interpretação que repila essa espécie de procedimento; ela seria daninha e inútil para os fins que a criaram se sua observância

premiasse os desonestos. A comunhão de propósitos dos réus é demonstração inequívoca de que a ré-corretora está plenamente ciente desta ação e o procedimento daqueles que se apresentam como Patronos do Banco faz presumir que a não regularização da representação dela contém a intenção desleal já apontada. Não houve cerceamento de defesa, nem infração ao princípio constitucional do contraditório, uma vez que há certeza de que a ré-corretora teve no momento oportuno total conhecimento da lide e de que lhe foi concedida a oportunidade de se defender. Se não houve contestação dela foi porque o réu já trouxe aos autos os argumentos dela e porque os dois, no pensamento único já indicado, acharam melhor criar um motivo para retardar o processo ou tumultuá-lo. Por isso, porém, não serão premiados.

A alegação de ilegitimidade passiva é repelida também por fundamentos semelhantes. O cliente de Banco, convidado a investir em fundos ou aplicações semelhantes, não é informado de que está a tratar com pessoa jurídica diversa. Para ele, é o Banco, por seus funcionários, que trata de tudo, recebe a quantia aplicada, credita sua renda, efetua os resgates e presta as informações devidas. Na pior das hipóteses, em virtude desses atos do Banco, e não da corretora, haveria solidariedade entre ela e o estabelecimento de crédito para responder perante o cliente, uma vez que há inequívoca relação de consumo e as disposições do Código do Consumidor estabelecem a responsabilidade conjunta¹⁷².

A rigor, teria havido falta de citação, por se haver chamado a juízo pessoa jurídica diversa daquela contra a qual se propôs a ação. A invocação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é que permitiu uma decisão mais do que razoável: justa.

2.7. Defesa por curador especial

O art. 9º do CPC dispõe que o juiz dará curador especial:

“I — ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

172. TJSP, 10ª Câm. de Dir. Priv., AC 256.849-1, Rel. Maurício Vidigal, j. 6-8-1996, *JTJ*, 191/114.

II — ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”.

Nelson Nery Jr. ensina:

“Esse curador especial exerce múnus público de defender o réu, sendo de seu dever apresentar contestação, bem como qualquer outra defesa direta ou indireta no processo civil (exceções de direito material: prescrição, decadência, compensação, *non adimpleti contractus*, etc.; exceções processuais: incompetência, suspeição, etc.; requerer e produzir provas, acompanhar as audiências, etc. É opinião dominante que o curador especial de ausentes é substituto processual do réu revel citado com hora certa ou por edital (art. 6º do CPC).

Se não deduzir defesa em favor do réu revel ou preso, estará sujeito a sanções administrativas (se funcionário público), bem como responsabilizado civilmente por má gestão processual. Daí a razão de o prazo que o curador especial tem para contestar ser considerado como impróprio, porque, de qualquer modo, a contestação nos processos em que oficia é obrigatória. Sendo substituto processual, poderá praticar qualquer ato no processo, em nome próprio, na defesa do direito alheio, desde que não importe em comprometimento ou disponibilidade do direito material do réu revel substituído. Não pode, pois, confessar, transigir, reconhecer juridicamente o pedido, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, etc.

A legitimação extraordinária do art. 9º, II, c/c. o art. 6º, ambos do CPC, é limitada à defesa do ausente. Não é lícito ao curador especial, portanto, exercer o direito de ação, vedada a propositura de reconvenção ou de ação declaratória incidental bem como embargos de terceiro e ação rescisória. Isto porque todos estes atos processuais são de mero exercício dos poderes processuais que tem o curador especial. Segue-se daí que essa atividade não implica renúncia ao direito material do substituído.

Casos há, no entanto, que exigem do curador especial, para que se efetive realmente a defesa do ausente, a tomada de medidas

que, de ordinário, a ele não seriam cometidas, como, por exemplo, se dá com os embargos do devedor. Nada obstante tenham eles natureza jurídica mista de ação e defesa, na verdade se constituem como o único meio de defesa, à disposição do devedor, no processo de execução.

Neste caso específico dos embargos à execução, conquanto não haja tecnicamente revelia no processo de execução, se o devedor tiver sido citado fictamente e deixado de atender ao chamamento, poderá o curador especial exercer a sua defesa por meio dos embargos do devedor. Este posicionamento está, praticamente, pacificado tanto em doutrina como em sede jurisprudencial”¹⁷³.

A Súmula 196 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para a apresentação de embargos.

Cláudio Lima Bueno de Camargo critica essa súmula:

“1. No processo de conhecimento, o réu é citado para oferecer defesa (art. 213). Na execução, a citação tem por finalidade dar ciência ao executado da ação posta para cumprir a obrigação (arts. 621, 632, 642 e 652). De nada aproveita, portanto, presumir, com a adoção das modalidades fictas de citação, que o executado tenha tomado conhecimento da execução, pois, de qualquer sorte, a obrigação continuará pendente. Por outro lado, tratando-se de execução de quantia certa, se souber o exequente da existência de bens do executado, ou forem eles encontrados pelo Oficial de Justiça, nesse caso, ainda assim, não se justifica a citação com hora certa, nem por edital, porquanto é previsto, exatamente para essas hipóteses, o arresto (art. 653) seguido, agora com razão de ser, da citação editalícia (art. 654). A nosso ver, basta essa última hipótese, admitida pelo Autor, para se ter de admitir a possibilidade de citação por edital ou com hora certa em execução.

2. Não se poderia, no caso, falar em revelia, porque consistente esta falta de contestação na forma e prazos legais. Entendemos que,

173. Nelson Nery Jr., A citação com hora certa e a contestação do curador especial, *Ajuris*, 47/76-89.

embora não haja revelia no sentido indicado, trata-se, de qualquer modo, de assegurar o exercício do direito de defesa.

3. Reportando-se a Súmula ao conceito de revelia, a rigor sem aplicação na execução, faltaria pressuposto para a nomeação de curador especial.

4. Ao conferir legitimidade extraordinária, ao curador especial, para a oposição de embargos, a Súmula viola o princípio da reserva legal, pois ela só cabe nos casos expressos em lei ou quando deflua do sistema; e bem objeta Araken de Assis, nenhuma regra outorga ao curador a condição de substituto processual, legitimando-o, assim, no pólo ativo dos embargos.

5. Embora louvável a intenção de resguardar eventuais direitos do executado, no cumprimento de seu mister, experimentará o curador fortes dificuldades quanto aos fatos possíveis de arguição defensiva, máxime quanto a qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação (art. 741, VI). Acresce que, toda execução tem por base um título executivo (art. 583), dotado da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade (art. 586, 'caput'), pena de nulidade (art. 618, I). Diante disso, forçoso reconhecer que, de nada adianta conferir ao curador especial a prerrogativa de embargar ('contestar') por 'negativa geral', porquanto essa resultaria embalde, perdurando a presunção legal de liquidez, certeza e exigibilidade do título (art. 586, 'caput').

6. No mais, em que consistirá ..., sua intervenção? Estimular o Juiz a conhecer questões naturalmente submetidas ao seu crivo por dever de ofício? O modestíssimo escopo não justifica a perda de tempo e o acréscimo de despesas".

Conclui, assim, o Autor, que a admissibilidade da oposição de embargos pelo curador especial, assim como, inclusive, sua própria nomeação, além de encontrar óbices processuais significativos, a rigor, só vem a comprometer, pelo seu pouco alcance efetivo, a celeridade da prestação jurisdicional, atuando, com isto, contra todos os esforços, e legítimos reclamos, em prol de sua presteza¹⁷⁴.

174. Cláudio Lima Bueno de Camargo, Da curadoria especial nas execuções (Súmula n. 196 do STJ), *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 111/9.

Entendemos ser consistente a crítica do autor. A súmula pode tornar-se até desarrazoada, se aplicada a regra geral de que o curador especial é obrigado a resistir à pretensão do autor. Como obrigá-lo a propor ação alegando fatos que ignora?

Tratando já de outro tema, diz Nelson Nery Jr. que:

“a função de defender direitos e interesses privados do réu é típica de advogado. Nos Estados onde há defensor público ou advogado de ofício, funcionários públicos com a atribuição específica de defender a parte no processo, a eles deve ser cometida a função de curador especial do art. 9º, II, do CPC.

Evidentemente, essa função é atípica do MP, pois não é da atribuição do *parquet* a defesa de interesses privados, mas sim a defesa dos interesses públicos no processo civil (art. 82, III, do CPC).

Como a função não é típica do MP, somente quando houver cargos de representante judicial de ausentes (Curador de Ausentes) é que a função do art. 9º, II, do CPC deve ser por ele exercida. Nos demais casos, o múnus deve ser atribuído a advogado, particular ou público (defensor público, advogado de ofício, etc.)”¹⁷⁵.

Também Hugo Nigro Mazzilli considera atípica essa atribuição do Ministério Público. Antônio Cláudio da Costa Machado discorda:

“Afinal de contas, o direito de defesa, além de garantia constitucional do cidadão, é plenamente indisponível, de sorte que a sua realização, nas circunstâncias previstas pelo art. 9º, não representa qualquer desvio na vocação institucional do Ministério Público. Além do mais, não pode impressionar o argumento de que tal função não seja típica pelo fato de não ser exclusiva do *parquet* e muito menos a circunstância do art. 9º não se referir expressamente ao Ministério Público. Nem se argumente, por último, que exista incompatibilidade entre a função do art. 9º e a finalidade ministerial instituída genericamente pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal, fenômeno a que alude o inc. IX do art. 129 da mesma Carta. Defender o réu revel, fictamente citado significa tutelar o interesse público traduzido no ‘interesse individual indisponível’ de defesa, o direito ao contra-

175. Nelson Nery Jr., A citação..., *Ajuris*, cit., p. 76-89.

ditório, o direito de ser ouvido pelo tribunal. A função do art. 9º vincula-se, destarte, à indisponibilidade e assume, por isso, a condição plenamente típica”¹⁷⁶.

Diz Nery Jr. que, no mais das vezes, o processo civil tutela direitos disponíveis, motivo por que não há falar-se em princípio do contraditório, mas sim em princípio da bilateralidade da audiência, pois o réu pode reconhecer juridicamente o pedido, transigir, tornar-se revel, pagar dívida prescrita etc.

“No entanto, exceção a esta regra ocorre quando o réu, citado por edital ou com hora certa, torna-se revel, devendo ser defendido por curador especial. Aqui não mais se fala em bilateralidade da audiência, mas sim em contraditório real, ou, como diz Calmon de Passos, efetividade do contraditório, mediante a participação do curador especial.

Esta é a razão por que a contestação do curador especial é necessária no processo, não ocorrendo, para ele, preclusão. O prazo dado normalmente ao réu para contestar não se aplica ao curador especial, pois seu prazo é impróprio. Logo, não se pode desentranhar contestação intempestiva do curador especial.

Com a contestação, ainda que genérica, do curador especial, os fatos tornaram-se controvertidos, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, como se tivesse havido impugnação especificada”¹⁷⁷.

Certamente, não pode haver renúncia prévia ao direito de contestar ação. Todavia, no processo civil, diferentemente do penal, para a validade do processo basta que se assegure o contraditório, não sendo necessário o exercício efetivo do direito de defesa. Não é exato, pois, que se haja de dar curador especial ao revel citado por edital, em face da indisponibilidade do direito de defesa. Dá-se-lhe curador em face da dúvida sobre a efetiva ciência da ação contra ele proposta. E essa é função que cabe melhor a “representante judicial de incapazes ou de ausentes”, como prevê o art. 9º, parágrafo único, do CPC, do que ao Ministério Público.

176. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 135.

177. Nelson Nery Jr., *A citação...*, *Ajuris*, p. 76-89.

2.8. O Ministério Público como fiscal da lei no processo civil

O Ministério Público pode atuar, no processo civil, como autor; raramente como réu (refere-se, usualmente, a hipótese de rescisória de sentença proferida em ação de nulidade de casamento por ele proposta).

Pode atuar como curador especial de incapaz, de réu preso ou de revel fictamente citado (CPC, art. 9º).

Nossa atenção volta-se especialmente para outra forma de sua atuação em processo civil, ou seja, como fiscal da lei (*custos legis*), conforme previsão do art. 82 do CPC.

Qual a natureza dessa espécie de atuação? Qual o regime da nulidade decorrente da falta de sua intervenção? Eis aí o objeto do presente estudo.

2.8.1. Generalidades sobre o Ministério Público

Diz a Constituição que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Todavia, soa falsa a nota de essencialidade à função jurisdicional do Estado. Fosse verdadeira, não poderia haver processo sem intervenção do Ministério Público. Mas esta somente é exigida em casos determinados. Tal como a lei ordinária, também a Constituição diz, às vezes, mais do que pretendia — *magis dixit quam voluit* (disse mais do que queria).

São funções institucionais do Ministério Público, conforme dispõe o art. 129 da Constituição:

“I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV — promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V — defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI — expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

A intervenção do Ministério Público nas ações em que sejam partes os índios, suas comunidades e organizações é exigida pelo art. 232 da Constituição.

No processo civil, o Ministério Público exerce suas funções institucionais atuando como parte (CPC, art. 81), como substituto processual (ao atuar como curador especial — CPC, art. 9º) e como fiscal da lei (CPC, art. 82).

“Dois princípios básicos informam, tradicionalmente, a instituição do Ministério Público: a) o da unidade; b) o da independência funcional. Ser una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam. Ser independente significa que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica” (Cintra et al.)¹⁷⁸.

178. Antônio Carlos de Araújo, Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria*, cit., p. 177.

2.8.2. Conceito de parte

Antônio Cláudio da Costa Machado, citando Dinamarco, critica a distinção que usualmente se faz entre atuação do Ministério Público como parte e como fiscal da lei. “Nada de científico tem a distinção, (...) posto que baseada em critérios heterogêneos (ser parte não significa não ser fiscal da lei, e vice-versa)”¹⁷⁹.

A crítica supõe uma premissa: a de que o Ministério Público é parte, ainda quando atue como fiscal da lei. Depende, pois, do conceito que se tenha de parte.

Aquele que adotamos é o de Chiovenda: são partes o autor e o réu. Autor é quem pede, em seu próprio nome, a atuação da vontade da lei, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional. Réu é aquele contra quem ou em face de quem é formulado o pedido.

Ora, adotada essa conceituação, nada há de anticientífico na assertiva de que o Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei, não é autor, nem réu, não formula pedido que constitua objeto do processo, nem contra ele é formulado pedido algum.

É lamentável o vazo, tão freqüente entre os juristas, de criticar afirmações alheias fora do conceito em que se inserem. Dando-se às palavras sentido diverso, qualquer assertiva pode ser apontada como errada, anticientífica e até absurda.

Reafirmamos, pois, a idéia de que uma coisa é atuar o Ministério Público como parte, isto é, como autor ou, mais raramente, como réu; outra, intervir no processo como fiscal da lei.

A crítica somente procede em outro contexto, isto é, a partir de outro conceito de parte, como o adotado por Antônio Machado:

“Foi com Liebman, há algumas décadas, que um conceito puramente processual de parte se consolidou na doutrina. (...) Para Liebman, partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento). Assim, basta a posição de titular de um contraditório qualquer — amplo ou restrito — diante do juiz para que se alcance o *status* de parte no processo”¹⁸⁰.

179. *A intervenção*, cit., p. 98.

180. *A intervenção*, cit., p. 101.

Em outras palavras, fora o juiz, é parte quem quer que seja legitimado a requerer no processo e a produzir provas e alegações. Prossegue Antônio Machado:

“O *parquet*, atuando como *custos legis*, embora não tenha a posição de parte bem definida, porquanto não seja autor nem réu, é tão parte quanto estes. Fiscalizando a atuação das partes e a aplicação da lei processual, promovendo o andamento do processo, propondo provas, requerendo diligências, participando da instrução, a instituição é parte apenas com a diferença que busca ao final um provimento definitivo que seja conforme a vontade da lei material e não conforme o interesse do autor ou do réu”¹⁸¹.

Não vemos vantagem nessa ampliação do conceito de parte, que mistura coisas heterogêneas, considerando como tal não apenas o autor e o réu, mas também qualquer terceiro legitimado a intervir no processo. Buscamos, porém, compreender o pensamento de Antônio Machado, logicamente coerente a partir das premissas que adota.

Diz ele que o conceito de terceiro não é inferido *a contrario sensu* do conceito (liebmaniano) de parte. Tecnicamente, terceiro é quem está legitimado a intervir no processo, mas não como autor ou como réu.

“Se alguém recebe da lei autorização para ingressar num processo, mas não para exercer ação ou exceção, este é terceiro. Terceiro, não porque não exerça ou não possa exercer atividade processual (está autorizado para tanto), mas porque não vai exercer ação ou exceção; não vai formular pedido para si. O conceito formal de parte, portanto, não se presta à distinção do terceiro, haja vista que ambos podem-se colocar no contraditório perante o magistrado e atuar processualmente. O que os distingue é a legitimação: a parte a tem para promover ação ou para ser chamada a respondê-la (ainda que ulteriormente); o terceiro a tem apenas para intervir em processo já existente entre outros sem exercer ação ou exceção”¹⁸².

181. *A intervenção*, cit., p. 101.

182. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção*, cit., p. 116.

Embora reconhecendo e proclamando que, nesse passo, o que nos separa é uma divergência meramente terminológica envolvendo o conceito de parte, parece-nos não ser impróprio destacar que, depois de todo esse circuito lógico, volta-se ao que já se sabia: atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não é autor nem réu, mas intervém no processo como terceiro, sem exercer ação ou exceção.

Sendo isso o que sempre se quis dizer, ao afirmar-se que, ao agir como fiscal da lei, o Ministério Público não é parte, vê-se bem que nada há de anticientífico nessa assertiva.

2.8.3. O Ministério Público como autor

O art. 81 do Código de Processo Civil estabelece que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como autor.

Alcides de Mendonça Lima observa:

“Como órgão agente, o Ministério Público é parte, não no sentido verdadeiro, normal e exato do termo, que é o duplo, ou seja, parte substancial (titular do direito material) e parte formal (atuando em juízo). É situação *sui generis*, apesar de, no trecho final do art. 81, atribuir ao Ministério Público ‘os mesmos poderes e ônus das partes’. Parte substancial o Ministério Público (nem a entidade, nem o agente) não é, porque não é atingido pela coisa julgada, como vencedor ou como vencido, nem as vantagens, nem a lesividade. É, sim, substituto processual, *ex vi* do art. 6º de nosso Código de Processo Civil, similar ao 81 italiano e ao 26 lusitano. Se o Ministério Público fosse parte verdadeiramente, inútil a alusão à identidade quanto aos poderes e aos ônus das partes”¹⁸³.

Mas, como já observamos antes, nossa atenção não se volta para a atuação do Ministério Público como parte, mas como fiscal da lei.

2.8.4. O Ministério Público como fiscal da lei

Estabelece o art. 82 competir ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes; nas causas concernentes

183. *Processo de conhecimento e processo de execução*, p. 199.

ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte¹⁸⁴.

Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como fiscal da lei, conforme deixa claro o artigo seguinte, estabelecendo que, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

A disciplina jurídica da intervenção do Ministério Público é simples:

Deve ser intimado pessoalmente, dispõe o art. 236, § 2º.

“Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I — terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II — poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” (CPC, art. 83).

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte como naqueles em que oficiou como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º). A Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

184. O art. 82, III, do CPC (com a redação anterior à Lei n. 9.415/96), resultou de emenda apresentada pelo Deputado Amaral de Souza, por sugestão da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, apoiada em tese do Promotor Sérgio da Costa Franco, aprovada no I Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo. A intenção era exigir a intervenção do Ministério Público nas causas da União, Estados e, sobretudo, dos pequenos Municípios, por notórias as deficiências de sua defesa judicial. A redação da emenda foi alterada, para se lhe dar ainda maior amplitude. É o que informa Luiz Felipe de Azevedo Gomes, em acórdão de que foi relator, no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (AC 189031974, j. 10-10-1989).

2.8.5. Fundamento da intervenção do Ministério Público

Segundo Antônio Cláudio Machado, a indisponibilidade é o fundamento da atuação do Ministério Público:

“O ser indisponível ou inalienável é qualidade que a ordem jurídica atribui a certos direitos independentemente de sua natureza, isto é, independentemente da natureza da relação jurídica em cujo ventre tais direitos são gerados. A indisponibilidade não discrimina. Tanto é indisponível o direito privado como o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público”¹⁸⁵.

Os direitos, afirma Antônio Machado, podem ser objetiva ou subjetivamente indisponíveis:

“Uma coisa é a lei criar a indisponibilidade de um interesse ante a sua intrínseca e inerente essencialidade social (v.g. os interesses ligados à família, ao processo eleitoral, aos registros públicos etc.), outra é a lei criar a indisponibilidade geral de interesses por causa da condição de incapacidade do seu titular. Na primeira hipótese, como não importa a titularidade do interesse — que é relevantíssimo socialmente e, por isso, indisponível — o Ministério Público é chamado a participar imparcialmente do processo, colaborando com o juiz e com as partes, tudo no intuito de permitir a mais perfeita definição jurisdicional do interesse; a defesa da indisponibilidade, nesse caso, significa lutar pelo reconhecimento tanto da existência, como da inexistência do interesse. Já na segunda, por se tratar de interesses que só se tornam relevantes e, via de consequência, indisponíveis por causa da incapacidade do seu titular — o que se traduz, também, numa hipossuficiência processual —, tudo se transforma: o *parquet* deixa a sua imparcialidade e passa a atuar como um assistente da parte incapaz”¹⁸⁶.

A intervenção do Ministério Público motivada pela existência de interesse público é certamente diversa da motivação decorrente da existência de interesse de incapaz.

185. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção*, cit., p. 52.

186. *A intervenção*, cit., p. 64-5.

A nota da indisponibilidade objetiva está sem dúvida presente no primeiro caso. No segundo, cabe perguntar: há realmente indisponibilidade — ainda que subjetiva — nas ações patrimoniais envolvendo interesses de incapaz? É impossível transação, versando a lide sobre direitos de incapaz?

O art. 427, IV, do Código Civil responde à questão, autorizando o tutor a transigir, desde que autorizado pelo juiz. A mesma regra se aplica ao curador (CC, art. 453). Arnoldo Wald informa que a jurisprudência tem aplicado princípio idêntico aos pais em relação aos interesses dos seus filhos menores¹⁸⁷. Ora, ainda que exigida autorização do juiz, não se exclui a transação e, portanto, a disponibilidade.

Constata-se, assim, que o motivo determinante da intervenção do Ministério Público nos processos em que haja interesse de incapaz é a *incapacidade*, e não a *indisponibilidade* dos direitos controvertidos.

Na verdade, o fundamento da intervenção do Ministério Público em processo civil é a existência de interesse público, como decorre da fórmula geral contida no art. 82, III, do CPC: existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Como se verá, a qualidade da parte não é suficiente, por si só, para que se exija e justifique a intervenção do Ministério Público.

Quanto às causas em que haja interesse de incapazes, a circunstância de versarem sobre direitos disponíveis não afasta o interesse público em que não sejam esbulhados de seus direitos, por causa de sua incapacidade.

2.8.6. Natureza da intervenção

Lendo-se o art. 82 do CPC, constata-se haver casos em que sem dúvida o Ministério Público intervém imparcialmente, para a defesa do interesse público; assim nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide; em outros, parece que a intervenção é destinada à proteção de uma das partes; assim nas

187. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*, p. 75.

causas em que há interesses de incapazes ou interesse público evidenciado pela qualidade da parte.

Observa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

“Seria possível grupar tal tipo de interveniência, do ponto de vista da predominância dos interesses em jogo, em duas espécies: na primeira, o MP intervém como fiscal de direitos ou interesses indisponíveis do grupo social, da coletividade, pouco importando que a ação se desenvolva entre duas pessoas individuais, como na ação de dissolução de sociedade conjugal, pois o destinatário da norma que determina tal intervenção do MP não é o cônjuge, mas a instituição do casamento; na segunda, o MP atuaria como fiscal predominantemente de interesse de determinadas pessoas ou classes de pessoas, destinatários específicos da norma que reclama a sua intervenção”¹⁸⁸.

Por isso, há divergência sobre a natureza una ou dual da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sustentando alguns que o Ministério Público age sempre na defesa imparcial do interesse público, afirmando outros haver casos em que sua atividade é de assistência, não se justificando, assim, que emita parecer contrário ao interesse de incapaz ou, pior ainda, que recorra em favor da parte contrária.

“O Ministério Público não é nunca um procurador da parte, não é seu mandatário e nem seu defensor, nem mesmo agindo como parte adjunta, mesmo que esta parte seja incapaz. (...) Pode acontecer até que o Curador-Geral, após exigir todas as provas em favor do menor, venha a verificar que o mesmo está nos autos procurando uma vantagem injusta, ilegal e até merecedora de reprovação. Evidente não irá opinar a seu favor, na manifestação final” (João Francisco Moreira Viegas)¹⁸⁹.

Observa Alcides de Mendonça Lima que, como órgão interveniente, a função do Ministério Público é a de *custos legis*, isto é, a favor da incidência correta da norma jurídica aplicável, sem

188. *O Ministério Público no processo civil e penal*, p. 12-4.

189. Ministério Público; sua atuação no cível, RT, 653/257-9.

ter de favorecer este ou aquele interessado, ainda que seja um daqueles que provocam sua intervenção, como, por exemplo, incapazes em geral¹⁹⁰.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que, em qualquer caso, o Ministério Público atua como *custos legis*, não cabendo adjetivar as hipóteses, umas como de atuação de fiscal imparcial e outras de fiscal assistente¹⁹¹. Mas informa que Hugo Nigro Mazzilli, assim como Cândido R. Dinamarco, sustenta que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público, quando existe interesse exclusivamente de incapaz, é de assistência.

Embora não querendo distinguir, Paulo Cezar acaba distinguindo. Diz:

“O MP, em qualquer dessas hipóteses, será *custos legis* e somente isto. Entretanto, os limites de sua atuação processual, notadamente do ponto de vista do interesse recursal, estarão intimamente ligados à divisão acima proposta. No primeiro grupo, o interesse recursal do MP é mais amplo, no sentido de que a sua intervenção não se dá em função de norma com destinatário individualmente especificado, o que permite o seu recurso em face de sentença ilegal e injusta; enquanto o seu interesse recursal, no segundo grupo, se limita às hipóteses de sentença ilegal ou, quanto ao direito material, àquelas hipóteses em que o destinatário individual da norma tem a decisão de mérito contrária aos seus interesses. Não é cabível recurso do MP, pouco importando que a sentença seja injusta, no caso de decisão de mérito favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do MP”¹⁹².

Em síntese, sustenta o autor que, embora motivada a intervenção pelo interesse de incapaz, não fica o Ministério Público limitado a suprir suas eventuais omissões processuais, nem fica impedido de

190. *Processo*, cit., p. 199.

191. Também José Fernando da Silva Lopes entende que “a intervenção do Ministério Público como *custos legis* ocorre sempre em função predominantemente do interesse Público”, informa o mesmo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério*, cit.

192. *O Ministério*, cit., p. 12-4.

opinar livremente, inclusive contra o incapaz. Não faria sentido, porém, que viesse a recorrer em favor da parte adversa. Se esta intervenção, de um lado, pode levá-lo a opinar contra o incapaz, não pode, de outro, permitir que, através de recurso somente por ele interposto, continue o processo defendendo interesse da outra parte, cuja qualidade não reclama a sua intervenção¹⁹³.

Voltaremos ao tema, depois de analisar de modo compreensivo as duas espécies de intervenção.

Como fiscal da lei, o Ministério Público não exerce o direito de ação, pois não provoca o exercício da jurisdição nem formula pedido algum. Dizer que pede a aplicação da lei é fórmula imprecisa, porque, tecnicamente, pedido é o formulado pelo autor que, com ele, determina o objeto da sentença. Ora, o pedido que faça o Ministério Público, de aplicação da lei, em nada altera o objeto do processo.

Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público pode juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, II). Isso, porém, é mais autorização legal do que realidade processual, porque, via de regra, o Ministério Público nada sabe sobre os fatos que ocorreram fora do processo, apenas conhecendo, como o juiz, das versões oferecidas pelas partes.

Usualmente, limita-se o Ministério Público a apresentar seu parecer, para o que tem vista dos autos depois das partes (CPC, art. 83, I). Trata-se de um projeto de sentença, com valoração das alegações e provas produzidas e indicação do direito aplicável. É um exame do *thema decidendum*, que oferece ao juiz, da perspectiva dos interesses gerais da sociedade, como contraponto aos interesses essencialmente particularizados das partes.

Como fiscal da lei, o Ministério Público é um terceiro, mas legitimado a intervir no processo, com poderes exclusivamente processuais. Dentre eles, o mais importante é, sem dúvida, o de recorrer (CPC, art. 499, § 2º).

193. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério*, cit., p. 12-4.

O Ministério Público não é um “agente do rei”. Verificando que o juiz deixou de aplicar a lei, não oferece representação ao Chefe do Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo. O que pode e deve é recorrer à superior instância. Sob esse aspecto, poder-se-ia dizer que o Ministério Público atua como instrumento de controle das instâncias inferiores. Mas ele é mais do que isso, porque, emitindo parecer também nos tribunais superiores, participa dos julgamentos, sem voto, mas com voz.

O fiscal da lei não é parte, nem é juiz, mas atua no processo, primeiro como se fosse parte e, depois, como se fosse juiz. São dois momentos distintos. Antes de encerrada a instrução, cabe ao Ministério Público requerer diligências e produzir provas. Encerrada a instrução, emite parecer.

Essa dupla face da atuação do Ministério Público nos permite dizer que tanto estão certos os que afirmam a natureza una da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei quanto os que asseveram haver casos em que o Ministério Público intervém como assistente de uma das partes.

No momento de emitir parecer, o Ministério Público age como juiz. Nos demais momentos processuais, age como parte. Por isso, o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse do incapaz¹⁹⁴, mas não tem legítimo interesse para recorrer em defesa de direito disponível da parte adversa.

2.8.7. Interesse público e qualidade da parte

Entende-se hoje que só o fato de figurar pessoa jurídica de direito público em um dos pólos da relação processual não implica necessária intervenção do Ministério Público em função da “qualidade da parte” (CPC, art. 82, III). É preciso que se faça presente o requisito do interesse público, como salientado na seguinte lição:

194. A jurisprudência conforta a assertiva de que o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse da parte que motivou a sua intervenção, daí não decorrendo nulidade (TJSP, 16ª Câm. Civ., AC 217.787-2, Rel. Pereira Calças, j. 8-2-1994, *JTJ*, 153/25); TJSP, 5ª Câm. de Dir. Priv., AC 46.725-4/0, Rel. Boris Kauffmann, j. 8-8-1997, *RT*, v. 748, fevereiro de 1998, ano 87.

“Já Calmon de Passos pondera: ‘Nessa mesma linha de raciocínio, isto é, da inaceitabilidade da presença do Ministério Público em um feito apenas porque parte nele uma pessoa jurídica de direito público, também recusamos acerto à afirmativa de ser necessária sua intervenção em ação de execução fiscal, como em todo e qualquer feito cível em que seja autor, ré, interveniente, a União, o Estado, o Município ou suas entidades descentralizadas’ (Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC, *in* Revista Forense, 268157).

Celso Agrícola Barbi, por seu turno, ao mesmo tempo em que acentua a dificuldade de conceituação do que seja interesse público, ministra: ‘Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo’ (*in* Coments. ao CPC, Forense, I/380, Tomo II).

Os julgados já vêm agasalhando a tese ora defendida, reservando a intervenção do Ministério Público para aquelas hipóteses de ocorrência de interesse público substancial, como lembra Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao referir decisões do egrégio Tribunal de Minas Gerais e do Excelso Pretório (CPC Anotado, Saraiva, p. 46/47, e vê-se de RTJ, 94/395, 94/899 e 96/266): ‘Ministério Público. Intervenção obrigatória. Art. 82, III, c/c o art. 246 do CPC. Interesse público. A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada, no caso, a conotação de interesse público. Não se aplica o art. 82, III, do CPC à hipótese de execução por título extrajudicial contra a Prefeitura Municipal. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido’.

‘A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na causa não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada a conotação de interesse público. Na espécie, o princípio do art. 82, III, do CPC não obriga a intervenção do Ministério Público pelo só aspecto de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública. Recurso extraordinário conhecido e provido.’

‘Intervenção do Ministério Público. Interesse público. Interpretação do art. 82, III, do CPC. O acórdão recorrido, ao entender que a mera execução por título extrajudicial, posto que ajuizada contra o Município, dispensava a intervenção do Ministério Público, porque, ausentes as exigências impostas pelo inc. III do art. 82 do CPC, deu-lhe interpretação mais do que razoável. Incidência da Súmula n. 400. Recurso extraordinário não conhecido.’

A qualidade da parte, segundo Frederico Marques, como índice de interesse público emergente da lide, deve ser aferida tendo-se em vista o órgão ou pessoa que participe do processo como parte. Numa ação em que figura a União, o Município, ou outra pessoa jurídica de direito público, a qualidade do litigante não é de molde a justificar a intervenção do *custos legis* (Francisco de Paulo Xavier Neto)”¹⁹⁵.

Até em ações relativas à incidência de tributos tem sido negada a existência de interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público, o que nos parece um exagero.

2.8.8. Decisão sobre a existência de interesse público

A intervenção do Ministério Público condiciona-se a uma dupla apreciação: do juiz, que determina sua intimação, e do próprio Ministério Público, com poderes para decidir, conclusivamente, não ser caso de intervenção. Inversamente, se é o Ministério Público que voluntariamente intervém, cabe ao juiz decidir sobre sua legitimidade:

“não bastará o agente entender que tem de intervir, para não ser obstado; ou não bastará o juiz determinar para que o agente tenha de submeter-se, ingressando no feito. Se o Ministério Público entender que deve intervir e o juiz (em regra o incidente é no primeiro grau) indeferir, o caso somente será solvido se houver recurso e, então, valerá o pronunciamento superior; em caso contrário, transitando em julgado a decisão, a intervenção não poderá ocorrer” (Alcides de Mendonça Lima)¹⁹⁶.

195. Intervenção do Ministério Público pela qualidade da parte, *Ajuris*, 38/219-23.

196. *Processo*, cit., p. 200.

Essa lição é particularmente válida para os casos de intervenção em face da existência de “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”, porque, nos demais casos, a determinação legal não suscita dúvida maior. É importante afirmar-se o caráter vinculante e preclusivo do ato do Ministério Público que afirma não ser caso de intervenção sua no processo. De outra sorte, estar-se-á minando o processo com possível causa de nulidade, a ser detonada a qualquer momento, pelo próprio juiz, pela 2ª instância, pelos tribunais superiores e por ação rescisória. Daí o acerto da “posição intermediária”, entre os extremos da facultatividade e da obrigatoriedade, a que se refere Alcides de Mendonça Lima:

“Em posição intermediária pode ser apresentada a conclusão, de lavra de Arruda Alvim Netto, a que chegou o 5º Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC, São Paulo, com o seguinte enunciado: *O art. 82, II¹⁹⁷, é norma discricionária. O titular desse poder discricionário é o Ministério Público. Ao Poder Judiciário cabe, a nível da legalidade, controlar o exercício regular deste poder.*

Por esta orientação, cabe ao órgão do Ministério Público resolver se deve, ou não, intervir no feito, mas o Poder Judiciário, em decisão final, tem o direito de admitir, ou não, o ingresso; da mesma forma, não cabe a nenhum órgão do Poder Judiciário, por mais elevado que seja, impor a presença do agente do Ministério Público, mas, simplesmente, se assim entender indispensável, mandar intimá-lo, para, então, o membro agir como melhor lhe parecer, inclusive nada postulando”¹⁹⁸.

Essa é uma observação que reputamos fundamental, para a determinação do regime jurídico da nulidade decorrente da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

197. Na verdade, a referência é ao inciso III que, à época, tinha a seguinte redação: “em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. A Lei n. 9.415, de 23 de dezembro de 1996, alterou a redação desse inciso, substituindo-a pela atualmente em vigor: “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

198. Alcides de Mendonça Lima, *Processo*, cit., p. 201.

2.8.9. Momento a partir do qual se torna exigível a intervenção

Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, a intervenção do Ministério Público, nas causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, somente se torna exigível a partir do momento em que se constata a existência desse interesse¹⁹⁹.

Admite, porém, que o Ministério Público, ao intervir, argua a nulidade do processo, porque prejudicada a defesa do interesse público, por não haver atuado nos atos anteriores.

A incongruência que daí resulta não passou despercebida ao autor, que tratou de justificar-se:

“Se é verdade que a parte não pode ser prejudicada pelo fato de não ter sido acertado o interesse público, o que conduz ao postulado de que antes de tal acerto não é exigida a intervenção, não menos verdade é que sobre o interesse da parte está o interesse do Estado de que a relação controvertida seja perfeitamente definida em juízo. Mais importante nesse caso do que prevalecer o bem-estar processual da parte é prevalecer a verdade real e o direito regido por lei de ordem pública. Em outros termos, a regra é a não-exigibilidade da intervenção antes do acerto do interesse público e o não-decreto da nulidade de atos anteriores ao acerto se e quanto houver prejuízo da função fiscalizatória”²⁰⁰.

Entendemos que o interesse público determinante da intervenção do Ministério Público está presente no processo, mesmo antes que se dêem conta as partes e o juiz. Ao determinar, tardiamente, a intimação do Ministério Público, o juiz pratica ato de saneamento do processo.

Concordamos, porém, em que compete ao Ministério Público argüir a nulidade, por falta de sua intervenção nos atos anteriores do processo. É que tanto lhe cabe examinar a efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção como também se, da falta de sua participação em atos anteriores, resultou ou não prejuízo para o interesse que é chamado a defender.

199. *A intervenção*, cit., p. 396.

200. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção*, cit., p. 397.

Daí decorre importante conclusão: entendendo existir interesse público, que exigia a intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas determinar sua intimação: se o Ministério Público não argúi a nulidade, sana-se o vício, prosseguindo-se nos demais atos do processo.

Não deve o tribunal, precipitadamente, pronunciar a nulidade, por ser possível que o Ministério Público entenda não ser caso de intervenção sua no processo. Se a nulidade já houver sido pronunciada, ter-se-á criado um impasse porque, salvo recurso, o tribunal não poderá rever sua decisão: repetir-se-ão atos do processo para que nele intervenha quem não quer intervir.

2.8.10. Justifica-se a participação de um fiscal da lei?

É difícil situar, no processo, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei. Na relação processual triangular — autor, juiz, réu — seria o Ministério Público o “quarto ângulo” do triângulo?

Mauro Pinto Marques critica essa “função interventiva fiscalizadora” do Ministério Público, afirmando ser necessário repensar a denominada “parte pública autônoma”. Como entender esta incumbência não acorde com a etiologia da instituição? Como entendê-la, se não regradada explicitamente, e parece que nem implicitamente, pela *lex maxima*? A disposição constitucional não coloca como função institucional do Ministério Público a de “fiscal da lei”. Essa atribuição, prevista no Código de Processo Civil e em leis extravagantes, estaria compreendida na definição “defesa da ordem jurídica” do art. 127 da Constituição, ou caberia no amplo regaço do inciso IX do mesmo art. 129, ou, finalmente, estaria revogada por incompatível com o novo texto constitucional? “Defesa da ordem jurídica” não será exatamente “promover” (processar), tão-só, quem investir contra ela?

Prossegue o articulista, falando da sobrecarga de atribuições do Ministério Público. Pergunta para que seria necessário um “parecer”, se o juiz conhece o direito (*iura novit curia*). E conclui:

“Sendo a deformalização — não só dos instrumentos e procedimentos, mas de toda uma estrutura judicial — um fim a ser buscado, dispense-se o ‘parecer’, embora competente e interessado, do

agente do Ministério Público, intervenção que não faz sentido. Não faz sentido também porque a notável instituição tem preocupações outras, mais urgentes e tão mais significativas, a exigir sua imprescindível presença como 'parte'. A experiência, habilidade, competência, desassombro e idoneidade de seus membros precisam estar onde for necessário preencher vazios, porque o cidadão não pode.

Na feitura do 'parecer', na causa cível que já tem o tripé segundo a modelar teoria da ação, ele, Ministério Público, não é mais que um auxiliar qualificado do Juiz (que não precisa, e, ao demais, significa uma atuação secundária para o Órgão Ministerial)"²⁰¹.

De um ponto de vista estatístico, é desprezível a intervenção do Ministério Público na instrução do processo, pela simples razão de que desconhece os fatos vividos pelas partes. O que realmente prepondera, em sua atuação como fiscal da lei, é o parecer que oferece ao juiz como projeto de sentença.

Considerado apenas o valor *celeridade do processo*, apresentase o parecer do Ministério Público apenas como um ato a mais, eventualmente inútil, a retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Considerado o valor *qualidade dos julgamentos*, o parecer do Ministério Público, acolhido ou não pelo juiz, aumenta o percentual de acertos, isto é, de decisões socialmente desejáveis. Inestimável a ajuda que pode prestar ao juiz o parecer de um órgão independente, sem interesse pessoal no resultado do processo. Um mau parecer não impede uma boa sentença, mas um bom parecer pode impedir uma sentença ruim.

2.8.11. Natureza da nulidade por falta de intervenção do fiscal da lei

Há doutrina e jurisprudência no sentido de que a falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, nos casos em que é exigida, acarreta nulidade absoluta e insanável.

Discordamos frontalmente. Entendemos, também com o apoio de jurisprudência, que a nulidade somente deve ser pronunciada se

201. Mauro Pinto Marques, A custódia da lei, *Ajuris*, 65/279-84.

argüida pelo Ministério Público e se tiver ocorrido prejuízo para o interesse a que é chamado a defender. Assim, verificando o tribunal que o processo correu sem a intervenção do Ministério Público, deve determinar sua intimação e pronunciar a nulidade dos atos anteriores somente se argüida por ele, que é, a nosso ver, o único legitimado para tal.

O Superior Tribunal de Justiça julgou procedente ação rescisória, por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, afirmando ocorrer, na hipótese, nulidade absoluta, que não se sana por sua intervenção no 2º grau de jurisdição, ainda que sem argüir a nulidade. Disse o Ministro Américo Luz (relator):

“Entendo que a norma do art. 82 do Código de Processo Civil é de natureza cogente, tornando, portanto, obrigatória a intervenção do MP, como fiscal da lei, nas causas que arrola em seus incisos, sob pena de nulidade absoluta, e, como tal, impossível de ser sanada, nos expressos termos do parágrafo único do art. 246 desse diploma.

Nesse sentido direciona-se a melhor doutrina, conforme se vê das lições de Moniz de Aragão, em seus comentários ao texto processual referido (art. 246), ao dizer: ‘...é fácil verificar que o texto fulmina de nulidade absoluta, insanável, portanto, a falta de intervenção do Ministério Público, porque e quando funciona na qualidade de fiscal da lei. Neste caso, é inaplicável qualquer princípio de sanação, incluído o que se lê no art. 249, § 2º, precisamente porque este pressupõe nulidade não-absoluta, isto é, que o interesse tutelado pela norma seja o daquele em cujo favor foi proferida a sentença. Ora, como o interesse público não perde nem vence causas, é impossível recorrer a esse preceito para aplicá-lo à nulidade absoluta, que é insanável. (...) Com isso fica demonstrado que nos casos de intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, seja qual for o rumo em que se oriente a sentença, haja ou não mais de um motivo para sua atuação, é impossível aplicar-se o disposto no art. 249, § 2º, pois não se configurará jamais a hipótese de o juiz poder decidir o mérito a favor do interesse público, impondo-se, sempre e inquestionavelmente, a declaração da nulidade, se em tais causas não houver funcionado o Ministério Público. O Ministério Público intervém a benefício do Direito e a ausência de sua inter-

venção gera nulidade absoluta' (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, Vol. II, págs. 392/393/394).

De igual maneira orienta-se a jurisprudência predominante, conforme noticiam os julgados abaixo:

'A intervenção do órgão do Ministério Público, quando funciona como fiscal da lei, sempre se faz em virtude do mesmo e único interesse público. O seu papel é precisamente o de fiscalizar, por todos os meios ao seu alcance, interpondo-se como instrumento estatal da neutralização do seu poder dispositivo. Em tal posição se situa o Código de Processo Civil atual, do qual resulta que a ausência do MP, quando fiscal da lei, em casos nos quais deve intervir em nome do interesse público, gera nulidade absoluta insanável' (Ac. unân. 69 da 3ª Câm. do TJPR de 17-3-81, na AC 1.521, PRJ 1º/134).

'Tratando-se de hipótese em que a lei considera obrigatória a intervenção do Ministério Público, a pena cominada para a omissão é a de nulidade absoluta' (Ac. unân. da 4ª Câm. do TJSP de 30-06-83, na AC 33.828-1, RT 579/101).

'A falta de intimação do Ministério Público para intervir no processo, nos casos em que a lei considera obrigatória essa intervenção, torna o processo nulo, podendo o juiz declará-lo de ofício. É ao Ministério Público que cabe decidir, em cada causa, sobre a existência ou não de interesse público e, conseqüentemente, sobre se deve ou não intervir. A jurisprudência não admite que a omissão do Ministério Público em primeiro grau seja suprida pela manifestação de seu órgão na instância superior' (Ac. unân. da 9ª Câm. do 2º TACivSP de 31-8-83, nos embs. decls. 147.387, JTACivSP 85/407).

Assim, ao contrário do afirmado pela ré, muito embora sua tese encontre respaldo em alguns julgados e mesmo na doutrina de Celso Agrícola Barbi (*in* Comentários ao CPC, Vol. I. Tomo II), a manifestação do órgão em segunda instância não se mostra suficiente para sanar a irregularidade.

Também o Pretório Excelso teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema, por ocasião do julgamento do RE nº 76.868-8, sufragando, à unanimidade, o entendimento expressado pelo relator, eminente Ministro Aldir Passarinho, resumido na ementa seguinte:

‘Processual. Menores. Intervenção do Ministério Público. Indispensabilidade: art. 80, § 2º, do Código de Processo Civil. Nulidade: art. 84 do mesmo Código. Havendo, no feito, interesse de menor, a intervenção do Ministério Público é indispensável, na conformidade do disposto no art. 80, § 2º, do Código de Processo Civil, não sendo de considerar-se sanada a omissão se tal interveniência se faz apenas em segunda instância. A cominação é de nulidade, segundo o art. 84 do mesmo Código. Recurso extraordinário conhecido e provido’.

De ressaltar-se que, embora essa decisão tenha se apoiado no Código de Processo anterior, a mesma compreensão da matéria, atualmente, não encontra obstáculo no diploma vigente, em que os princípios são os mesmos.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, em ordem a anular o processo, para que o Ministério Público integre a relação processual, a partir de quando a sua manifestação se fazia necessária, ou seja, após a apresentação da contestação, nos termos do art. 83, I, e parágrafo único do art. 246 do CPC²⁰²”.

Em certa ação de indenização por acidente do trabalho, fundada no direito comum, tribunal paulista afirmou a nulidade absoluta do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, por haver interesse de menores, filhos da autora, embora não fossem partes no processo. A nulidade foi decretada a pedido da parte vencida²⁰³!

Comentamos. Da morte do acidentado decorreu, no caso, o direito de indenização da esposa e filhos. A hipótese não é de solidariedade nem de litisconsórcio necessário. Cada um dos lesados é titular de parcela do todo da indenização que, expressa em dinheiro, é perfeitamente divisível. Sobre o tema, diz Orlando Gomes:

“A lei abre uma exceção à regra geral de que o direito à indenização pertence unicamente a quem sofreu diretamente o dano. Quando a vítima falece, admite que a indenização seja pleiteada pelos

202. STJ, 1ª Seção, AR 99-MG, Rel. Min. Américo Luz, j. 29-5-1990, *RSTJ*, 10/17 junho de 1990, ano 2.

203. 2ª TACSP, Ap. 489.058-00/0, Rel. Laerte Carramenha, RT, v. 747, janeiro de 1998, ano 87.

que viviam sob sua *dependência econômica*. De regra, a *legitimação ativa* limita-se aos herdeiros da vítima, mas a restrição é censurável.

Cumpra distinguir hipóteses quando ocorre o óbito da vítima. Primeiramente, a morte pode decorrer de outra causa que não o ato ilícito. Produzido o dano, sobrevém o falecimento da vítima antes de ter acionado o ofensor. Nesse caso, o direito de exigir a reparação transmite-se *mortis causa*. Mas a questão da *legitimidade ativa* excepcional não se apresenta nesses termos, surgindo na hipótese de consistir o dano na morte da vítima. A pretensão à indenização corresponde originariamente, nesse caso, aos que dependiam economicamente do finado. Trata-se de *pretensão independente*, atribuída aos prejudicados, ainda que não sejam herdeiros do falecido”²⁰⁴.

E diz Wilson Melo da Silva:

“A ação da reparação do dano é outorgada *iure proprio*, não se revestindo de caráter hereditário, nem alimentar, tanto que cabe exercê-la, na qualidade de sujeito ativo, não somente ao lesado, mas a todos os lesados, isto é, a todas as pessoas prejudicadas pelo ato danoso”²⁰⁵.

Esclarece José de Aguiar Dias:

“Um dano pode atingir várias pessoas. Cada uma tem, então, direito de exigir reparação do responsável, tome-se esta palavra no sentido estrito de pessoa a quem incumbe obrigação decorrente de ato ilícito, ou no amplo sentido de pessoa que suporta em definitivo um prejuízo. Embora possam, desde que ocorram as condições processuais, cumular as respectivas ações, cada qual terá uma indenização distinta. Explica-se: com a outorga de uma soma global, a repartição do *quantum* entre as vítimas, proporcionalmente ao dano experimentado, se tornaria impossível, além de outras dificuldades que naturalmente suscitaria, sem contar que cada um intenta sua ação por direito próprio, que não depende do procedimento judicial dos demais para prosperar. Não há, nessas hipóteses, solidariedade ativa”²⁰⁶.

204. *Obrigações*, p. 345.

205. Wilson Melo da Silva, *Da responsabilidade civil automobilística*, p. 468.

206. *Da responsabilidade civil*, II, p. 926.

Assim, o direito da autora podia e devia ter sido reconhecido no que tange à sua parte, excluindo-se a dos filhos, que, não sendo partes no processo, não seriam atingidos pela coisa julgada.

Raciocinou-se, porém, no acórdão, como se a hipótese fosse de solidariedade ativa. Embora pleiteando em nome próprio, seria a indenização a ela outorgada por inteiro. Somente nessa hipótese se poderia falar na existência de interesse de menores, embora não sendo partes.

A hipótese é diferente da ação movida por espólio que, não sendo pessoa jurídica, embora tenha personalidade judiciária, não é pessoa distinta da dos herdeiros, motivo por que, aí sim, poder-se-ia afirmar haver interesse de incapazes que não são partes em sentido formal.

Chama a atenção a circunstância de a nulidade haver sido argüida pela parte adversa, indício veemente de ocorrência de prejuízo para ela, não para os incapazes.

2.8.12. Necessidade de manifestação positiva do Ministério Público para a decretação da nulidade

Já observamos que tanto cabe ao Ministério Público decidir a respeito da efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção como também se, da falta de sua participação, em atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse que legitima sua intervenção.

Assim, entendendo a parte que o feito exige a intervenção do Ministério Público, deve requerer sua intimação, cabendo ao juiz, em igual hipótese, determiná-la. Se o Ministério Público, intimado, embora intervindo, não argüi a nulidade, sana-se o vício.

Ao tratar das nulidades por falta de intervenção do Ministério Público, Antônio Cláudio da Costa Machado começa por afirmar que a hipótese é de nulidade absoluta, por violação de norma cogente tuteladora de interesse público, independentemente sua decretação da verificação de prejuízo. Mas logo pergunta: como se explica a orientação liberal e de relativização de nossos tribunais em certas situações? Responde:

“Inicialmente, não podemos desconsiderar que o fato da ordem processual prever intervenções do Ministério Público visando esco-

pos tão diferentes há de provocar obrigatórias mutações disciplinares em nível de nulidades. Realmente, uma coisa é a função de substituição processual do revel fictamente citado (art. 9º, II), outra é a de assistência ao incapaz (art. 82, I); uma coisa é a fiscalização fundada em situação não especificamente prevista (art. 82, III), outra é a fiscalização exercida nas hipóteses expressamente discriminadas pela lei (art. 82, II, e leis especiais). As particularidades de cada uma dessas intervenções haverão de ser, necessariamente, levadas em conta para que se possa compreender como o sistema processual deve tratar a nulidade em relação a cada caso”.

Tratando especificamente da intervenção do Ministério Público fundada na existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82, III), sustenta que ela somente é exigida a partir do momento em que seja definido o interesse público no processo, por não ser justo que se penalize a parte com o decreto de nulidade e o retrocesso procedimental só porque ela mesma não o percebeu.

Dessa premissa extrai-se a conclusão de que, intimado o Ministério Público apenas na 2ª instância, cabe-lhe argüir ou não a nulidade, conforme entenda que houve ou não prejuízo para o interesse público²⁰⁷.

Parece-nos de duvidosa juridicidade a assertiva de que a intervenção do Ministério Público somente se torne exigível a partir do momento em que as partes ou o juiz percebem a existência de interesse público. Isso implica dispensar sua intervenção por motivo de ignorância ou desatenção das partes e do juiz.

Chegamos ao mesmo resultado, mas por caminho diverso.

Em primeiro lugar, repudiamos a lição de Galeno Lacerda, no sentido de que a violação de norma cogente, tuteladora de interesse público, implique nulidade insanável, independentemente da verificação do prejuízo. O princípio da sanção se aplica mesmo nessa hipótese, não devendo a nulidade ser pronunciada se não resultou prejuízo para a finalidade do processo.

207. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção*, cit., p. 590-2.

Em segundo lugar, como o Ministério Público pode o mais, que é recusar-se a intervir no processo, se entender inexistente interesse público que exija sua intervenção, assim também pode o menos, que é verificar se de sua ausência, nos atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse público que é chamado a defender.

Por isso, entendendo o juiz ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve desde logo pronunciar a nulidade e sim determinar sua intimação e decretá-la somente se argüida pelo Ministério Público, na primeira oportunidade em que fale nos autos e se da falta de sua intervenção resultou prejuízo.

Embora seja nova a idéia de que somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir a nulidade por falta de sua intervenção, não faltam acórdãos sustentando que ela precisa ser por ele alegada, suposto que devidamente intimado.

Menor, assistida por sua mãe, interpôs apelação, argüindo a preliminar de nulidade, por falta de intimação do Ministério Público para a audiência de instrução e julgamento. O tribunal rejeitou a preliminar, por não haver a nulidade sido argüida pelo Ministério Público:

“embora obrigatória a intervenção do Ministério Público, em 1º grau, a teor do art. 82, I, do CPC, estimo que o descumprimento de tal norma, no caso, não gere a nulidade cominada do art. 246.

É que, ao intervir no processo, às fls. 40/41, o agente do Ministério Público não requereu a anulação do processo.

Ora, a norma do art. 82, I, tutela interesses particulares, e, portanto, a despeito de cominado o vício (art. 246), a nulidade é relativa (v. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, ‘Comentários’, nº 92.6, pp. 449/459, Porto Alegre, 1985).

Por conseguinte, deverá ser alegada pela parte — e ao Ministério Público, reza o art. 81 do CPC, tocam os ônus das partes — na primeira oportunidade (art. 245, *caput*), importando a inércia preclusão para ela (Dall’Agnol Júnior, ob. cit., nº 91.2, p. 439). Rejeito a preliminar de nulidade”²⁰⁸.

208. TJRS, 5ª Câm. Cív., AC 597091990, Rel. Araken de Assis, j. 7-8-1997, RJTJRS, 184/351, outubro de 1997, ano 32.

Em ação de cobrança envolvendo empresa em liquidação extrajudicial, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a preliminar de nulidade, por falta de intervenção do Ministério Público, por não haver sido por ele alegada, demonstrando, assim, inexistir prejuízo:

“Revelam os autos que a liquidação extrajudicial da recorrente somente foi noticiada por ocasião da apelação, e nela, também, requerida a intervenção da Curadoria de Liquidações.

Cabe ressaltar que, intimado, manifestou-se o Ministério Público, porém, naquela oportunidade, não arguiu nenhuma nulidade e nem alegou qualquer prejuízo (fl. 124).

Assim, não tenho como válida a assertiva no parecer da douta Procuradoria da Justiça Estadual sobre a nulidade do processo por força do artigo 246, § único, do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se afirma, inexistente ofensa ao dispositivo de lei invocado. Isso porque a não intervenção do Ministério Público na primeira instância além de nenhum prejuízo acarretar à recorrente, este, em verdade, interveio nos autos nada requerendo. O Acórdão recorrido decidiu corretamente a controvérsia, ao rejeitar essa preliminar, conforme preceitua o art. 249, § 1º, da lei processual civil”²⁰⁹.

Ao analisar a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, Antônio Cláudio da Costa Machado assim se pronuncia:

“Quanto a nós, temos nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanção do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do

209. STJ, 3ª Turma, REsp 2.048, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 27-3-1990, RSTJ, 9/409, maio de 1990, ano 2.

interesse do incapaz, que é indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *parquet* analisar com cuidado todas as nuances do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos)”²¹⁰.

Em síntese: verificando ser caso de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, deve o juiz determinar sua intimação, somente pronunciando a nulidade dos atos anteriores do processo se por ele argüida, na primeira oportunidade em que falar nos autos, e se da falta houver resultado prejuízo.

Suponha-se que não tenha havido a intervenção do Ministério Público no 1º grau de jurisdição e que, na apelação, a parte ou o tribunal, de ofício, suscite, com tal fundamento, a nulidade do processo.

“Aqui”, diz Antônio Machado, “duas questões ligadas intimamente uma à outra se colocam: é lícito ao tribunal decretar a nulidade de todo o processado em primeira instância? Duas, é possível o suprimento da falta de intervenção em primeira instância pela manifestação do órgão ministerial que funciona em segunda instância? À primeira indagação respondemos que depende. Como visto, de conformidade com o posicionamento que adotamos, se não houve discussão em primeiro grau sobre o accertamento do interesse público, não pode a parte ser penalizada com o decreto da nulidade a não ser

210. Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção*, cit., p. 594.

que tenha havido evidente prejuízo para a função fiscalizatória. Em decorrência disso, cremos que a melhor solução é esta: sem manifestação e pedido expresso do órgão ministerial de segunda instância não pode o tribunal anular o processado em primeiro grau; se a anulação tem em vista proporcionar ao Ministério Público oportunidade de atuar e o próprio órgão oficiante dispensa tal oportunidade (o que faria pedindo a nulidade), não há motivo que autorize o Judiciário a resguardar o que o *parquet* já desprezou. À segunda indagação, respondemos seguramente que sim, e mais uma vez nos valemos da doutrina a que temos dado apoio. Se não há exigibilidade da intervenção antes do accertamento do interesse público e este só ocorre em segunda instância, é claro que a intimação do Procurador da Justiça é suficiente para a validade do processo. Entendendo este órgão, no entanto, que a função fiscalizatória foi comprometida pela não-atuação do órgão inferior, fica-lhe aberta a oportunidade de requerer a anulação com base na ocorrência de prejuízo. Sem apresentar exatamente a doutrina que temos exposto, a jurisprudência vem admitindo a tese do suprimimento”²¹¹.

Concordamos com essas conclusões do autor, a partir de uma premissa que, a nosso ver, as explica com maior simplicidade e exatidão: somente o Ministério Público tem legitimidade para alegar a nulidade do processo por falta de sua intervenção. A parte pode apenas provocar seu pronunciamento. Se o Ministério Público não se manifesta positivamente no sentido da nulidade, ocorre preclusão.

É claro que, para que se fale em preclusão, é preciso que se intime o Ministério Público. Se o procurador de justiça, tendo vista dos autos, não argúi a nulidade, sanou-se o vício.

Em outras palavras, a decretação da nulidade depende de alegação do Ministério Público e da existência de prejuízo. Em muitos casos, a existência de prejuízo há de se presumir pelo só fato da arguição da nulidade, por não se saber qual seria o resultado do processo, se produzidas as alegações e provas ausentes por falta de sua tempestiva intimação.

211. A *intervenção*, cit., p. 399.

Em conclusão: só o Ministério Público, devidamente intimado, pode argüir a nulidade do processo por falta de sua participação como fiscal da lei. É uma idéia que surge como projeção natural da doutrina e da jurisprudência acima consideradas.

Cabendo ao Ministério Público decisão sobre a existência de interesse público e sobre a existência de prejuízo, às partes não é dado mais do que requerer e, ao juiz, determinar sua intimação.

Claro, não se pode impedir à parte de interpor recurso, argüindo a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público. Trata-se de direito assegurado pela legislação processual. Mas a *decretação* da nulidade há de depender de manifestação positiva do Ministério Público. Em outras palavras, o que pode a parte é provocar a manifestação do Ministério Público, inclusive por via de recurso.

O mesmo raciocínio há de se fazer no caso de rescisória proposta com tal fundamento.

Essa é a tese que oferecemos à consideração dos doutos, contrariando, assim, a jurisprudência, que nem sempre tem exigido prévia e positiva manifestação do Ministério Público para a decretação da nulidade²¹².

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decretou a nulidade de um processo: a) porque não citada a mulher do réu, não obstante se tratasse de ação real; b) por haver notícia nos autos de que existiam menores co-proprietários do imóvel, havendo, pois, interesse indireto deles, a exigir a intervenção do Ministério Público.

“o recorrente era o proprietário do imóvel. Deixou de pagar as prestações do financiamento. O agente financeiro executou a hipoteca com base no Decreto-lei n. 70/66 e, posteriormente, alienou o bem ao recorrido, que, de posse do título de propriedade, ajuizou a ação reivindicatória.

Em se tratando de ação real, lastreada no direito de propriedade, forma-se litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, pelo que deveria o recorrido ter requerido a citação da atual mulher do

212. Sem ouvir o Ministério Público pode-se *rejeitar* a arguição de nulidade, por ausência de prejuízo, como no caso de sentença totalmente favorável ao menor.

recorrente, com a qual está casado desde 1990; antes, portanto, do ajuizamento da ação.

A questão é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na ação real, tem-se por indispensável a citação dos cônjuges.

.....

Não bastasse isso, tenho que efetivamente existe interesse de menores a demandar a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que o recorrente foi casado com Isanilde Cruz de Oliveira e dessa união nasceram três filhos, ainda menores. Por ocasião do divórcio do casal, a divorciada renunciou em favor dos filhos os direitos que tinha sobre o imóvel objeto dos autos. Assim, os filhos passaram a ser também senhores do apartamento. Desta forma, a ação reivindicatória influirá no direito daqueles, que ficariam privados da posse do bem em caso de procedência da pretensão do autor.

Ocorrendo, destarte, interesse de menores, ainda que indiretamente, é dever do órgão do '*Parquet*' intervir para apurar a regularidade na aplicação da lei. A respeito da participação do Ministério Público, em decorrência de interesse indireto de menores, decidiu esta Turma, no REsp n. 32.439/SP (DJ 25.03.96), em acórdão assim ementado:

'II — A mãe, ao sustentar a nulidade da venda realizada pelo pai, de imóveis de propriedade do casal, pretendendo que o patrimônio se reincorporasse ao acervo da família, buscou preservar, mesmo que por via difusa, as legítimas dos filhos menores que estariam prejudicadas com as alienações. Daí o interesse de incapazes a provocar a intervenção do Ministério Público'.

Reputo, portanto, malferidos os arts. 10, parágrafo único, I, e 82, I, do Código de Processo Civil, prejudicada a análise das demais insurgências"²¹³.

213. STJ, 4ª Turma, REsp 73.975-PE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24-11-1997, *Lex — Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 106/142.

Comentamos. Se os menores eram realmente co-proprietários do imóvel reivindicado, haveria nulidade, não por falta de intervenção do Ministério Público, mas por não haver a ação sido proposta também contra eles, na condição de litisconsortes passivos necessários. Como, todavia, fala-se no acórdão em interesse apenas indireto dos menores, deve-se crer que, por falta do devido registro, tivessem eles apenas direito pessoal sobre o apartamento.

Seja como for, o certo é que se decretou a nulidade do processo, não apenas por falta de citação da mulher do réu, mas também por falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sem sua audiência prévia, a nosso ver indispensável.

Atendida essa condição, entendemos que caberia a decretação da nulidade, mesmo na instância especial, porque se trata de vício que autoriza a propositura de ação rescisória, o que exclui a possibilidade de preclusão, por não haver o Ministério Público se manifestado, na instância ordinária, no sentido de sua decretação.

2.8.13. Nulidade e prejuízo

A nosso ver, ressentem-se de bom senso a assertiva de que a nulidade do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, deve ser decretada ainda que alcançada a finalidade do processo, isto é, ainda que da falta não haja resultado prejuízo.

Se o processo atingiu o resultado justo, a repetição dos atos já praticados terá sido inútil, se a conclusão for idêntica e lamentável, se diversa.

Felizmente, a exigência de prejuízo é freqüentemente exigida pelos tribunais, como requisito para a decretação da nulidade. Assim, por exemplo, resolveu-se que, podendo decidir-se no mérito a favor do interesse do incapaz, não se decreta a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público no processo²¹⁴.

A existência de prejuízo é exigida por Antônio Cláudio da Costa Machado também no caso de intervenção fundada no inciso

214. TARS, 7ª Câ. Cív., AC 195072574, Rel. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. 30-8-1995.

II do art. 82 (causas concernentes ao interesse da pessoa etc.).
Justifica:

“se é responsabilidade exclusiva do Ministério Público a defesa do interesse indisponível e ele próprio reconhece que nada precisa ser feito em complemento para que o escopo da função fiscalizatória seja alcançado (a exata aplicação da lei) porque este foi alcançado mesmo sem sua presença, é evidente que nada adiantaria o tribunal anular o processo. De fato, seria inócuo o decreto de nulidade, até porque poderia o órgão ministerial pura e simplesmente cruzar seus braços, sem que contra tal atitude pudesse o Judiciário tomar qualquer providência. Vê-se, portanto, que mais uma vez não é possível, sob pena de aceitarem-se como admissíveis grandes dispêndios de tempo e energia, desconsiderar o fenômeno do prejuízo para resolver os problemas que o tema das nulidades sugere neste caso”²¹⁵.

Cumpre, todavia, reconhecer que, na maioria dos casos em que a intervenção do Ministério Público é determinada por interesse impessoal, a nulidade terá de ser decretada, em face da impossibilidade de se constatar a ausência de prejuízo.

2.8.14. Intimação — Efetiva atuação — Parecer

Não pode haver nenhuma dúvida quanto à necessidade de intimação do Ministério Público, nos casos em que obrigatória sua intervenção, sob pena de nulidade (CPC, art. 84).

O que se exige é a intimação; não sua efetiva atuação. Nada impede, assim, a realização da audiência, ausente o Ministério Público, desde que devidamente intimado.

Deste modo, por exemplo, já se decidiu que a ausência do Ministério Público à audiência de conciliação não gera nulidade, desde que intimado para a solenidade, sendo válido o acordo celebrado pelas partes, por não comprovado vício de consentimento. O que se exige é a intimação do Ministério Público, não sua atuação efetiva²¹⁶.

215. *A intervenção*, cit., p. 592.

216. TJRS, 7ª Câm. Cív., AC 596046573, Rel. Des. Paulo Heerd, j. 28-8-1996, RJTJRS, 180/347, fevereiro de 1997, ano 32.

Outra questão é se o juiz ou tribunal pode proferir sentença, independentemente de parecer do Ministério Público, uma vez decorrido o prazo previsto em lei.

O problema diz respeito, em parte, à natureza desse prazo, se preclusivo ou ordinatório.

Demonstramos, acima, que, nos casos em que o Ministério Público atua no processo em função da incapacidade de uma das partes, sua atuação apresenta-se com dupla face: age como parte, ao requerer diligências, produzir provas e recorrer; age como juiz, ao emitir seu parecer.

Decorre daí que, mesmo para o Ministério Público, são preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, bem como para recorrer. É, porém, ordinatório o prazo para emitir parecer.

Daí se poderia concluir que o juiz não pode sentenciar sem que o Ministério Público haja antes lançado nos autos seu parecer. Trata-se, porém, de conclusão que vai além das premissas. Da circunstância de tratar-se de prazo impróprio apenas decorre logicamente que o Ministério Público pode oferecer o seu parecer, ainda que posteriormente ao prazo previsto em lei. Não se impede, porém, que o juiz cumpra o seu ofício, requisitando os autos e lançando sua sentença, independentemente de pronunciamento do Ministério Público. O exercício da jurisdição não pode ser obstado por omissão objetivamente ilegal (ainda que sem culpa do omissor). Não parece razoável sacrificar-se o direito das partes, já prejudicadas pela demora natural dos processos, com a introdução de novas hipóteses de paralisação não previstas em lei.

No acórdão abaixo transcrito, o 1º Tribunal de Alçada de São Paulo negou provimento ao recurso do Ministério Público, não obstante parecer ministerial pelo provimento. Ocorreu que o Ministério Público, intimado, não ofereceu parecer no prazo legal. O juiz proferiu sentença, dispensando o parecer e afirmando preclusão. O Ministério Público recorreu, afirmando não caber falar-se em preclusão para a manifestação do Ministério Público, por funcionar no feito, não como parte, mas como *custos legis*, não devendo arcar com os mesmos ônus das partes. O tribunal afirmou que apenas a falta de intimação é que enseja a nulidade; não a falta de sua efetiva manifestação. Ademais, da falta não resultou prejuízo.

“Entendeu o sentenciante que, diante do silêncio, ficou precluso o direito de participação do MP na demanda, o qual, de sua vez, justificando a ausência de manifestação com o acúmulo de serviços, bate-se pela indispensabilidade da sua intervenção.

Nesta esfera, a ilustre representante ministerial esgrime com as disposições cogentes contidas nos arts. 82, inc. I, 84, 145, V, 244 e 246, par. ún., do CPC, para prestigiar a insurgência recursal.

Apela o órgão do Ministério Público alegando que houve nulidade do *decisum*, uma vez que a lei prevê a sua intervenção nas causas em que há interesses de incapazes (art. 82, inc. I, do CPC).

Não há que se falar na preclusão para a manifestação do MP, posto que, no caso em tela, o mesmo não funciona como parte, e sim como *custos legis*, ou seja, não deve arcar com os mesmos ônus das partes.

Como se não bastasse, a própria lei estabelece que o processo é nulo quando não há intervenção do MP onde este devia intervir (arts. 84 e 246 do CPC).

A demora do ilustre Promotor de Justiça em devolver os autos não pode trazer prejuízo para a parte.

Diante do acima exposto, seria imperativa a decretação de nulidade da r. sentença de f.

Porém, não dever-se-á pronunciar tal nulidade diante dos princípios da utilidade e da ausência de prejuízo.

Aliás, ao anotar o art. 84, os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, na p. 334 do seu já festejado Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor, Ed. RT, acentuam que: ‘... 3. Nulidade. A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso...’ (*sic*).

Em seguida, na mesma página, ao colacionar pronunciamentos jurisprudenciais, o casal de juristas traz os seguintes:

‘... Falta de intimação do MP. O que enseja nulidade é a falta de intimação do MP e não a falta de efetiva manifestação deste (STJ-RP 70/272). No mesmo sentido: Fabrício, Coment., n. 471, p. 411’.

‘... Falta de manifestação. Tendo havido intimação e comparecimento do representante do MP à audiência, ainda que sem emitir pronunciamento, elidida eventual nulidade do processo (RSTJ 50/148).’

Ainda, já na página seguinte de mesma obra, trazem os seguintes entendimentos:

‘... Prejuízo. Não se decreta a nulidade do processo por não intervenção do MP, se não houver prejuízo (CPC, 249). Nesse sentido: RJTJSP 118/213, 103/377, 98/195...’ (sic).

Ora, *in casu*, um representante do *Parquet* já havia participado da audiência (f.) e fora regularmente intimado ao depois (f.).

Ainda que plenamente justificáveis os argumentos expendidos às f., nenhum prejuízo adveio para o incapaz em decorrência da falta de manifestação ministerial.

É que, ainda que tivesse havido a manifestação do MP, esta não iria modificar em nada a r. sentença de f., uma vez que restaram provadas nos autos tanto a litispendência como as ilegalidades ativa e passiva com as quais deveria o processo ser extinto sem julgamento de mérito (art. 267, incs. V e VI, da Lei dos Ritos), como o foi.

Do exposto, conhece-se e nega-se provimento ao apelo”²¹⁷.

Registre-se, porém, que, em sentido contrário, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, estatuinto que, em mandado de segurança, não basta a intimação do Ministério Público, sendo indispensável sua manifestação efetiva, sob pena de nulidade da sentença que venha a ser proferida:

“Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal ao acórdão de fls. 53, que decidiu na consonância da seguinte ementa: ‘Processual — Mandado de Segurança — Ministério Público — Prazo para pronunciamento. Se houve intimação, não existe nulidade e o Ministério Público não pode falar nos autos após vencido o prazo a ele conferido pelo Código de Processo Civil ou pela Lei nº 1.533/51. Recurso improvido’.

217. 1ª TACSP, 7ª Câ. Esp. de julho de 1996, AC 682.825-1, Rel. Carlos Renato de Azevedo Ferreira, j. 3-9-1996, RT, v. 740, junho de 1997, ano 86.

O embargante indica como divergente o REsp nº 9.211-AM, julgado pela Egrégia 2ª Turma, cuja ementa está consubstanciada nestes termos: 'Processual Civil — Pronunciamento do Ministério Público no processo de mandado de segurança — Indispensabilidade — Art. 10 da Lei nº 1.533/51. Conclusão que se impõe, tendo em vista que, nas circunstâncias apontadas, exerce o referido órgão magistratura independente e imparcial, cuja ausência acarreta do processo. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido'.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): No mérito, consiste a questão em saber, à vista do artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951, se, em mandado de segurança, basta a intimação do Ministério Público para manifestar-se no prazo de cinco dias ou se é indispensável a sua efetiva manifestação. Dispõe o referido dispositivo:

'Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora'.

Consoante se verifica, o texto diz 'ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias' figura-se-me que a palavra 'ouvido' na citada expressão tem o sentido de exigência de que haja explícita manifestação do *parquet*, no exercício da sua missão de *custos legis*. Tal orientação é a que mais se harmoniza com a razão da sua intervenção em tal caso. Com efeito, a falta de intervenção do Ministério Público, quando a lei a considera obrigatória, não enseja apenas preclusão, mas a nulidade do próprio processo. É o que se deduz do art. 84 do CPC nestes termos: 'Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo'. A propósito, bem salientou o ilustre Ministro José de Jesus Filho, no voto que proferiu no Recurso Especial nº 9.268-AM, julgado pela 2ª Turma em 05.08.91, que, se o Ministério Público não atuar no prazo previsto em lei, deve o interessado representar contra o seu membro omisso perante o seu superior, mas jamais decidir sem a sua manifestação. Se o fizer, nula é a sentença. (...) Isto posto e à vista dos precedentes, conheço dos embargos e os recebo.

VOTO

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente. Quando manifestei-me, na Turma, a respeito da matéria, o fiz baseado em alguns princípios. O mandado de segurança é uma ação de natureza constitucional contra ato de autoridade. Logo, há interesse público nessa decisão e a intervenção do Ministério Público me parece obrigatória em todas as causas em que há interesse público. O art. 82 do Código de Processo Civil é claro. Perguntar-se-ia se esse prazo que consta do art. 10 da Lei nº 1.533 seria de natureza peremptória ou dilatória. Essa seria a questão a decidir. O próprio Código de Processo Civil estabelece que, nas causas em que há interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, como nos mandados de segurança, quando o órgão do Ministério Público não exerce as suas funções por dolo ou fraude ou não justifica o seu ato, será ele responsabilizado nos termos do art. 85. Por esta razão entendi, como entende o Ministro Pádua Ribeiro e os demais integrantes da nossa Turma, que esse prazo não pode ser considerado de natureza peremptória e sim de natureza dilatória, porque o Ministério Público não sendo parte, apenas nele oficiando como *custos legis*, deve emitir o seu parecer nos autos, sob pena de nulidade, como temos afirmado. Ora, se há um dispositivo legal que o responsabiliza civilmente, quer me parecer que cabe ao Juiz, ou à parte, remeter ao órgão hierárquico do Ministério Público uma representação no sentido de promover essa responsabilidade. (...) Assim peço vênias aos que pensam em contrário, para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

VOTO (vencido)

O Sr. Ministro Garcia Vieira: (...) Com os mesmos argumentos aqui usados pelo ilustre e digno Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, chegaríamos à conclusão de que o Ministério Público também não está sujeito a prazo para recorrer, para se manifestar nos autos, e, ainda, poderíamos chegar a uma conclusão muito mais grave: em qualquer ação o Ministério Público também não estaria sujeito a prazo para recorrer e para contestar. Então, ele pairaria acima de tudo e não estaria sujeito a prazo nenhum. Isso, evidentemente, no mandado de segurança. O que iria acontecer? Quebraria a espinha dorsal do mandado de segurança,

que é a celeridade, porque sabemos que existe, no Ministério Público, representantes trabalhadores, dedicados, como o Dr. José Arnaldo da Fonseca. Posso dar esse testemunho porque quando eu era Juiz do Primeiro Grau trabalhamos juntos durante mais de uma década. Ele sempre procurou cumprir o seu dever, mas ele sabe muito bem que têm representantes do Ministério Público que não são assim, que ficam anos e anos com um mandado de segurança. Como vamos justificar isso? Por isso Sr. Presidente, peço vênica para continuar no mesmo ponto de vista que venho sustentando na Primeira Turma, e que, aliás, foi vencedor. (...) Sr. Presidente, peço vênica para divergir do Eminentíssimo Ministro-Relator e daqueles que pensam como S. Exa. Rejeito os embargos”²¹⁸.

O Superior Tribunal de Justiça reiterou esse entendimento no Recurso Especial n. 15.001-9²¹⁹.

Ainda que se acolha a tese da indispensabilidade do parecer do Ministério Público, cabe sustentar-se que o oferecimento de parecer, na 2ª instância, sana sua falta no 1º grau. É o que decorre do princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. É exigência, também, da tese acima sustentada, no sentido de que a nulidade somente deve ser decretada se argüida pelo Ministério Público. Se o órgão ministerial do segundo grau entende que não houve prejuízo e, por isso mesmo, não argúi a nulidade, oferecendo parecer de mérito, atentaria contra o princípio da instrumentalidade a decretação da nulidade, para colher-se o parecer do Ministério Público de 1º grau, como se fossem órgãos de duas instituições diferentes.

2.8.15. Principais conclusões

São as seguintes as principais conclusões da presente obra:

1. Como fiscal da lei, o Ministério Público atua sempre em defesa do interesse público.

218. STJ, 1ª Seção, EREsp 9.279, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 3-12-1991, *RSTJ*, 29/434, janeiro de 1992, ano 4.

219. STJ, 1ª Seção, EREsp 15.002-9, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 14-9-1993.

2. Ao requerer diligências e provas, o Ministério Público age como se fosse parte; ao emitir parecer, atua como se fosse juiz.

3. São preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, mas é ordinatório o prazo para a emissão de parecer.

4. Entendendo ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas apenas determinar sua intimação.

5. A nulidade dos atos anteriores do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, somente deve ser pronunciada se por ele argüida na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de preclusão.

6. Somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir nulidade por falta de sua intervenção no processo, porque tanto lhe cabe decidir sobre a efetiva existência de interesse público quanto examinar se da falta decorreu ou não prejuízo para os altos interesses a que é chamado a defender.

2.9. Intimações

O regime das nulidades por falta ou nulidade de intimação é análogo ao decorrente da falta ou nulidade da citação. Significa isso que, antes de ocorrer manifestação da parte, o juiz pode e deve decretar de ofício a nulidade, verificando que faltou ou foi nulamente feita a citação. Mas incumbe à parte, sob pena de preclusão, alegar a nulidade na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos. Se não argüir a nulidade, já não pode pronunciá-la o juiz.

É que as intimações são feitas para que as partes possam praticar atos processuais ou estar presentes em atos processuais. Todavia, elas são livres, podendo praticá-los ou não praticá-los, comparecer ou não comparecer.

A mesma liberdade tem a parte para argüir ou não a nulidade. Não se sentindo prejudicada pelo ato que deixou de praticar ou por sua ausência em solenidade a que podia comparecer, não há motivo para argüi-la.

Como já se observou, ao se tratar da citação, as demais nulidades, isto é, as que não se vinculam à prática de ato processual da

parte, podem sempre ser decretadas de ofício pelo juiz. Pode ocorrer sanção do vício, mas não por preclusão.

Em qualquer caso, porém, sujeita ou não à preclusão, a nulidade somente deve ser decretada presente o requisito do prejuízo. Se, apesar de tudo, foi atingida a finalidade, não faz sentido o pronunciamento da nulidade.

Examinamos, a seguir, alguns casos de nulidade decorrentes da falta ou nulidade da intimação.

2.9.1. Intimação — Publicação com incorreções

O art. 247 do Código de Processo Civil estabelece que as citações e intimações são nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais. E, regulando a forma da publicação das intimações no órgão oficial, estabelece o art. 236, § 1º, ser indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. Decidiu-se que erro de grafia, insuficiente para impossibilitar a identificação do feito, não acarreta nulidade.

“não provaram os agravantes que nas intimações faltaram ou estavam deficientes os elementos de identificação e individuação, assim como não provaram que na comarca exista um outro advogado com o nome de ‘José Carlos Silva’. Dessa forma, a simples falta da conjunção ‘e’ entre o nome e o sobrenome não impediram, e não impedem, que o advogado e a causa sejam perfeitamente identificáveis. As publicações ditas erradas, vistas às fls. 31 a 34, possuem o mesmo número, a mesma designação da causa e o mesmo nome das partes e do outro advogado que se vê na publicação de fls. 35 que os agravantes dizem correta, faltando apenas o ‘e’ antes do Silva no sobrenome do signatário deste agravo, o que é inteiramente irrelevante para efeito da intimação. Em seu socorro os agravantes citaram julgado coligido por Theotonio Negrão em seu ‘Código de Processo Civil e legislação processual em vigor’. Acontece que tal obra contém além da citação apontada, uma outra, sob n. 9, como segue: — ‘Vale a publicação que, apesar de deficiências não substanciais, atinge a sua finalidade’ (STF — ‘JTACSP’, vol. 55/145). A respeito, confira-se ainda: — ‘Estando o número do processo e o nome das

partes corretamente publicados, pequeno erro de grafia no nome do advogado, em nada dificultaria a identificação da causa, tornando a publicação perfeita'. Outro julgado no mesmo sentido, inclusive invocando decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, mostra que não é motivo de nulidade diferença de grafia como 'Allegretto' e 'Allegretti'. Também o Pleno desta Casa manifestou-se sobre o tema, quando na intimação foi publicado o nome sem o sobrenome do advogado, situação muito mais séria. Desse julgado, destaca-se — 'A propósito, Moniz Aragão, ensina ser essencial que a publicação seja apta a autorizar a identificação, mesmo que a referência não estampe todos os prenomes e o sobrenome completo. O erro de imprensa, que não torne irreconhecível o nome divulgado nem cause confusão entre dois nomes distintos, não constitui causa para a invalidade da publicação' ('Comentários ao Código de Processo Civil', 1ª ed., Forense, vol. II/253)²²⁰.

A hipótese é de nulidade cominada. Entretanto, o próprio art. 236, § 1º, ao se referir a dados "suficientes para identificação", deixa claro que não se decreta a nulidade se o ato atingiu sua finalidade. O acórdão confirma, pois, a doutrina de Aroldo Gonçalves, na parte em que sustenta que não se decreta a nulidade, ainda que cominada, se o ato alcançar a finalidade ou dele não resultar prejuízo. E desautoriza a doutrina de Teresa Wambier, segundo a qual o juiz deve decretar a nulidade de forma sempre que prescrita em lei, sob pena de nulidade.

2.9.2. Intimação — Juntada de documento aos autos

No caso a seguir, tendo-se juntado documento aos autos, expediu-se intimação para "ciência da parte contrária", não para "manifestar-se sobre o documento junto aos autos". Não se decretou a nulidade por falta de prejuízo concreto:

"Pelo seu caráter prejudicial, examina-se a argüição de cerceamento de defesa.

220. 1ª TACSP, 3ª Câ., AgI 498.383-1, Rel. Sílvio Marques, j. 10-3-1992, JTACSP, 137/29.

Rejeita-se a invocativa. O despacho proferido às fls. 358 foi o de 'ciência à parte contrária e ao Ministério Público', e não abertura de prazo para manifestação.

Os autos permaneceram em cartório por três dias, entre a data da intimação, 12.4.94 e da conclusão, 15.4.94, tempo suficiente para a simples ciência da petição juntada.

Os documentos ali juntados, contratos de 1983, 1984, 1985, 1986 e 1987, certidão de processo-crime em andamento contra o autor e jurisprudência do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, em nada influíram na respeitável sentença e, tampouco, alegou o apelante prejuízo concreto decorrente.

Sem prejuízo, não há nulidade, e esse prejuízo deve ser real, não, simplesmente, formal"²²¹.

O art. 398 do CPC estabelece: "Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias". O correto, pois, é intimar-se a parte para falar sobre documento junto aos autos. Não tendo, porém, havido prejuízo, não era mesmo de se pronunciar a nulidade.

A rigor, o prejuízo a considerar seria quanto à prática do ato. Cumpre, porém, admitir que também não há prejuízo quando a parte não pôde se pronunciar sobre documento que de modo algum influiu na decisão. O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Documento exibido sem audiência da parte contrária. Cerceamento de defesa. Não se reconhece a nulidade argüida, se a juntada do documento nenhum gravame acarretou ao litigante"²²².

E, em outro caso:

"O especial se faz pelas alíneas *a* e *c* do autorizativo constitucional. Duas são as razões recursais. Começamos pela alegada violação do princípio do contraditório, pela não-oitiva da parte com a juntada de documento (CPC, art. 398).

221. TJSP, 8ª Câm. de Dir. Públ., AC 2390.171-1, Rel. Walter Theodósio, j. 27-3-1996, *JTJ*, 184/147.

222. STJ, 4ª Turma, REsp 34.152-1, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 20-10-1993, *RSTJ*, 55/225, março de 1994, ano 6.

Senhor Presidente, a jurisprudência se orienta no sentido de que só haverá violação do *due process* no caso de o documento juntado influir diretamente na decisão:

‘Nula se apresenta a decisão, proferida sem audiência da parte contrária sobre documento juntado aos autos, se dela resulta prejuízo, caracterizando-se, em tal contexto, ofensa à norma federal e ao princípio do contraditório, um dos pilares do devido processo legal’ (REsp nº 6.081/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 25/05/92, p. 7398).

‘Processual Civil. Documento. Juntada.

A circunstância de não se ter dado vista à parte contrária para se pronunciar sobre documento, consistente em cópia de acórdão, não acarreta nulidade, posto que em nada influenciou no julgamento’ (REsp nº 3.758-RJ, publicado no DJU de 09/10/90, p. 10895, relato pelo Min. Eduardo Ribeiro).

Examinemos, agora, o caso concreto.

Após a contestação por parte do ora recorrente especial (locatário), a então autora (locadora), ora recorrida, atravessou petição, pedindo a juntada de dois documentos. O primeiro (fls. 28/30), uma cópia de ação consignatória em desfavor dela, onde o consignante (terceiro) diz que tentava pagar condomínio referente ao imóvel, uma vez que o locatário lhe havia vendido o ponto comercial. O segundo documento (fls. 31/33), a contestação à consignatória.

O juiz monocrático não deu vista ao locatário, ora recorrente especial, dos documentos. Em sua sentença, é certo, se referiu a eles:

‘É de ser ressaltado nesta oportunidade que o locatário transferiu o ponto comercial ao Sr. José Manoel Fernandes Soares, conforme se comprova às fls. 28/30 dos autos, sem a devida autorização escrita do locatário (*rectius*: locador), infringindo o contrato existente’ etc.

Senhor Presidente, não obstante tudo isso, tenho para mim que mesmo tendo a sentença se reportado à documentação da qual o recorrente especial não teve vista, não se tem como anular a sentença. É que na petição inicial tal fato já havia sido denunciado:

‘... tomou conhecimento, através de ação de indenização, que José Manoel Fernandes Soares move contra o requerido e outros,

que o mesmo vendera o seu fundo de comércio e transferira, sem a anuência da requerente, a locação, infringindo, inclusive, a cláusula 3ª do contrato de locação firmado’.

Não se pode, pois, falar que a documentação tenha influído diretamente no *decisum*, pois o fato já havia sido deduzido na inicial e não fora arrostado na contestação”²²³.

Em outro caso, tendo-se juntado aos autos documento, sem intimação da ré, abriu-se posteriormente vista às partes (5 dias para cada uma), para fins de razões finais. Embora não houvesse o demandado retirado os autos do cartório, para esse fim, entendeu o tribunal ter ocorrido preclusão.

“A segunda preliminar é a de nulidade do processo, por violação ao art. 398 do Código de Processo Civil.

A doutrina e a jurisprudência sustentam a tese de que haverá nulidade da sentença se a parte contrária não foi ouvida sobre documento juntado após a fase postulatória.

Moacyr Amaral Santos leciona que:

‘Uma das finalidades da audiência da parte contrária é dar-lhe oportunidade de conhecer o mérito do documento, em face dos fatos controvertidos e da relação jurídica litigiosa, propiciando-lhe ocasião para oferecer prova contrária, seja documental ou de outra espécie, esta se em tempo de ser produzida’ (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, p. 253).

Na espécie dos autos, os documentos de fls. 50 *usque* 57 foram carreados ao processo antes da designação da audiência de conciliação (fls. 63/63v) e anterior à audiência de instrução e julgamento (fls. 82 a 86).

Ademais, a apelante compareceu ao processo e não recorreu da alegada nulidade, concretizando-se a preclusão (art. 245 do CPC).

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 1ª Câmara Cível, decidiu hipótese idêntica:

223. STJ, 6ª Turma, REsp 40.072-4, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 14-3-1994, *RSTJ*, 59/374, julho de 1994, ano 6.

‘Contudo, o apelante não alegou a nulidade na primeira oportunidade em que poderia fazê-lo e, por isso, a matéria se tornou preclusa (art. 245 do CPC). Essa primeira oportunidade foi a audiência de instrução e julgamento’ (RJTJESP 61/120).

O Senhor Desembargador Wellington Medeiros — Revisor:

Quanto à arguição de nulidade do processo: inicialmente me inclinei por seu acolhimento, porque efetivamente não consta dos autos que o advogado da Apelante tivesse sido intimado da juntada dos documentos de fls. 50/56. Observei, contudo, que após a juntada desses documentos foi deferida vista dos autos às partes, para razões finais (cinco dias para cada uma, sucessivamente — fls. 81 verso). Consta dos autos que apenas a patrona da Apelada os retirou (fls. 87).

Entendo que, em não exercendo a faculdade de exame dos autos, a Apelante abdicou do direito de examinar todo o processo para elaborar as suas razões finais. Assim, perdeu a oportunidade de impugnar os documentos — e também de alegar oportunamente a falta de sua intimação da juntada daqueles escritos — ensejando a ocorrência da preclusão temporal.

Rejeito também essa preliminar, forte em precedente desta Corte:

‘A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Inteligência do art. 245 do Código de Processo Civil’. (AGI nº 0001522, DJ de 26.06.86, pág. 11575). No mesmo sentido, AGI nº 0004545, DJ de 05.10.94, pág. 12217”²²⁴.

Deixando de retirar os autos do cartório, a parte abriu mão do direito de oferecer razões finais, não do direito de se pronunciar sobre documento junto aos autos, sem que se lhe desse conhecimento dessa circunstância. A nosso ver, não houve, no caso, preclusão.

Para Galeno Lacerda, a preclusão decorre de violação de norma dispositiva. Engana-se, segundo pensamos. Certamente, a parte

224. TJDF, 3ª Turma Cív., AC 44.834/97, Rel. Des. Nívio Gonçalves, j. 1-9-1997.

pode falar ou não falar sobre documento junto aos autos. Sob esse aspecto, apresenta-se a norma como dispositiva. Todavia, é cogente a norma que determina sua intimação, quando junto aos autos documento oferecido pelo adversário. Isso mostra a existência de equívoco na doutrina de Galeno Lacerda. A preclusão não pode decorrer da violação de norma dispositiva, que, enquanto tal, é inviolável; somente pode decorrer da violação de norma cogente que tutele interesse da parte.

Considere-se ou não a hipótese como de nulidade cominada, tem-se de admitir, em tese, a possibilidade de preclusão, sob pena de se permitir que o esperto deixe de alegá-la oportunamente, para se beneficiar com a decretação da nulidade, quando inoportuno. Como já se observou, é cogente a norma que determina a intimação da parte adversa, quanto junto aos autos algum documento. Isso desmerece a doutrina de Galeno Lacerda, que não admite preclusão quando se trate de norma cogente, ainda que visando ao interesse da parte.

2.9.3. Intimação para a sessão de julgamento

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, para a intimação e publicidade do julgamento, é indispensável a inclusão dos nomes do advogado e das partes na pauta. A omissão acarreta a incidência da regra sancionatória do art. 236, § 1º, do CPC. Não vinga o argumento de que a exigência não abriga a hipótese de reexame necessário, uma vez que a falta fere o princípio da publicidade, de plano, causando reconhecível prejuízo ao direito de as partes serem intimadas e ao exercício da ampla defesa.

“Dizer-se que a parte não sofreu prejuízo, *data venia*, é desprezo às obrigações processuais (arts. 547 e segs., CPC).

Junte-se que, seja pela via de previsão legal, ou regimental, no sistema do duplo grau de jurisdição, mesmo no julgamento da remessa oficial, pela via da publicidade, assegura-se ocasião, por exemplo, à atenção aos prazos para eventuais recursos, para sustentação oral ou apresentação de memoriais e à prática de outros atos atinentes à ampla defesa.

Dessa forma, reputa-se que a omissão no cumprimento de expressas exigências tem relevo, certo que as partes e seus advogados

têm direito à intimação para o conhecimento antecipado da data do julgamento, vertendo prejuízo reconhecível de plano.

A jurisprudência, a respeito, tem somido sinfônico e harmonioso:

— ‘Embargos de declaração. Acolhimento. Erro material. Tendo sido incompleta a publicação da pauta de julgamento do recurso extraordinário, com prejuízo para o recorrente, devem ser acolhidos os embargos para anular o julgamento’. (RE nº 109.370-Edcl. — Rel. Ministro Francisco Rezek — in RTJ, 123/257.)

— ‘1. As partes e seus advogados têm o direito à intimação para ciência de quando vai o Tribunal julgar o caso. Se a notícia do julgamento é publicada em órgão oficial para efeito de intimação, deve ela mencionar os nomes das partes e de seus advogados. A omissão do nome do causídico é causa de nulidade absoluta do julgamento em que se configura prejuízo da parte.

2. Recurso extraordinário provido para o fim de anular o acórdão impugnado.’ (RE nº 80.337-RS — Rel. Ministro Antônio Neder — in RTJ, 97/235.)

— ‘Processo civil. Pauta de julgamento. Imprescindibilidade da inclusão do nome dos advogados. Interpretação harmônica dos arts. 236 e 552, CPC.

— Não suprida a irregularidade, anula-se o julgamento se da publicação da pauta de julgamento não constou o nome do advogado da parte.

— Constitui cerceamento e agride o princípio da publicidade a omissão nessa intimação.’ (REsp nº 1.300 — GO — STJ — Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo — in Rev. LEX — v. 6, pp. 169 a 171.)

Quanto ao tema em comento, ainda no mesmo sentido: REsp nº 16.633-0-DF — Rel. Ministro Fontes de Alencar — in Rev. STJ, 26/444; REsp nº 14.696 — Rel. Ministro Waldemar Zveiter — in Rev. STJ, 39/496.

Essa compreensão é prestigiada pelo ínclito Barbosa Moreira, averbando que:

‘Também é nulo o julgamento se na publicação da pauta se omitir o nome de alguma das partes, ou do advogado de qualquer delas. Incide a regra sancionatória do art. 236, § 1º’. (Coments. CPC — Forense, 6ª edição — nº 352, p. 570.)

Inexiste, nos autos, qualquer alusão à presença dos advogados na sessão de julgamento, hipótese que o validaria.

Alinhado à motivação, não vingando o argumento de que, a foco de remessa oficial não se impõem aqueles ordenamentos, prejudicada a apreciação do mérito, destarte, com a anotação de desobediência ao art. 552, CPC, e incidindo a regra sancionatória do art. 236, § 1º, além de manifesta discrepância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, nulo o julgamento, voto provendo o recurso, a fim de que outro seja realizado, com inteira submissão às pertinentes determinações processuais na elaboração e publicação da pauta”²²⁵.

No exame de eventual nulidade, há duas questões que não devem ser confundidas: a primeira, consistente em determinar a existência da norma no sistema jurídico; a segunda, a de verificar, no caso afirmativo, se de sua violação decorreu nulidade. No caso examinado, entendeu o tribunal que, em nosso sistema processual, exige-se a intimação das partes, mesmo em reexame necessário. Respondida afirmativamente a questão e afirmada também a existência de prejuízo, por haver a parte ficado impedida de estar presente à sessão de julgamento, impunha-se a decretação da nulidade.

Em outro caso, interposto recurso adesivo, sem que dele fosse intimado o recorrido para o oferecimento de suas razões, subiram os autos à instância superior, que negou provimento à apelação e proveu, em parte, o recurso adesivo. A nulidade foi argüida em embargos declaratórios, que foram providos com decretação da nulidade do acórdão.

“Viação Riacho Grande Ltda. interpõe os presentes embargos declaratórios ao acórdão lavrado na Apelação Cível nº 40.265/96, argüindo, preliminarmente, a nulidade absoluta do referido acórdão tendo em vista a ausência de intimação da Embargante para oferecimento de contra-razões no recurso adesivo interposto pela Embargada (fls. 17).

225. STJ, 1ª Turma, RMS 5.128-5-PA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 22-3-1995, *RJTJMG*, 132/133/493, abril a setembro de 1995, ano 46.

Com efeito, a Embargada interpôs recurso adesivo de apelação (fls. 170/172) e o MM. Juiz de primeira instância deixou de intimar a Embargante para ofertar contra-razões a esse recurso (fls. 173).

Ora, segundo o disposto no parágrafo único do art. 500 do Código de Processo Civil, o processamento do recurso adesivo é o mesmo do recurso principal. Nesse passo, de acordo com o art. 518 desse estatuto processual, deve o Magistrado, após o seu recebimento, abrir vista ao recorrido a fim de que esse possa oferecer contra-razões.

Esse, inclusive, é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que, em casos semelhantes, assim se expressaram:

‘Ementa: Processual Civil. Recurso adesivo. Admissibilidade e processamento. — O recurso adesivo está sujeito ao exame das mesmas condições de admissibilidade e preparo a que subordinado o recurso a que adere’ (STJ — REsp 0026010/92, 4ª Turma, DJ 28.03.94, Rel. Min. Dias Trindade).

Ementa: ‘Processo Civil. Recurso adesivo. Direito a resposta. Afronta ao art. 500 do CPC. Decisão que posterga o direito da parte a resposta de recurso adesivo. Decisão: Por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e lhe dar provimento’ (STJ — REsp 0025726/92 — 3ª Turma, DJ 16.11.92, Rel. Min. Cláudio Santos).

Ementa: ‘Processo Civil. Apelação. Recurso adesivo. Intimação para contra-razões. Ausência. Nulidade. Recurso provido. Interposto recurso adesivo, impõe-se intimar a parte nele recorrida para oferecimento de contra-razões. Decisão: por unanimidade, dar provimento ao recurso. Veja: RTJ-91.1094’ (STJ — REsp 0024250/92, 4ª Turma, DJ 20.09.93, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Ementa: ‘Apelação. Recurso adesivo. Abertura de vista para resposta do recorrido constitui formalidade essencial. Inteligência dos arts. 500, 508 e 518 do CPC. (...)’ (STJ — RE 89566, 2ª Turma, DJ 19.02.79, Rel. Min. Djaci Falcão).

In casu, houve grave violação ao princípio do contraditório, acarretando prejuízo ao Embargante (Viação Riacho Grande Ltda.), pois, sem que lhe fosse dada oportunidade para oferecer contraminuta, os apelos foram julgados, sendo que ao recurso do Embar-

gante foi negado provimento e ao recurso adesivo interposto pela Embargada (Maria Vianey de Oliveira Ribeiro) foi dado provimento parcial (fls. 178/184).

Em face do exposto, dou provimento aos Embargos Declaratórios para decretar a nulidade do v. aresto recorrido a fim de que haja novo julgamento dos apelos após a intimação do Embargante para ofertar contra-razões ao recurso adesivo interposto a fls. 170/172”²²⁶.

Ocorreu, no caso, violação dos arts. 500 e 518 do Código de Processo Civil, combinados (vista ao recorrido para responder).

Não se esclarece, no acórdão, se o embargado foi intimado para o julgamento desses embargos declaratórios com efeitos rescindentes. No caso negativo, esse próprio julgamento poderia ter sua nulidade pronunciada, por desrespeito ao mesmo princípio que levou à decretação da nulidade do acórdão embargado.

Também não se esclarece se, na intimação para o julgamento, constou, como era de rigor, a existência de recurso adesivo, o que é relevante porque, no caso afirmativo, o embargante teria tido, como primeira oportunidade para alegar a nulidade, a da sustentação oral, por ocasião do julgamento.

A preclusão impede eventual “esperteza processual”: ciente a parte da nulidade, fica silente, à espera do julgamento, argüindo a nulidade depois, conforme o resultado do julgamento, isto é, se vencida.

O acórdão que segue decretou, em embargos de declaração, a nulidade do julgamento embargado, por não haver constado da intimação o nome do advogado. Foi determinada a renovação do julgamento.

“Julgado procedente pedido de intervenção estadual no Município de Guaratinguetá (fls. 123/126), oferece a Prefeitura Municipal embargos declaratórios (fls. 141/147) sustentando (a) omissão no julgado relativo à data em que o precatório foi apresentado na Secretaria deste Egrégio Tribunal, (b) necessidade da juntada dos

226. TJDF, 2ª Câ. Cív., ED na AC 40.265/96, Rel. Hermenegildo Gonçalves, j. 17-3-1997.

acórdãos em que se apoiou o julgado embargado e (c) nulidade do julgamento por vício na publicação e intimação de sua pauta, omissa quanto ao nome do Procurador do Município.

A Secretaria prestou informações sobre a alegada nulidade da publicação e intimação da pauta de julgamento (fls. 158-159).

É o relatório.

O acórdão embargado foi, por decisão do Excelentíssimo Desembargador Presidente desta Corte (fls. 139), que considerou irrita sua publicação em relação à ora embargante por não ter consignado o nome do Procurador municipal que atua no processo, novamente publicado na imprensa oficial. Os embargos, considerando-se a republicação do julgado, são tempestivos.

Merecem eles acolhimento pela alegada eiva insanável ocorrida na publicação e intimação da pauta de julgamento, omissa em relação ao nome do Procurador do Município.

A informação prestada pelos serventuários (fls. 158) e a reprografia da página do Diário Oficial que publicou a pauta de julgamento (fls. 159) atestam tal mácula.

Ausentes as causas permissivas dos embargos declaratórios, a saber, obscuridade, contradição ou omissão do acórdão (Código de Processo Civil, artigo 535), não se prestariam eles, a rigor, a sanar vício de intimação ocorrido antes do julgamento. Os pretórios, porém, têm, excepcionalmente, admitido tais embargos com maior amplitude para corrigir erros materiais evidentes, entre eles a publicação da pauta para julgamento sem a menção do nome do Advogado.

Theotonio Negrão, a propósito, colaciona julgado nesse sentido: ‘omitido da pauta o nome de advogado do apelante, recebem-se os embargos para cancelar o julgamento, de modo que outro seja realizado com obediência às normas processuais’ (Tribunal Federal de Recursos, Primeira Turma, Apelação em Mandado de Segurança n. 104.105-RJ, Embargos de Declaração, Relator Ministro Dias Trindade, julgado em 21.10.86, conheceram do requerimento como embargos declaratórios e anularam o julgamento da apelação, votação unânime, ‘DJU’ de 12.2.87, pág. 1396, 2ª col., em.)’ (in ‘Código de Processo Civil e legislação processual em vigor’, 28ª ed., 1997, pág. 428).

Há, nesse sentido, precedentes da Suprema Corte:

‘Embargos de declaração. Acolhimento. Erro material. Tendo sido incompleta a publicação da pauta de julgamento do recurso extraordinário, com prejuízo para o recorrente, devem ser acolhidos os embargos para anular o julgamento’ (Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 109.370, Relator Ministro Francisco Rezek, *in* ‘RTJ’, vol. 123/257; ver também Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 99.431-9, Relator Ministro Djaci Falcão, *in* DJU de 9.9.83); e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: ‘Processual Civil — Recurso especial — Pauta de julgamento — Código de Processo Civil, artigos 236, § 1º, e 552. 1. Para a intimação e publicidade do julgamento é indispensável a correta inclusão dos nomes dos advogados e das partes na pauta. A omissão atrai a incidência da regra sancionatória do artigo 236, § 1º, do Código de Processo Civil. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Embargos acolhidos para reconhecer a nulidade do julgamento realizado’ (Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 32.275-7-RJ, Relator Ministro Milton Luiz Pereira).

O acolhimento dos embargos para cancelar o julgado embargado, por vício na publicação e na intimação da pauta de julgamento, prejudica a apreciação dos outros fundamentos alegados pela embargante.

Ante o exposto, acolho os embargos para, reconhecendo a nulidade do julgado embargado, determinar outro julgamento com regular publicação e intimação da pauta”²²⁷.

Em princípio, os embargos de declaração não servem à decretação da nulidade do julgado. Parece-nos que, admitida a possibilidade, haverá preclusão, a excluir o cabimento de rescisória para anulação do julgamento por falta de intimação.

2.9.4. Intimação da sentença — Preclusão

A omissão de intimação deve ser alegada pela parte, na primeira oportunidade em que lhe cabe falar nos autos. Ocorre preclusão

227. TJSP, Órgão Especial, ED 27.980-0, Rel. Luís de Macedo, j. 10-9-1997, JTJ, 199/137.

se posteriores intimações deixam certo que a parte tomou conhecimento da intimação omitida, nada alegando. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo Civil. Intimação pela Imprensa. Ausência do Nome do novo patrono da Parte. Quatro intimações posteriormente endereçadas à parte adversa. Constância nessas publicações dos nomes corretos de ambas as partes e de seus patronos. Suscitação da nulidade pela recorrente apenas quando publicada intimação comum às duas partes. Preclusão. Art. 245, CPC. Peculiaridades do caso concreto. Processo como instrumento ético. Recurso desacolhido”²²⁸.

O notável, no caso acima, é que as intimações posteriores, que determinaram a preclusão, tinham por destinatário a parte adversa.

2.10. Atos e fatos das partes

2.10.1. Os impedimentos e as exceções processuais

Segundo Galeno Lacerda, são pressupostos processuais extrínsecos à relação processual a convenção de arbitragem, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a caução e o depósito prévio das custas.

A perempção, a litispendência e a coisa julgada constituem impedimentos processuais. A exigência de caução e de pagamento de despesas de ação anterior constituem exceções processuais.

Estabelece o art. 267, VII, do CPC (com a redação da Lei n. 9.307, de 23-9-1996) que o processo se extingue, sem julgamento de mérito, pela convenção de arbitragem. Tem-se, aí, hipótese, não de pressuposto processual, mas de exceção processual, porque se trata de defesa de que o juiz não pode conhecer de ofício.

Nos termos da Lei n. 9.307, de 23-9-1996, a convenção de arbitragem compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º). Cláusula compromissória é a convenção pela qual

228. STJ, 4ª Turma, REsp 65.906, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25-11-1997, *Lex — Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 107/119.

as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato (art. 4º). O compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 8º).

A cláusula compromissória é *promessa de contrato*. O compromisso, que deve atender ao disposto no art. 10 da Lei de Arbitragem, é *contrato*.

Havendo as partes optado por solução extrajudicial do litígio, o juiz extingue o processo. Apresenta-se, assim, a convenção de arbitragem como um obstáculo ao prosseguimento do processo. Trata-se, porém, de matéria que depende de alegação da parte (CPC, art. 301, § 4º), sujeitando-se, pois, à preclusão.

Ocorre perempção no caso do art. 268, parágrafo único, do CPC, isto é, havendo o autor dado causa, por três vezes, à extinção do processo, por abandono da causa, não poderá renovar sua ação contra o réu, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

“A perempção não extingue o direito material objeto do processo em que se deu o desfazimento da relação processual. E nisso ela se distingue da decadência. Nem alcança, também, a pretensão de direito material, como ocorre com a prescrição. Ela obsta o exercício da pretensão à prestação da atividade jurisdicional do Estado (ação). Por isso mesmo é suscetível de ser conhecida de ofício, independentemente de provocação do interessado. E também, por esse mesmo motivo, subsistem o direito e a pretensão de natureza substancial, oponíveis como defesa” (José Joaquim Calmon de Passos)²²⁹.

Há litispendência quando se repete ação que está em curso (CPC, art. 301, § 3º).

Tanto a perempção quanto a litispendência configuram impedimento à continuação do processo. Embora o Código autorize o juiz a decretar, de ofício, a extinção do processo, em ambos os casos (art. 301, § 4º), não cabe ação rescisória, vindo a ser não obstante

229. *Comentários*, cit., v. III, p. 263.

proferida sentença de mérito (CPC, art. 485, IV, *a contrario sensu*). Nem, à evidência, caberá decretar-se, em outro processo, a nulidade da sentença proferida. Tem-se, aí, duas hipóteses em que a preclusão decorre do trânsito em julgado da sentença.

Diferentemente, a existência de coisa julgada não só constitui motivo para a decretação da extinção do processo, quanto motivo para a rescisão da sentença de mérito que eventualmente venha a ser proferida, por força do art. 485, IV, do CPC.

Havendo o juiz decretado a extinção do processo sem julgamento de mérito, o autor não poderá renovar a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários em que foi condenado (CPC, art. 28), e o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, deverá prestar, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento (CPC, art. 835).

A caução, depósito ou pagamento de custas e honorários constituem exceções processuais. Exige-se alegação da parte, sob pena de preclusão. Nada alegando a parte, é inatacável a sentença de mérito que venha a ser proferida.

Constituído o processo com seus pressupostos subjetivos, objetivos, formais e extrínsecos, desenvolve-se ele com atos concatenados das partes e do juiz, eventualmente com vícios autorizados da decretação de sua nulidade. É o tema tratado a seguir.

2.10.2. Morte de uma das partes

Os arts. 265 e 266 do Código de Processo Civil estabelecem que o processo se suspende por morte de qualquer das partes, sendo defesa a prática de atos processuais durante a suspensão.

No caso que segue, o processo teve prosseguimento. Mas o tribunal não pronunciou a nulidade, por não haver o fato sido alegado na primeira oportunidade e por ausência de prejuízo.

“Nulidade — Inocorrência — Não suspensão do feito em decorrência do falecimento do réu — Fato não alegado na primeira oportunidade em que possível — Inteligência do artigo 245 do Có-

digo de Processo Civil — Preclusão — Ausência, ademais, de prejuízo ao espólio apelante — Preliminar rejeitada.

Por amor à lógica processual, aprecia-se, em primeiro lugar, a arguição de nulidade do processo fundamentada na alegação de que, no caso vertente, em face do falecimento de Élio Raineri, ocorrido em 25.9.93 —, fato do conhecimento do Meritíssimo Juiz para quem os autos estavam conclusos —, deveria ter sido ordenada a suspensão do processo, a teor dos artigos 265, inciso I, e 266, ambos do Código de Processo Civil.

Não ocorre a apontada nulidade.

O processo foi à conclusão do eminente Magistrado *a quo* em 23.7.93 (fls. 878), tendo ele proferido despacho cujo parágrafo final assim foi redigido: ‘assim, sem outros requerimentos, e apensando-se a estes os autos da cautelar, venham os autos conclusos para decisão’. Este despacho foi publicado no ‘Diário Oficial’ de 16.8.93 (fls. 878 v.).

Em 14.12.93 foi proferida a respeitável sentença de fls. 880/890, que foi publicada no ‘Diário Oficial de São Paulo’, em 22.12.93 (fls. 891).

No dia 27.12.93 foram oferecidos embargos de declaração contra a sentença de Primeiro Grau, figurando como embargantes ‘Élio Raineri e outros’ (fls. 892) anotando-se que o Advogado Dirceu Bastazini foi quem assinou a inicial do recurso aclaratório (fls. 893).

Nenhuma notícia há nos autos do falecimento de Élio Raineri.

A nulidade invocada agora no apelo não foi suscitada na primeira oportunidade em que o apelante falou nos autos, mercê do que, a teor do artigo 245 do Código de Processo Civil, ficou ela preclusa.

Além disso, constata-se que nenhum prejuízo suportou o apelante, agora espólio, com a não suspensão do processo, pois, o digno sentenciante não praticou qualquer ato no período de tempo em que o feito foi levado à conclusão e a publicação da sentença recorrida.

Incide, portanto, a velha parêmia: *pas de nullité sans grief*, pois, o espólio-apelante não suportou qualquer prejuízo.

Anote-se ainda que, no caso, trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário unitário, onde a sentença deverá decidir uniformemente a lide em relação aos litisconsortes. Assim, estando todos os demais litisconsortes presentes no processo, regularmente representados, jamais haveria a possibilidade do espólio-apelante vir a suportar qualquer prejuízo derivado da não suspensão do feito.

Não bastasse isto, de se ressaltar que seria de nenhuma utilidade de prática a anulação do processo e o seu retorno ao Primeiro Grau, apenas para se regularizar a representação processual do espólio-apelante, pois, isto já foi providenciado, conforme procuração de fls. 938, outorgada pelo inventariante do espólio-apelante ao mesmo Advogado que já representava os interesses do *de cujus*.

Afasta-se, dessarte, a preliminar de nulidade do processo, invocada com supedâneo nos artigos 265, inciso I, e 266, ambos do Código de Processo Civil²³⁰.

Evidentemente, a parte que falece não pode alegar a nulidade na primeira oportunidade em que fala nos autos. Com a morte, extingue-se o mandato. Não havia, pois, que se falar em preclusão. Cabível, porém, a argumentação fundada na ausência de prejuízo.

2.10.3. Morte e ação intransmissível

O art. 267, IX, do Código de Processo Civil estabelece que o processo se extingue, sem julgamento de mérito, quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal.

Intransmissível é a ação de divórcio. Assim, a morte de uma das partes, ainda que na pendência de recurso especial ou extraordinário, extingue o processo, o que pode ter enorme repercussão, no que diz respeito à transmissão de bens por herança, não tendo o falecido descendentes ou ascendentes.

Assim, decidiu-se que, ocorrendo a morte de um dos cônjuges, antes de transitar em julgado o acórdão que decretou o divór-

230. TJSP, 16ª Câ. Civ., AC 247.458-2, Rel. Pereira Calças, j. 20-12-1994.

cio, extingue-se o processo, sendo nulos embargos de declaração interpostos em nome do falecido e inaplicável o art. 1.308 do Código Civil.

“O divórcio só tem eficácia quando a sentença ou acórdão que o tenham decretado sejam irrecorríveis, isto é, hajam transitado em julgado. Neste sentido o artigo 32 da Lei n. 6.515, de 26.12.77: a sentença do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no registro público competente. Para a averbação da sentença de nulidade e anulação de casamento, bem como de desquite, será exigido o trânsito em julgado (artigo 100, *caput*, da Lei dos Registros Públicos); a falta de menção ao divórcio se explica por sua inexistência no Direito brasileiro ao ser promulgada a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.73), mas é evidente que o preceito a ele se aplica, pela finalidade que dele se extrai de evitar a provisoriedade de uma situação tão relevante, como a que dissolve a sociedade conjugal, e, por maior razão, a que dissolve o próprio vínculo do casamento. Aliás, seria muito estranho que o legislador exigisse o trânsito em julgado da sentença para alterações no registro imobiliário (artigos 250, inciso I, e 250 da Lei dos Registros Públicos) mas não o exigisse para alteração do estado civil das pessoas.

Ora, se o trânsito em julgado é imprescindível para o divórcio ser eficaz, enquanto não transitado em julgado o acórdão que tenha proferido, deve o Tribunal, por seu órgão competente, decidir sobre os incidentes vinculados aos recursos eventualmente oponíveis ao julgado. Assim, se estava em curso prazo para a interposição de recurso especial, cabia ao Tribunal resolver se o processo estava ou não extinto pela morte de uma das partes, pois, em caso positivo, inexistiria interesse na interposição do recurso. Não podia a matéria ser devolvida ao juiz de primeiro grau, perante quem não teria processamento o recurso. Segundo os artigos 26 e 27 da Lei n. 8.038, de 28.5.90, então vigente, o recurso especial se processava perante o Tribunal prolator do acórdão recorrido, o que continua sob a vigência da Lei n. 8.950, de 13.12.94 (v. artigos 541 e 542 do Código de Processo Civil).

No entanto, o que não havia era a possibilidade de, morto o promovente da ação, serem opostos embargos de declaração em seu

nome, pois é inaplicável ao caso o artigo 1.308 do Código Civil. Morta a parte, não há ato a ser concluído em nome dela no processo: ou o processo é suspenso, para a substituição processual (artigo 265, inciso I, c.c. os artigos 43 e 1.055, todos do Código de Processo Civil), ou, sendo intransmissível a ação, decreta-se a sua extinção (artigo 267, IX, do Código de Processo Civil). Aplicáveis, pois, os dispositivos da lei processual, específica, e não do direito comum, concernente aos negócios jurídicos do mandante. Além disso, morto o autor, intransmissível a ação, nenhum sucessor dele tem interesse no seu prosseguimento. Nem se diga que, proferido o acórdão, inviabiliza-se a extinção da ação, porque já houve apreciação do mérito. Tal apreciação ainda não se tornara imutável, ainda pendia de recurso. A extinção do processo será, então, prejudicial da decisão de mérito, a qual será como se não tivesse existido. Como não existe processo sem parte e como não pode ser parte quem está morto (v. artigos 3º, 7º, 12, inciso V, 214, 265, inciso I, e 267, inciso IX, do Código de Processo Civil), seria impossível a parte sobrevivente recorrer do venerando acórdão, pois inexistiria a outra parte.

Note-se que se a intimação do venerando acórdão foi feita em 27.6.94, como já referido, a extinção do processo, mesmo que o prazo tivesse seu curso com a morte do autor, foi decretada no curso do prazo para o recurso especial ou para o recurso extraordinário (artigo 26, *caput*, da Lei n. 8.038, de 1990, então aplicável), pois foi proferido em 19.7.94 (fls. 36), sabido que ação de divórcio não corre nas férias (artigo 173 do Código de Processo Civil) e que é de férias na Segunda Instância da Justiça Comum paulista o período de 2 a 31 de junho (Lei Complementar Estadual n. 701, de 15.12.92).

Finalmente, embora não caiba mandado de segurança quando haja recurso previsto nas leis processuais (artigos 5º, inciso II, da Lei n. 1.533, de 31.12.51, e 267 do Código de Processo Civil), a regra não é absoluta. Se os embargos foram opostos por quem não mais existia, sequer pode-se dizer que os embargos existiram: existiram como aparência de embargos mas não como recurso processualmente válido. Tal como a sentença proferida por quem se diz Juiz sem o ser inexistente do ponto de vista de sua validade processual, embora possa existir como aparência de sentença, também inexistente o recurso interposto em nome de quem não pode mais ser parte.

Além disso, como já foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cabe mandado de segurança contra ato judicial, independentemente do recurso cabível, se evidente a ilegalidade ou o abuso de poder (*in* Theotonio Negrão, ob. cit., terceiro parágrafo da nota 15 ao artigo 5º da Lei n. 1.533, de 31.12.51). É a interpretação que melhor se conforma ao artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República. Quanto à Súmula n. 268 do Supremo Tribunal Federal, evidente sua inaplicabilidade ao caso, pois é impossível transitar em julgado acórdão se a parte morre no curso (no caso, morreu antes de iniciar-se o curso) do prazo para recorrer (v. dispositivos processuais já referidos, especialmente os artigos 265, inciso I, e 267, inciso IX, do Código de Processo Civil).

Por conseguinte, concedo a segurança e o faço para decretar a nulidade da respeitável decisão que recebeu os embargos declaratórios e reformou a respeitável decisão anterior que decretara a extinção do processo, a qual, por decorrência, fica restabelecida. Incabível condenação em honorários advocatícios (Súmula n. 512 do Supremo Tribunal Federal). Custas na forma da lei”²³¹.

2.10.4. Morte do procurador da parte

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Embargos à execução. Suspensão do processo. Morte do procurador da parte. A instantaneidade da suspensão do processo decorre mesmo da morte do advogado da parte. Recurso especial atendido. Maioria.

.....
VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Em seu recurso especial ressaltam os recorrentes que

‘O advogado do réu (Espólio de Knud Holger Vils), nos autos da ação ordinária, cuja execução foi embargada pelos recorrentes,

231. TJSP, 1ª Grupo de Câmaras Cíveis, MS 244.4312-1, Rel. Mattos Faria, j. 27-6-1995. Segurança concedida, *JTJ*, 176/239.

sucessores do mesmo naqueles autos, faleceu em 11 de maio de 1990, conforme faz prova o atestado de óbito acostado às fls. 14 dos autos. Portanto, cabia ao Juiz daquele processo, em cumprimento ao que determina o dispositivo legal *supra*, suspender o feito, intimando o réu para que constituísse novo procurador. Convém frisar que os réus naquele processo, na época do falecimento, não eram os ora recorrentes, mas sim o espólio de seu pai. Isso não ocorreu pois o Juiz não foi comunicado e o processo continuou trazendo enormes prejuízos aos recorrentes, herdeiros do réu.

Com o início do processo de execução, quando os recorrentes tomaram ciência da situação em que se encontravam, os mesmos, nos embargos à execução, momento processual apropriado para alegar a inexigibilidade do título (vide Liebman, citação às fls. 8 dos autos), posto que a sentença é nula de pleno direito, segundo o que determina o inciso II do artigo 741 do CPC, foi comunicado o Juiz do falecimento e requerida assim a decretação da nulidade dos atos ocorridos após a morte do advogado uma vez que o feito deveria ter sido suspenso como manda a lei processual aplicável à espécie' (fls. 99 a 100). Assiste razão aos recorrentes no sentido de que a morte do único advogado da parte suspende o processo a partir do instante mesmo da ocorrência geradora da suspensão, comunicado, ou não, o fato ao Juiz.

Com propriedade assevera o Processualista Moniz Aragão sobre o tema:

‘O Código de 1939, em sua letra, aparentava subordinar a suspensão ao despacho do juiz, após lhe haver sido denunciado o fato, com o que seria tal despacho constitutivo.

Mas há aí, ao que tudo indica, um equívoco: o juiz não suspende o processo, declara-o suspenso; a causa não está no despacho e sim no fato gerador da suspensão. O ato do juiz não tem efeito constitutivo mas declarativo; logo, retroage ao momento em que ocorrera o fato gerador.

Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 180, que prevê a suspensão do curso do prazo, ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, n^{os} I e III, sem falar no despacho do juiz, cuja demora não pode ter o condão de invalidar o preceito legal.

A suspensão tem início, portanto, a partir do exato momento em que o fato ocorre, a despeito de somente mais tarde o juiz vir a ter conhecimento dele e declarar suspenso o processo, despacho de efeitos evidentemente retroativos' (*In Com. ao CPC, Forense*, pág. 404, 1ª edição).

Ao apreciar o REsp 10.271-SP, caso semelhante, assim se pronunciou o Ministro Barros Monteiro, seu relator:

'Consoante a lei processual civil, a morte do procurador da parte acarreta a suspensão do processo (art. 265, nº I), em cujo período é defeso praticar qualquer ato processual, salvo a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (artigo 266).

A suspensão do feito tem início a partir do momento em que o fato ocorre, a despeito de somente mais tarde vir o Juiz a tomar conhecimento dele. A declaração de suspensão, portanto, tal como sustentam os ora recorrentes, opera-se *ex tunc*. Nesse sentido a jurisprudência francamente majoritária de nossos pretórios: Rev. dos Trib. 585/141; 571/138; 596/138; 597/136 e 606/90; Rev. de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo 84/160; JTACSP 71/25; 94/265; 95/427; 88/97; extinto TFR: Ag nº 41.291-RJ, Rel. Min. Gueiros Leite; STJ: Ag nº 3.398SP, Rel. Min. Gueiros Leite. Vale lembrar que, recente julgamento desta eg. Turma, acabou prevalecendo idêntica diretriz (REsp nº 8.609-PR, Relator Min. Athos Carneiro).

Assim também o ensinamento da doutrina. Para o Prof. José Frederico Marques:

'A suspensão resultante de fatos ou acontecimentos físicos tem início desde o momento em que se dá a ocorrência do fato. Isto posto, o ato do Juiz que venha a suspender o processo tem efeito *ex tunc*' ('Manual de Direito Processual Civil', vol. 3, pág. 98, ed. 1975).

Segundo escólio de Hélio Tornaghi: 'a suspensão decorre do fato apontado (morte, incapacitação, convenção das partes, etc.); o despacho se limita a tornar certa a ocorrência do fato e opera desde a data dele (*ex tunc*)' ('Comentários ao Código de Processo Civil', vol. 2, pág. 321, ed. 1975).

O falecimento do advogado acha-se, sem dúvida, vinculado ao princípio do contraditório: o litigante, cujo procurador morre, permanece em verdade indefeso nos autos.

Tenho que, da maneira como decidi, o Acórdão recorrido realmente contrariou o disposto nos arts. 265, I, e 266, da lei instrumental civil’.

O acórdão resultante do julgamento do REsp aludido tem a rematá-lo a seguinte suma:

‘Inventário. Suspensão do processo. Falecimento do único procurador do inventariante.

Com o falecimento do advogado, a suspensão do processo tem início desde o momento em que ocorre o fato, a despeito de somente mais tarde vir o Juiz a tomar dele conhecimento. Possibilidade de postulação da nulidade da decisão homologatória da partilha, independentemente da interposição de recurso, em se cuidando de inventário, com todos os interessados maiores e acordes no pedido.

Recurso especial conhecido e provido’.

Participei do precedente desta Turma, e o fiz divergindo do seu eminente relator, não por haver tese discorde da sustentada por sua Exa., mas por cuidar, na boa companhia do emérito Ministro Athos Carneiro, como assentado em seu voto, que

‘não obstante ambos os atos processuais posteriores à causa de suspensão do processo, e assim, em tese, nula igualmente a sentença que venha a ser proferida no processo suspenso, entendo que dita nulidade não deve ser declarada, ou decretada, mediante singela *imploratio officii iudicis*’.

O que ontem impediu-me de acompanhar a conclusão do douto voto do Ministro Barros Monteiro, hoje não se apresenta, pois que na hipótese vertente as decisões das instâncias ordinárias foram adotadas em embargos à execução fundada em sentença.

Em assim sendo, tenho como violado o art. 265, I, do Código de Processo Civil, dado que a instantaneidade da suspensão do processo decorre da mesma morte do advogado da parte. O recurso não logra firmar-se sob o prisma do dissídio jurisprudencial, porquanto os paradigmas foram colacionados através de ementas e estas não servem para demonstração do dissenso pretoriano.

Isto posto, conheço do recurso pela violação à lei federal e lhedou provimento, para anular o processo a partir da morte do patrono dos recorrentes.

VOTO VISTA (vencido)

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: A sentença que se está executando não é inexistente, como se contivesse vício de 'tal natureza e gravidade que, independentemente de declaração judicial, em ação ou em defesa, não produz qualquer efeito material ou processual' (Luiz Eulálio Vidigal, Comentários ao CPC, RT, VI/36), nem é nula *ipso jure*, quando há 'falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia', caso de *querela nullitatis insanabilis*, que a 'doutrina não poderia excluir dos embargos do devedor' (Pontes de Miranda, Comentários ao CPC, XI, 90/93). É apenas uma sentença afetada de vício porque proferida num processo onde se alegou existir nulidade por cerceamento de defesa da parte que ficou sem procurador nos autos. Nesse, como em muitos outros casos, 'a sentença cobre a nulidade, mas permanece rescindível', na explicação do mesmo Pontes de Miranda. Sendo assim, não é alegável nos embargos como o fora em tempos anteriores à codificação da legislação processual no Brasil. *De lege ferenda*, não saberia dizer de pronto qual o melhor sistema, mas a verdade é que a regra hoje vigente significou clara opção do legislador pela permanência das sentenças, privilegiando a segurança jurídica.

Isto posto, peço vênia respeitosa para considerar que o tema não poderia ter sido utilmente invocado nos embargos do devedor; logo, o acórdão que os rejeitou não causou ofensa à lei. Vencido nesta questão, de qualquer forma não conheço do recurso porque o recorrente não fez nenhuma prova do que alega, a não ser o fato da morte de quem diz ter sido seu procurador; muito especialmente, não demonstrou o prejuízo sofrido.

Não conheço²³².

O acórdão acima contém importante lição, ao afirmar a automaticidade da suspensão do processo, por morte do procurador

232. STJ, 3ª Turma, REsp 49.307-2, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 13-9-1994, RSTJ, 73/363, setembro de 1995, ano 7.

da parte, ainda que ignorada pelo juiz. A nulidade dos atos subsequentes é consequência lógica dessa doutrina, que atende ao princípio do contraditório.

Mais importante ainda é a circunstância de haver a nulidade sido decretada em embargos à execução, dispensada a propositura de ação rescisória. A hipótese pode ser equiparada à de falta de citação. O comparecimento sanaria a nulidade. Não tendo havido o comparecimento, proferiu-se sentença nula.

2.10.5. Constitui mera irregularidade estar o advogado inscrito em outra seção

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Advogado. Inscrição em outra seção. Falta de comunicação. A ausência da comunicação prescrita no § 2º do art. 56 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não acarreta a nulidade prevista no art. 76 da mesma lei, nem qualquer prejuízo para a parte, configurando-se apenas mera irregularidade, cujo saneamento cabe à própria Ordem²³³.

A referência constante do acórdão é ao art. 56, § 2º, do antigo Estatuto (Lei n. 4.215/63): “Constitui condição de legitimidade do exercício temporário da advocacia em outra Seção a comunicação ao presidente desta do ingresso em juízo, com a indicação: a) do nome e endereço do constituinte e da parte contrária; b) da natureza da causa; c) do cartório e instância em que corre o processo; d) do endereço permanente do advogado”.

O novo Estatuto (Lei n. 8.906/94) exige inscrição suplementar no Conselho Seccional em cujo território passe a exercer *habitualmente* a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.

Seja como for, não seria razoável punir-se a parte por desobediência do advogado ao estatuto de sua profissão.

233. STJ, 3ª Turma, REsp 6.168, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 10-12-1990, RSTJ, 24/422, agosto de 1991, ano 3.

2.10.6. É sanável, na instância ordinária, a nulidade de recurso, por falta de procuração

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, que, na instância ordinária, não apresentando o signatário do recurso o instrumento do mandato, deve o juiz marcar prazo razoável para o suprimento da falta, por aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil:

“RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, por sua 6ª Câmara Civil, não conheceu, por maioria de votos, da apelação do Banco do Estado de Minas Gerais S.A., faltando ao procurador instrumento de mandato. O voto vencido baixava os autos em diligência, para que o defeito fosse sanado, a teor do art. 13 do Cód. de Pr. Civil. Em embargos infringentes, tal recurso foi recebido (...).

2. Inconformada, Indústria e Comércio de Móveis Soberana Ltda. interpôs recurso especial, que a 4ª Turma deste Tribunal conheceu e proveu, pelo voto do Sr. Ministro Fontes de Alencar (...).

3. O Banco do Estado de Minas Gerais apresentou embargos de divergência (...).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): (...).

3. Conhecendo dos embargos, rejeito-os no entanto, reportando-me ao voto, deduzido em rápidas palavras, vencido, que proferi no REsp 5.392, nesses termos:

‘Provi o agravo de instrumento, para a subida dos autos principais, porque tinha lembrança de, na 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, ter assistido à aplicação, em caso assemelhado, do art. 13. Ocorre, no entanto, que, no espaço de tempo entre o despacho no agravo e a subida dos autos, a 3ª Turma deste Tribunal adotou orientação que deixei assim resumida na ementa do REsp 3.190: ‘Advocacia. Instrumento de mandato. Inexistência. 1. Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo. 2. É havido por inexistente o recurso assinado por advogado que não

apresentou instrumento de mandato. 3. Recurso especial não conhecido'. Trata-se de princípio aplicável ao caso em foco: se inexistente o recurso assinado por advogado que não apresentou instrumento de mandato, o mesmo há de se dizer de petição inicial, em igualdade de circunstâncias. Creio, pois, irretocável o acórdão recorrido (...)'.

O Sr. Ministro Athos Carneiro: Reconsiderando a posição que adotei, sem fundamentá-la, no aresto embargado, rogo vênha para conhecer dos embargos e acolhê-los. Sou totalmente infenso à decretação de nulidades, sem antes conceder à parte — que aliás não deve inexorável e inapelavelmente responder pelos erros procedimentais de seu advogado — a oportunidade de sanar as nulidades sanáveis, de corrigir as irregularidades passíveis de correção.

Tenho por mui judiciosos os argumentos expendidos pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Vicente de Paulo Saraiva, cuja parte final apresenta o teor seguinte:

‘Verifica-se, destarte, que nosso sistema processual é de *pas de nullité sans grief*, por um lado; e por outro, a presença constante do magistrado na regularidade do processo, de instância em instância, em sucessivos juízos de admissibilidade.

No caso, cabia ao magistrado de 1º grau, para poder receber a apelação, verificar todos seus requisitos, objetivos e subjetivos, de admissão — entre os quais o da nova representação postulatória. Não o fez por um lapso, como cumpria, determinando novo substabelecimento — cujo equívoco era muito compreensível, aliás, dada a plethora de causas semelhantes e respectivos recursos, a cargo de uma plêiade de advogados do Banco-embargante.

Como o recebimento do recurso não vincula o Tribunal *ad quem* (RE 85.516/SP — STF/2ª T., j. 20/09/77, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU 11/11/70, p. 8020), ao il. Relator da apelação cabia, por sua vez, ter mandado corrigir a irregularidade postulatória, propiciando prazo para tanto. Se não cumprida a obrigação, não precisava sequer ter submetido o apelo todo ao Colegiado: inadmitia-o, simplesmente.

O que a tradução literal do art. 37 do CPC está conduzindo, em última análise, é uma autêntica transformação do advogado em substituto processual das partes — e não em seu mero mandatário. Aquelas

é que são os sujeitos da relação jurídica processual, por óbvio. E, por óbvio também, elas é que têm de pronunciar-se se o advogado, que se apresenta como defensor delas, foi por elas realmente constituído como tal. Daí a intimação dever ser dirigida a elas — que ratificam ou não um mandato, até então meramente subentendido, e que a partir daí passa a ser corporificado através do instrumento. Não propiciar às partes a decisão a respeito de seu patrono agride ao próprio princípio constitucional de ampla defesa, *data venia*.

Ademais, é de se perguntar — ante o princípio teleológico do *cui prodest?*:

A quem aproveitaria anular-se uma demanda judicial, facilmente emendável? Ao Estado-Juiz, perpetuando-se os litígios que perturbam as relações sociais?! Aos próprios litigantes, que novamente teriam de reiniciar tudo de novo, por causa de uma mera nuga processual?

Daí, a compreensível exprobação da Suprema Corte, ao acolher o RE 82.932/AM (RTJ 86/853), contra o que chama de fetichismo das formas; tanto mais quanto O Código de Processo Civil ... é infenso ao feiticismo formal, admitindo o suprimento ou repetição dos atos defeituosos, ainda que cominada pena de nulidade, se não há prejuízo para as partes...' (fls. 151/152).

Permito-me igualmente, rogando vênias aos eminentes colegas que em contrário se têm manifestado, sustentar ser irrelevante que a causa de nulidade haja surgido pendente o processo perante as instâncias ordinárias, ou já pendente perante esta Corte. Não encontro embasamento jurídico, e menos ainda de ordem pragmática, a sustentar a impossibilidade de, na instância última, ser o processo, por exemplo, convertido em diligência, a teor do art. 13 do CPC, para o saneamento de defeitos na representação *ad processum* ou postulatória. O processo é, antes de tudo e acima de tudo, instrumento para a justa eliminação das lides; não é, como certa feita advertiu o saudoso Couture, uma missa jurídica, alheia às atuais necessidades, vinculada a formalismos tidos por inarredáveis. O ponto mais alto de nossa ordenação processual civil, e assim vem sendo proclamado e reconhecido em sucessivos Congressos Internacionais, é exatamente o capítulo relativo às nulidades, com o prevalecimento

dos princípios da sanabilidade e da convalidação dos atos processuais praticados.

Ante o exposto, reiterando vênia ao eminente relator, cujo ponto de vista pessoal ao final tenho a impressão de que consoa com o que venho de expender, conheço dos embargos e aos mesmos dou provimento.

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: (...).

Rogo vênia aos Senhores Ministros Nilson Naves e aos eminentes colegas da Egrégia Quarta Turma, para, na hipótese acompanhar o voto do Senhor Ministro Athos Carneiro. Não na extensão que sua Excelência admite o suprimimento da falta de procuração mesmo nesta Instância Especial, mas nos precisos termos em que fixou entendimento a Egrégia Terceira Turma. Isto é, tal como em obediência ao estatuído no art. 284 do CPC se permite emenda ou complementação da inicial, como afirmado no voto que proferi no REsp nº 5.392-SP, cujo trecho transcrevo de fls. 140 destes autos:

‘Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, porque tenho reiteradas decisões proferidas, quando Desembargador, no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dando sempre uma interpretação ampla ao art. 284 — Sua Excelência faz uma exegese excelente do art. 13 do Código de Processo Civil —, no que pertine à emenda da inicial, tendo também como objeto desta emenda não só os documentos pertinentes à decisão da causa, como, sobretudo, a própria representação da parte. Anulei algumas decisões para abrir chance a que se aplicasse essa determinação do art. 284 do Código de Processo Civil. De sorte que peço vênia, novamente, a Vossa Excelência, para acompanhar o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, nesta posição, que reputo mais liberal, fazendo, ainda, apenas uma observação quanto ao aspecto abordado por Vossa Excelência: Nestas questões do recurso, parece-me, temos tido como inexistente, porque passadas as Instâncias Ordinárias — nos casos que julguei, com a modificação de patrono — o recurso tem sido interposto sem o instrumento, e não seria razoável que no Juízo Especial aplicássemos o princípio da emenda à petição, à interposição do recurso’.

O acórdão que restou assim ementado:

‘Embargos à execução — Advogado — Mandato — Falta.

Não apresentando procuração o subscritor dos embargos, e não usando da faculdade prevista no art. 37 do CPC, deverá o juiz marcar prazo razoável para que seja a falta suprida. Aplicação do disposto no artigo 13 do CPC’.

Assim, presente a divergência, conheço do recurso e lhe dou provimento”²³⁴.

Esse acórdão sintoniza com o sistema da lei processual, que dispõe no sentido da sanção das nulidades, sempre que possível, quando mais não seja pela repetição, retificação ou ratificação do ato.

O Superior Tribunal de Justiça fixou regra diferente para o recurso especial:

Súmula 115. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

2.11. Perito sem habilitação legal

O acórdão que segue decretou a nulidade do laudo pericial, por não ter o perito a habilitação exigida por lei:

“Ao sanear o processo o Meritíssimo Juízo nomeou perito, sem qualquer indicação de sua qualificação (fls. 200 v.).

Apresentando o laudo (fls. 208/233), a autora o impugnou, notadamente, por falta de qualificação do perito (fls. 280/300).

Insistiu na sua alegação, mas a respeitável sentença guerreada rejeitou a arguição, por cuidar-se de matéria preclusa, e por não necessitar o perito de habilitação profissional.

A matéria não está preclusa, pois não diz respeito, simplesmente, à designação do perito judicial, mas à nulidade do laudo, ante a propalada incompetência do perito para a realização do trabalho, cabendo lembrar que somente com a juntada do documento de

234. STJ, 2ª Seção, ED em REsp 14.827-8-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23-2-1994, *RSTJ*, 60/85, agosto de 1994, ano 6.

fls. 301, conseguido pela própria apelante, se pode questionar a condição profissional do vistor judicial.

O art. 145 do Código de Processo Civil estabelece:

‘Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421’.

Todavia, a Lei n. 7.270, de 10 de dezembro de 1984, introduziu três parágrafos a tal dispositivo.

Reza o § 1º:

‘Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, Seção VII, deste Código’.

E estatui o § 2º:

‘Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos’.

Em razão dessa nova ordem, a questão vem se mostrando controversa em nossos Pretórios.

O eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, relatando acórdão sobre o tema, tão bem o tratou, que merece transcrição:

‘Muito se tem debatido em sede doutrinária e jurisprudencial sobre essa norma. Paulatinamente, porém, vai-se solidificando o entendimento ora já consagrado em texto legislativo, *ex vi* dos transcritos parágrafos do artigo 145 do diploma processual civil, de que é exemplo o posicionamento pretoriano em relação às ações expropriatórias, como se vê de voto do Prof. Athos Gusmão Carneiro, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, na condição de Relator da Apelação n. 33.448, originária da Comarca de Não-me-Toque, Rio Grande do Sul, quando ainda integrante do Egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado, *verbis*:

‘Vale-se o Juiz de perito quando se cuida de comprovar fatos ou circunstâncias cuja elucidação dependa de especiais conhecimentos técnicos ou científicos, ou escapem ao testemunho comum ou à possibilidade de pessoal verificação pelo Juiz. Para algumas perícias é bastante, pela própria natureza do fato a comprovar, o saber de

experiências feito, e poderá ser perito até pessoa rude e menos culta, se conhecedora da matéria. Outras perícias, e é o que comumente ocorre, demandam especiais conhecimentos e se inserem dentro da matéria privativa de profissionais qualificados e legalmente habilitados’.

No mesmo sentido, dentre tantas outras, a Apelação n. 63.758, de Minas Gerais, de que foi Relator o Desembargador Ayrton Maia.

A mesma postura jurisprudencial, entretanto, não se tem descortinado no que tange às avaliações nas ações renovatórias e revisionais de locação, de considerável incidência, especialmente nos grandes centros urbanos, sendo manifesta a divergência, com tendência em sentido oposto, como exemplifica o aresto do Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Agravo n. 223.398-7, de 17.8.88 (‘RT’, vol. 635/264):

‘A legislação processual, de forma simples, estabelece que o perito deve ter conhecimento técnico ou científico. Assim, a avaliação de imóvel não é atribuição privativa de engenheiro, não conduzindo à nulidade do laudo o só fato de ter sido realizado por corretor de imóveis’.

Por outro lado, é cediço que não fica ao arbítrio do Juiz aplicar ou não a lei, à qual está submetido por força de regras e princípios processuais-constitucionais, entre as quais se destaca o do devido processo legal (*due process of law*). Destarte, sem embargo de se reconhecer que o julgador não deve dar à lei interpretação meramente literal, mas sim lógico-sistemática, construtiva, valorativa, teleológica, alicerçada na lógica do razoável e na instrumentalidade do processo, é de convir-se que não lhe é facultado julgar *contra legem*, desprezando aquilo que posto indubitavelmente na lei, salvo se circunstâncias especialíssimas do caso concreto justificarem imperativamente essa opção com o escopo único de dar efetividade ao processo e realizar a justiça, circunstâncias essas vislumbradas na própria redação dada pela Lei n. 7.270, de 1984, ao artigo 145 do Código de Processo Civil (Recurso Especial n. 7.782-SP, julgado em 29.10.91, ‘RSTJ’, março, 1992, pág. 369)’.

Na espécie, o próprio perito reconhece que, embora tenha cursado a Faculdade de Engenharia, não se diplomou (fls. 341), e o

documento de fls. 301 atesta que está o vistor registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, com as atribuições do Decreto n. 90.922, de 6.2.85.

Quer dizer, trata-se de técnico de 2ª grau em edificações e agrimensura.

Como o precitado Decreto n. 90.922 admite a tais profissionais funcionar como peritos em vistorias e arbitramentos relativos à agrimensura, até que se poderia ter como satisfeito o requisito do § 2º, do artigo 145 da lei de processo.

Mas, de qualquer forma, esbarra na exigência do § 1º do mesmo dispositivo, que exige nível universitário.

A legislação é expressa e, se é verdade que em certos casos a interpretação há de ser outra, dispensando-se aquela exigência, certo é, também, que não se pode, simplesmente, decidir *contra legem*, incorrendo qualquer razão especialíssima a recomendar outra solução.

Por isso mesmo é de anular-se o processo, a partir do respeitável despacho saneador, exclusive, com a nomeação de perito que atenda aos pressupostos legais”²³⁵.

Realmente, no caso, a nulidade do laudo, por falta de habilitação legal do perito, somente podia ser sanada pela repetição do ato.

2.12. Ato do juiz — Fundamentação das decisões

O art. 93, IX, da Constituição estabelece que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Significa isso que o juiz deve não só decidir racionalmente, mas também tornar público o seu raciocínio, submetendo-se, assim, à crítica da comunidade.

Adota-se, pois, o sistema da persuasão racional, ficando afastados o sistema da livre convicção (ou da íntima convicção), bem como o das provas legais.

235. TJSP, 14ª Câm. Civ., AC 215.037-2, Rel. Ruyter Oliva, j. 14-12-1993, JTJ, 152/130.

a) O sistema da íntima convicção impera, todavia, no tribunal do júri. Sigilosas as votações (Constituição, art. 5º, XXXVIII), não importa a razão ou pura emoção que hajam levado o jurado a optar pelo sim ou pelo não.

“No sistema da livre convicção, também chamado da ‘íntima convicção’, o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação. A convicção decorre não das provas, ou melhor não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver”²³⁶.

b) O sistema das provas legais exclui, no todo ou em parte, o raciocínio do juiz. Observa Chiovenda:

“O princípio de que a prova se destina a formar o convencimento do juiz, que deve extrair a decisão da conscienciosa observação e valoração dos fatos, é essencialmente romano. Não se pode imaginar um contraste mais forte com a função do juiz romano do que a do juiz no processo germânico da Alta Idade Média. Em um processo que se decide com os ‘juízos de Deus’, isto é, com experimentos em cujo resultado se vê a manifestação do juízo divino, a função do juiz consiste em estabelecer qual dos litigantes deve sujeitar-se à prova e com que meio: depois disso, o juiz se limita a assistir passivamente a prática probatória e a constatar mecanicamente seu resultado. Desapareceram lentamente os juízos de Deus, mas permaneceu o caráter formal das provas que eles substituíram. Formou-se, assim, o sistema da prova legal, isto é, um conjunto de regras preestabelecidas, segundo as quais se deviam valorar as diversas provas, em particular a testemunhal”²³⁷.

236. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas*, cit., p. 306.

237. Chiovenda, *La idea romana en el proceso civil moderno*, in *Ensayos de derecho procesal civil*, p. 359-61.

Num sentido ligeiramente diverso, cabe falar, mesmo agora, em prova legal, em oposição à prova livre, tendo-se em mira as normas jurídicas que limitam o poder do juiz de formar livremente a sua convicção, como as que estabelecem presunções legais ou que exigem determinada forma para que repute existente ou provado o ato.

A sentença não constitui prova legal. É que ela não define propriamente os fatos, mas as relações jurídicas. A linha de separação entre a prova legal e a coisa julgada é a mesma que separa o juízo de fato do juízo de direito²³⁸.

c) No sistema da persuasão racional, o juiz, em princípio, forma livremente o seu convencimento, devendo, porém:

- 1) atender aos fatos e circunstâncias dos autos;
- 2) fundamentar o seu convencimento.

Visa-se, com essas limitações, a afastar o puro subjetivismo, obtendo-se decisão o quanto possível independente da pessoa do julgador.

2.12.1. Nulidade da liminar concedida sem fundamentação, em mandado de segurança

Embora não conhecendo de agravo interposto de liminar concedida em mandado de segurança, o tribunal, de ofício, decretou sua nulidade, porque não fundamentada.

“embora não conhecível, o recurso foi interposto; e o foi perante Câmara competente para julgar a apelação, que acaso sobrevenha contra a sentença. Temos aqui relação processual válida e regular. O que houve de nulidade cominada, em atos processuais praticados na relação processual do mandado de segurança, o órgão jurisdicional competente — é o caso deste —, há de decretar de ofício, retirando do processo a nulidade. É da índole da nulidade cominada, tal a sua gravidade processual. E a competência é da Justiça Estadual, em razão da matéria. São servidores municipais. Inculcam-se estáveis e respondem a procedimento administrativo, sob

238. Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, p. 176 e 195.

a acusação de ilicitude funcional. É matéria deste Tribunal e desta Seção Civil.

Ora bem, a decisão de fls. 26 dos autos do mandado de segurança (fls. 90 deste instrumento), que concedeu a liminar, está eivada de nulidade. E de nulidade constitucionalmente cominada: é não fundamentada, contra a regra expressa do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República vigente. Aliás, do ponto de vista da irregularidade dessa não fundamentação, realce-se que se cuida de mandado de segurança em meio a fatos complexos. Mostra-o a redação da inicial (fls. 135/161), e bem assim o vário material documental que a alenta. Para valer, a decisão de concessão da liminar havia de pronunciar-se sobre os pressupostos legais estabelecidos para esse fim; estão na regra jurídica do artigo 7º, inciso II, da Lei Federal n. 1.533, de 1951.

Frisemos: é de nulidade cominada que se cuida. O Poder Judiciário, por seu órgão competente, precisa decretá-la porque a encontra nos autos da causa. São autos do *mandamus* os deste agravo de instrumento, apesar de não se poder conhecer do recurso pelo seu conteúdo. É pois de decretação de ofício que se trata. Isso não envolve contradição alguma neste julgamento. Não se cuida de provimento ao recurso nem de cassação da liminar; por isso não há óbice a que, observada a Constituição da República, sobrevenha outra decisão, como se entender de direito.

Posto isso, decreta-se a nulidade da decisão que concedeu a liminar, cujos efeitos cessam até que outra, válida, seja proferida, na forma da lei. Fica sem objeto o agravo. Sem custas"²³⁹.

A Constituição exige que sejam fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX). Sob esse aspecto, inatacável o acórdão ora comentado.

Pensamos, todavia, que a nulidade não podia ter sido decretada, em face da decisão preliminar, no sentido de não-conhecimento do agravo. É que o tribunal não tem competência para, de ofício,

239. TJSP, 2ª Câm. Civ., AgI 130.980-1, Rel. Costa de Oliveira, j. 28-8-1990, *JTI*, 130/340.

corrigir erros praticados pelos juízes de 1º grau. Sua competência é recursal, supondo, por isso, recurso interposto e conhecido.

Se o recurso não é conhecido, é como se não houvesse sido interposto. O art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, estabelece que “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”. Mas não há, no processo civil, norma similar que autorize o tribunal a decretar nulidades, de ofício.

2.12.2. Nulidade da decisão que desconsidera preclusão relativa à denunciação da lide

Decretou-se a nulidade do ato do juiz que determinou a citação do denunciado à lide, embora houvesse o denunciante se conformado com ato anterior que havia declarado saneado o processo, sem apreciar o requerimento de denunciação da lide. Afirmou-se que, não havendo a parte interposto recurso da decisão que declarou saneado o processo, sem apreciar requerimento de denunciação da lide, era vedado ao juiz anular posteriormente o processo, para fins de citação do denunciado²⁴⁰.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que é nula a condenação de “litisdenunciado”, tendo antes sido indeferida a denunciação à lide, por decisão irrecorrida²⁴¹.

Esses acórdãos confirmam a idéia de que há normas dispositivas no Código de Processo Civil. Efetivamente, a denunciação da lide, ainda que chamada “obrigatória” (CPC, art. 70), fica inteiramente ao arbítrio da parte. Não tendo ela se insurgido contra o despacho omissivo da determinação de citação do denunciado, ocorreu preclusão. A nulidade foi assim corretamente decretada, por haver o magistrado desatendido à preclusão.

240. 1ª TACSP, 3ª Câ., AgI 432.208-1, Rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 2-4-1990, JTACSP, 125/43.

241. STJ, 3ª Turma, REsp 49.180, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26-8-1996, RJTMG, 134/224, outubro a dezembro de 1995, ano 46.

É certo, porém, que, deixando de denunciar a lide ou de recorrer da decisão que a indefere, a parte não viola norma alguma. Não há nulidade por violação de norma *dispositiva*.

2.12.3. Deferida, em grau de recurso, a denunciação da lide, nulos os atos praticados no 1º grau, posteriores ao indeferimento

O provimento do agravo, interposto da decisão que indeferiu a denunciação da lide, implica a nulidade dos atos praticados no processo posteriormente ao indeferimento.

O acórdão que segue aplicou essa regra, em ação relativa à Lei de Imprensa:

“o agravo (retido) comporta provimento parcial, para o fim de admitir-se a denunciação à lide, ficando, em consequência, decretada a nulidade do processo a partir do saneador.

É que tendo a empresa de radiodifusão direito de regresso na hipótese de insucesso na demanda indenizatória, era de rigor a acolhida da denunciação à lide para que, em *simultaneus processus*, houvesse definição judicial relativa à lide principal e também na lide secundária.

Não se diga que inexistente previsão legal no diploma específico, podendo a autora acionar regressivamente seu funcionário.

Tal fundamento é inconsistente. No artigo 50 da Lei de Imprensa ficou assegurado o direito de regresso da empresa jornalística e, assim, a denunciação à lide tem expressa previsão legal (artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil), se afigurando sem sentido e afrontando a lei o entendimento de que nada obstará à empresa-ré de, em ação própria, voltar-se contra o autor da notícia tida como ofensiva, porque isso, em última análise, implicaria em infirmar a própria razão de ser do instituto da denunciação à lide.

Nesse passo, apenas à guisa de esclarecimentos, não se afigura suficiente o fato de ter sido admitido o radialista a quem se imputa as ofensas de que os autos cuidam, como assistente litisconsorcial. Na lição de Vicente Greco Filho, há assistência qualificada ou litisconsorcial quando o interveniente é titular de relação jurídica com o

adversário do assistido, relação essa que a sentença atingirá com força de coisa julgada.

Ora, como acima afirmado, a sentença, na espécie, não terá eficácia contra o autor das ofensas, que não é litisconsorte necessário.

Assim, dá-se provimento em parte ao agravo retido, para admitir a denúncia à lide, anulado o feito a partir do saneador, prosseguindo-se no feito em seguida como de direito, na medida em que nada justificaria o sobrestamento do feito até solução do processo criminal em curso, dada a independência da responsabilidade civil em relação à penal, com a observação de que nada obsta ao aproveitamento da prova pericial já produzida, sendo certo que, como anota Theotonio Negrão (cf. nota ao artigo 433, 3a), ‘deferida e realizada a prova pericial, há de se entender imprescindível a audiência de instrução e julgamento...’ (‘Código de Processo Civil e legislação processual em vigor’, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pág. 331).

Daí o provimento parcial do agravo retido, prejudicadas as apelações”²⁴².

2.12.4. Falta de designação de dia e hora para a oblação, em ação de consignação em pagamento — Preclusão

Ao tempo da antiga redação do art. 893 do CPC, o credor era citado para, em lugar, dia e hora determinados, vir ou mandar receber a quantia ou a coisa devida, sob pena de ser feito o respectivo depósito.

Agora, com a redação determinada pela Lei n. 8.951/94, faz-se previamente o depósito, sendo o credor citado para levantar o depósito ou oferecer resposta.

No acórdão que segue, era a antiga disciplina que se tinha em mente. Não o excluímos, por lançar luz sobre a natureza das nulidades sujeitas a preclusão:

“Consignação em Pagamento — Audiência de oblação — Falta — Nulidade alegada nas razões de recurso — Preclusão — Artigo

242. TJSP, 10ª Câm. de Dir. Priv., AC 254.946-1, Rel. Ruy Camilo, j. 7-5-1996, *JTJ*, 181/65.

245 do Código de Processo Civil — Preliminar rejeitada. O artigo 245 do Código de Processo Civil estabelece o dever de arguição das nulidades pela parte prejudicada, e aplica-se a todas as nulidades, ainda que não seja de forma o defeito.

.....

Preliminarmente, não merece acolhida a arguição de nulidade da sentença, por falta da realização da audiência de oblação, suscitada pela autora-apelante, em suas razões de recurso.

É bem verdade que o digno Magistrado no despacho de fls. 24 suprimiu a audiência de oblação, determinando que a Autora depositasse a quantia que desejava consignar, e, após comprovado o depósito, fosse a ré citada, para aceitá-lo ou contestar em dez dias.

A autora efetuou o depósito (fls. 21), concordando, por conseguinte, com o aludido despacho, sem oferecer qualquer resistência.

Não obstante, somente agora, em suas razões de recurso, é que vem suscitar a nulidade da sentença, que lhe foi desfavorável, sob o fundamento da falta da audiência de oblação.

Desassisteu-lhe, sem dúvida, razão, pois a autora, deixando de alegar essa nulidade, na primeira oportunidade em que lhe coube falar nos autos, por certo, olvidou-se da regra inserta do artigo 245, do Código de Processo Civil, restando, portanto, preclusa tal alegação.

Preleciona o saudoso mestre Pontes de Miranda, *verbis*:

‘O artigo 245 estabelece o dever de arguição das nulidades pela parte prejudicada, e aplica-se a todas as nulidades, ainda que não seja de forma o defeito’.

Prossegue, ainda, o mestre:

‘A parte culpada, que deixa prosseguir o processo, soma à sua culpa de infratora a má-fé, com que embaraça, protela, ou inutiliza o processo, ou algum ato ou atos processuais. A outra parte, mais interessada em argüir a nulidade, pode ter o intuito de conservar o defeito de forma, ou de fundo, para que, ao alegá-lo mais tarde, possa obrigar o adversário a mais custosos suprimentos, ou repetições’ (in ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, t. III/340-341).

Fica, assim, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença”²⁴³.

Na ação de consignação em pagamento, o depósito, que terá força de pagamento, no caso de procedência da ação, era e é essencial.

Trata-se de ação que supõe a recusa do credor a receber a prestação. Não havendo a recusa, o devedor não tem interesse de agir, por desnecessidade da tutela jurisdicional.

Na antiga redação do art. 893, o credor era citado para receber, repetindo-se, em juízo, o que supostamente já teria ocorrido antes da propositura da ação, ou seja, a oferta e a recusa. Era uma tentativa, que se fazia, de provocar a extinção do processo, por ato do credor, que implicava reconhecimento da procedência do pedido.

No caso, determinando a imediata realização do depósito, o juiz impediu o recebimento, pelo credor, da quantia oferecida.

Ora, receber ou não receber era ato sujeito ao alvedrio do credor. Ele é que, eventualmente, poderia se considerar prejudicado, pela subtração da opção de recebimento. Não o devedor, cujo pedido, exatamente por se tratar de ação consignatória, era de depósito em pagamento.

Impedido de praticar ato processual previsto em lei, cabia ao credor alegar a nulidade, na primeira oportunidade em que lhe coubesse falar nos autos, sob pena de preclusão.

O acórdão comentado serve para confirmar uma regra geral: a de que a preclusão se vincula a atos que a parte podia ou não praticar. Sendo livre para praticá-lo ou não, fica também ao seu arbítrio alegar ou não a nulidade, quando impedida de praticá-lo. Não alegando a nulidade, ocorre preclusão.

2.12.5. Cerceamento de defesa não configurado, por não atendido o despacho determinando a especificação das provas

A lei não prevê despacho determinando às partes que especifiquem as provas que pretendem produzir. Trata-se, porém, de praxe

243. TJSP, 10ª Câm. Civ., AC 237.873-2, Rel. Cuba dos Santos, j. 11-8-1994, JTJ, 165/41.

forense que tem se revelado útil, permitindo o julgamento antecipado da lide, nada sendo requerido.

Embora o § 2º do art. 331 (introduzido pela Lei n. 8.952/94) diga que, ao designar audiência de instrução e julgamento, o juiz *determinará* as provas a serem produzidas, certo é que produzir ou não produzir provas é, de regra, matéria sujeita à vontade das partes. Por isso, impedida a parte de produzir prova, também sujeita-se ao seu arbítrio a arguição ou não da nulidade. Não a arguindo na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, ocorre preclusão.

Por isso, bem decidiu-se que:

“Não há falar-se em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide se a parte, não obstante tenha protestado na inicial pela produção de provas, não atendeu ao despacho de especificação das mesmas, dando azo à preclusão do direito de requerê-las”²⁴⁴.

2.12.6. Preclusão da nulidade decorrente do indeferimento de perguntas

Julgando-se cerceada em seu direito de defesa, deve a parte interpor agravo da decisão indeferitória de perguntas a testemunha, sob pena de preclusão.

“Cerceamento de defesa. Inquirição de testemunha. Indeferimento de perguntas. Recurso próprio. Não apresentação. Preclusão”²⁴⁵.

Aqui, o raciocínio é o mesmo já exposto anteriormente. Sendo a parte livre para formular ou não perguntas à testemunha, fica também ao seu alvedrio argüir ou não a nulidade, se impedida. Essa opção deve ser exercida em tempo hábil, sob pena de preclusão.

244. TJDF, 2ª Turma Cív., AC 43.966/97, Rel. Hermenegildo Gonçalves, j. 12-5-1997.

245. TJMG, 2ª Câ. Cív., Rel. Abreu Leite, j. 18-9-1995, *RJTJMG*, 134/224, outubro a dezembro de 1995, ano 46.

2.12.7. Nulidade do julgamento antecipado da lide em processo com perícia

No acórdão que segue, o tribunal acolheu a alegação de cerceamento de defesa, porque proferida sentença conforme o estado do processo, dispensada a audiência de instrução e julgamento, não obstante produzida prova pericial.

“Cerceamento de defesa — Ocorrência — Julgamento antecipado da lide — Prova pericial realizada em medida cautelar de produção antecipada de prova — Não designação de indispensável audiência de instrução e julgamento — Necessidade de obter esclarecimentos dos peritos e debater a causa — Processo anulado a partir da sentença — Recurso provido. Sendo a prova pericial realizada em medida cautelar, indispensável é a realização de audiência de instrução e julgamento nos autos principais, ensejando às partes a oportunidade de solicitar esclarecimentos dos peritos e debater a causa, a fim de se formar o correto convencimento a respeito dos fatos”²⁴⁶.

A existência de perícia impede o julgamento antecipado da lide, porque facultado às partes requerer o comparecimento do perito à audiência, para prestar esclarecimentos (CPC, art. 435).

Tratando-se de faculdade da parte, fica também dependendo de sua vontade argüir ou não a nulidade.

É evidente que a nulidade não poderia ter sido decretada, não tivesse havido recurso. De qualquer sorte, a preclusão é importante, por excluir a possibilidade de rescisão da sentença, a pretexto de não se haver realizado a audiência de instrução e julgamento.

2.12.8. Falta de prévia declaração quanto à inversão do ônus da prova (Código do Consumidor) — Nulidade não configurada

O art. 6º, VIII, do Código de Consumidor, inclui, entre seus direitos básicos, “a facilitação da defesa, com a inversão do ônus da

²⁴⁶ TJSP, 16ª Câ. Civ., AC 247.458-2, Rel. Pereira Calças, j. 20-12-1994, *JTJ*, 168/126.

prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Claro, não há que se falar em inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, se, por incidência de outras regras legais, já recai ele sobre o fornecedor.

Saber se a regra diz respeito ao ônus subjetivo ou objetivo da prova é matéria que depende da interpretação que se dê ao mencionado dispositivo. Entende-se por *ônus subjetivo* da prova a necessidade que tem o autor ou o réu de provar determinado fato, para não sucumbir. O princípio da ampla defesa exige que o autor e o réu sejam previamente esclarecidos quanto aos fatos que devem comprovar. De um ponto de vista objetivo, as regras a respeito do ônus da prova têm por destinatário o juiz, informando-o como julgar, no caso de não ficarem provados os fatos da causa.

No caso que segue, interpretou-se o dispositivo como atinente ao ônus objetivo da prova:

“O Código de Defesa do Consumidor, entre os direitos deste, inclui o da ‘facilitação da defesa’, que abrange ‘a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente’ (artigo 6º, inciso VIII). A par desse direito de inversão do ônus da prova dependente da discricionariedade do Juiz, o Código estabelece em seu artigo 38, de forma peremptória e taxativa, que ‘o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina’.

Dessarte; ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o artigo 38 incisivamente faz recair sobre quem a patrocina, sem condicioná-lo ao critério do Juiz.

Entender que o Juiz, no caso do artigo 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivale a entender que tam-

bém deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o Juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 333 do Código de Processo Civil. Aliás, a distinção entre as duas disposições legais não escapou da doutrina, tanto que Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, comentando o artigo 38, anota: 'o dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no artigo 6º, inciso VIII, não está na esfera de discricionariedade do Juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção' ('Código Brasileiro de Defesa do Consumidor', Ada Pellegrini Grinover, *et alii*, Editora Forense Universitária, 3ª ed., págs. 216-217, onde inexistente o grifo).

Ante o exposto e tendo em conta que a respeitável sentença recorrida, como é expressa, aplicou o artigo 38 (e não o artigo 6º, inciso VIII) do Código de Defesa do Consumidor (cf. fls. 167, *in fine*), não há como acolher a preliminar de nulidade.

Embora desnecessariamente, não custa acrescentar que a arguição de nulidade não seria procedente ainda que o ônus da prova tivesse sido invertido com base no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Civil. Primeiro, porque preceito legal algum determina que o citado artigo 6º, inciso VIII, só pode ser aplicado quando o Juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. Segundo, porque se inversão do ônus probatório, no caso do artigo 6º, inciso VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o Juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada.

Fica conseqüentemente rejeitada, pois, a preliminar de nulidade²⁴⁷.

247. TJSP, 9ª Câ. Civ., AC 255.461-2, Rel. Aldo Magalhães, j. 6-4-1995, *JTJ*, 169/138.

2.12.9. Nulidade por iliquidez da sentença, alegável somente pelo autor

Decidiu-se:

“Somente ao autor é lícito reclamar de iliquidez da sentença, quando formulara pedido líquido. Afinal, trata-se de nulidade relativa e que nada aproveita à parte contrária, antes a beneficia, mercê da concessão de um prazo maior para o cumprimento da obrigação judicialmente reconhecida. Nesse descortino, decretar-se a nulidade do julgado por este motivo comportaria violação do princípio da celeridade processual, objetivo da norma em destaque”²⁴⁸.

E em outro caso:

Pedido líquido, sentença ilíquida. Nulidade argüida pela parte à qual não aproveita. Preliminar rejeitada²⁴⁹.

O art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil estabelece que, quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida. Nos casos apontados, o tribunal entendeu que a norma atende ao interesse da parte autora. Não seria, porém, desarrazoado entender-se que se tutela, aí, o interesse na boa e rápida administração da Justiça — interesse público, portanto —, o que explica, em parte, a boa aceitação da doutrina de Galeno Lacerda, já que pode ser invocada tanto por quem preconiza a decretação da nulidade quanto por quem a ela se opõe.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, tratando-se, como se trata, de nulidade não cominada, seria ela pronunciada somente mediante provocação da parte prejudicada.

De acordo com Teresa Wambier, em se tratando de nulidade de forma, não cominada, a nulidade somente se decretaria havendo provocação da parte e prejuízo.

Portanto, o acórdão comentado encontraria suporte em qualquer das doutrinas referidas.

248. TJDF, 1ª Turma Cív., AC 39.266/96, Rel. Des. Valter Xavier, j. 5-5-1997.

249. TJDF, 5ª Turma Cív., AC 42.354/96, Rel. Des. Ana Maria D. Amarante, j. 7-4-1997.

Como já se observou alhures, entendemos que somente se pode falar em necessidade de arguição da parte (sob pena de preclusão) quando se trate de ato que ela tanto podia praticar quanto não praticar.

No caso, era lícito ao autor tanto formular pedido líquido quanto ilíquido. Razoável, portanto, fazer dele dependente a decretação da nulidade.

Além disso, há que se afirmar, em casos como esse, haver sido atingida a finalidade do processo (CPC, art. 244), ainda que de modo transitoriamente incompleto. Do ponto de vista dos fins do processo, seria desastrosa a decretação da nulidade, porque preferível uma liquidação de sentença com a certeza da condenação do que renovar-se a instrução para apurar o *quantum* devido, deixando-se em aberto a possibilidade de improcedência da ação.

2.12.10. Nulidade do julgamento por violação do princípio da publicidade

O princípio da publicidade está expresso no art. 93, IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. De outro lado, o art. 5º, LX, estabelece: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O princípio da publicidade vige, no Brasil, desde a Lei de 18-9-1818, que organizou o Supremo Tribunal de Justiça. Antes, vigorava o direito português, fundado no princípio do segredo. Na França, as deliberações dos órgãos colegiados são secretas e os juízes até juram manter o sigilo. Nas decisões não se deixa transparecer a existência de eventuais votos discordantes. Também nos países anglosaxões as deliberações são secretas, mas se admite a publicação de *dissenting opinions*²⁵⁰.

250. José Carlos Barbosa Moreira, *Publicité et secret du délibéré dans la justice brésilienne*, in *Temas de direito processual*, Quarta Série, p. 194-9.

Há duas espécies de publicidade: a de ato presente e a de ato passado. A publicidade conferida pelos registros públicos é publicidade de atos passados. A publicidade de julgamento *coram populo* (na frente do povo) é publicidade de ato presente.

O art. 93, IX, da Constituição se refere à publicidade de ato presente, pois aí se fala na possibilidade de se limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Todavia, do princípio da publicidade dos atos processuais (publicidade de ato presente) decorre, como corolário, a publicidade dos termos processuais que os documentem (publicidade de ato passado).

O princípio da publicidade se coordena com o da persuasão racional, porque a publicidade dos julgamentos envolve a publicidade de seus fundamentos. A oposição se faz com os julgamentos secretos e imotivados.

Também a fundamentação, a que se refere o art. 93, IX, é a contemporânea do ato: a que efetivamente determina a decisão. A fundamentação que se agregue a um ato já praticado pode ser uma explicação, mas não é fundamentação.

Segue-se, daí, que a fundamentação feita oralmente, em público, na sessão de julgamento, atende ao princípio do art. 93, IX. A redução a escrito dos motivos é, porém, exigível, existindo grau superior de jurisdição a que se deva explicação da decisão tomada.

Conforme Humberto Theodoro Júnior, “o princípio da publicidade obrigatória do processo pode ser resumido no direito à discussão ampla das provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo. Como se vê — prossegue o mesmo jurista — este princípio muito se aproxima e até mesmo se entrelaça aos do devido processo legal e do contraditório. Na prática, constituem violação ao princípio da publicidade do processo: a) a concessão de medidas liminares em possessórias, mediante justificação testemunhal realizada sem citação prévia do réu; b) a autorização para levantamento da penhora ou arresto sem prévia audiência do credor; c) a realização de praças e leilões, sem regular divulgação dos competentes editais; ou fora dos locais e horários constantes dos editais;

ou, ainda, sem a intimação pessoal do devedor; d) a autorização ao inventariante para alienar bens do espólio sem prévia audiência dos demais sucessores, etc.”²⁵¹.

A presença da imprensa, especialmente da televisão e do rádio, fica sujeita ao poder de polícia da autoridade judiciária, que pode, inclusive, proibir transmissão ao vivo, com base no interesse público, defesa da intimidade ou interesse social.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser nulo o julgamento, por violação do princípio da publicidade, não sendo permitida a presença do acusado ou de seu defensor no momento da votação.

“O cerceamento do direito de defesa ocorreu, apesar de haver o advogado produzido sustentação oral. É que ele e o acusado foram convidados a retirarem-se do recinto da votação, ao contrário do que ocorreu quando do julgamento de outro juiz, conforme se lê, na certidão de fl. 36 no 3º volume... ‘que o advogado não foi convidado a se retirar do recinto’.

A justificativa que se lê no voto majoritário é a de que foi aplicado, subsidiariamente, o art. 152, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, eis que o Código de Organização Judiciária, no art. 130, § 6º, cuidando do julgamento, silencia quanto à presença do acusado, das partes ou de seus advogados.

Diz então o art. 152:

‘Art. 152. Nenhuma pessoa, além dos Ministros, será admitida às sessões secretas, salvo quando convocada especialmente’.

A norma não tem pertinência com hipótese julgada. Está inserida em capítulo que trata das sessões administrativas e de conselho do Supremo Tribunal Federal. Fundamentalmente, porque a Constituição assegura a todo cidadão — por que não ao magistrado? — ‘em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral’... ‘o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes’ — art. 5º, LV.

Significa, assim, que a todo acusado é conferida a possibilidade de trazer para o processo as provas necessárias e úteis para o escla-

251. Humberto Theodoro Júnior, Princípios gerais do direito processual civil, *Ajuris*, 34/161-84.

recimento da verdade. Inclusive, ficar presente no local onde está sendo julgado ou, pelo menos, o advogado que o representa.

Demais disso, o inciso IX do art. 93 da Constituição estatui:

‘Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX — todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes’.

O interesse público, no caso, poderia limitar a presença, na oportunidade da colheita dos votos, ao próprio acusado ou somente ao seu advogado.

Aplicável, ao caso, subsidiariamente, poderia ser o disposto na Lei nº 8.038, de 28.05.90, pois, tratando da ação penal originária perante o Supremo Tribunal Federal e neste Superior Tribunal de Justiça, estabelece:

‘Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§ 1º No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta Lei’.

‘Art. 12. Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I — a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral; assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação;

II — encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.’

Ora, não tendo o Órgão Especial permitido que o juiz ou seu advogado permanecessem no recinto durante todo o julgamento, cerceou o direito de defesa, que não pode ser uma ficção. Tem ela de ser ampla, sem restrições, menos quando se trata de pedidos abusivos, meramente protelatórios e que não digam respeito ao direito subjetivo do acusado. Portanto, não só coletando todas as provas para que a verdade apareça, mas se lhe assegurando o direito de acompanhar e fiscalizar as discussões, os debates, as presenças, a formação do *quorum*, os impedimentos, as suspeições, as convocações, como se processaram a votação e a apuração dos votos. Enfim, o simples, mas elementar direito de saber como e por quais motivos acabou sendo condenado ou absolvido.

É como afirmou o Ministro Peçanha Martins (RMS nº 417-RJ), os magistrados não podem 'ser punidos com menores meios de defesa que os assegurados aos cidadãos'.

Ou, como ensinou o Ministro Vicente Cernicchiaro (MS 334-RJ):

'A defesa, por seu turno, compreende contrariedade e dedução de provas. Opor-se e explicar. Além disso, fiscalizar o procedimento. Daí o direito público subjetivo de o interessado e o advogado estarem presentes ao julgamento. Não, insisto, para sustentação oral, recusada na lei, mas para policiamento, de que são exemplos: verificação do *quorum*, eventual arguição de suspeição ou impedimento, obediência ao rito; acompanhamento da votação, inclusive item por item da imputação.

A sessão é secreta, nos termos do art. 29, § 6º, da LOMAN. Buscou-se, com isso, preservar a magistratura da publicidade de imputação de condutas desonrosas de seus juízes e preservar o magistrado da curiosidade alheia, que pode ser vítima de calúnia. É secreta no sentido de não ser aconselhável, a publicidade, para afastar a curiosidade de terceiros que não são diretamente interessados.

O acusado, porém, tem interesse. Não é estranho. A decisão lhe diz respeito diretamente. Comparece como parte, e não como curioso.

A presença, *data venia*, para os fins ressaltados, integra o arco da defesa. Evito falar — defesa plena — porque toda defesa há de ser plena, no sentido de ensinar, refutar e deduzir razões. Para terceiros, basta publicar a conclusão (art. 27, § 7º). Para o interessado, também a regularidade do procedimento'.

A referência deve ser ao § 6º do art. 26 da Lei Orgânica da Magistratura.

Todavia, tenho restrições quanto à eficácia dessa norma determinando que o julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou do seu Órgão Especial, após a vigência do inciso IX do art. 93 da Constituição, impondo que em todos os julgamentos realizados pelo Judiciário, inclusive os de natureza censória ou punitiva de magistrados, sejam públicas e fundamentadas as suas decisões.

Desse modo, ao contrário do que sucede com muitos outros dispositivos da Lei Complementar 35/79, este não foi recepcionado pelo texto da Constituição de 1988, estando revogado, porquanto com ela incompatível.

Reforço esse meu entendimento com o texto e as explicações constantes do encaminhamento do Projeto de Lei Complementar disposto sobre o Estatuto da Magistratura Nacional enviado no dia 17.12.92 pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal ao da Câmara dos Deputados.

Consta, por exemplo, da exposição de motivos que podem ser aplicadas penas disciplinares aos magistrados, 'assegurada ampla defesa em todos os casos, as penas aplicáveis, por voto dos membros vitalícios do Tribunal respectivo, exigindo-se maioria absoluta desses membros, nos casos de advertência, censura e demissão, e dois terços, na hipótese de disponibilidade' (fl. 25).

Está assim no Projeto do Estatuto da Magistratura Nacional:

'Art. 4º Todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Parágrafo único. Os órgãos colegiados do Poder Judiciário serão sempre presididos por magistrados vitalícios'.

'Art. 5º Todas as decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.'

‘Art. 53. A atividade censória dos Tribunais e seus órgãos disciplinares será exercida por membros vitalícios, com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado, a este sempre assegurada ampla defesa.’

‘Art. 55. São penas disciplinares:

I — advertência;

II — censura;

III — disponibilidade;

IV — demissão.

§ 1º As penas de advertência e censura são aplicáveis a qualquer magistrado, a de disponibilidade exclusivamente a juiz vitalício e a de demissão apenas a juiz não vitalício.

§ 2º As penas previstas nos incisos I, II e IV, deste artigo, somente serão aplicadas por voto da maioria absoluta dos membros vitalícios do respectivo Tribunal, e a do inciso III, por voto de dois terços, assegurada, em qualquer caso, ampla defesa.

§ 3º Na hipótese de disponibilidade punitiva, o Tribunal, a requerimento do interessado, passados cinco anos do termo inicial examinará a ocorrência, ou não, de cessação do motivo de interesse público, que a determinou.’

Realizada a sessão no dia 25 de outubro de 1991, já em vigor a Constituição de 1988, o máximo que poderia haver era, encerrados os debates, quando o Órgão Especial passasse ao julgamento, o Presidente, se o interesse público o exigisse, ter limitado a presença no recinto do acusado e de seu advogado ou apenas deste, pois assim, e somente assim, a defesa ampla estaria garantida.

Resulta daí que ficou prejudicado o requerimento relativo à inconstitucionalidade ao art. 45 da LOMAN.

Tudo isso leva-me a conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de anular o julgamento”²⁵².

252. STJ, 5ª Turma, RMS 1.932-9, Rel. Min. Costa Lima, j. 10-2-1993, RSTJ, 48/525, agosto de 1993, ano 5.

A parte tem o direito de estar presente no momento do julgamento. Trata-se de direito que exerce, querendo. Cuida-se, pois, de nulidade dependente de arguição da parte.

No caso, a decisão administrativa, irrecorrível administrativamente, foi atacada por via de mandado de segurança.

2.12.11. Identidade física do juiz

No caso que segue, nulidade por desrespeito ao princípio da identidade física do juiz foi rejeitada, entre outras razões, por não ter havido prejuízo:

“Primeiramente, tendo a ação logrado juízo de procedência, alega o recorrente a nulidade da sentença, eis que ofendido o princípio da identidade física do Juiz. Procedida a instrução por uma Pretora, a sentença veio a ser prolatada por uma Juíza em regime de exceção, que não dirigiu qualquer ato instrutório.

Não merece prosperar tal arguição de nulidade. A uma, o Código de Processo Civil adotou o sistema da oralidade e não aboliu o instituto da imediatidade. Mas, aqui, não existe o pressuposto da vinculação a que se refere o art. 132 do CPC.

Ocorre que houve a substituição do debate oral por apresentação de memoriais e, com isto, ato posterior e autônomo, como decorre, claramente, da redação do art. 454, daquele Código, eis que inexistente a unidade da audiência, que é una e contínua, integrando-se os atos iniciais, instrutórios, de debates e julgamento.

A duas, o ven. acórdão do egrégio STF asseverou que o princípio da identidade física não é absoluto, devendo ceder passo à exigência de prejuízo para o reconhecimento da nulidade processual: ‘Rejeição de arguição de nulidade, por falta de prejuízo. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do Juiz’ (Recurso Extraordinário nº 65.815, referido em Theotonio Negrão, na sua nota 4 ao art. 132 do CPC).

A três, na espécie, a transferência de autoridade judiciária, de um para outro juízo, com a implantação do sistema de agilização de processos através do Projeto Sentença Zero, que atende, principalmente, às necessidades do serviço judiciário, através das designa-

ções de Juízes de Direito Substitutos, consideradas as funções que lhe são atribuídas, e, sobretudo, as diretrizes que orientam as referidas designações, 'não tem aplicação a ultrapassada teoria da identidade física do Juiz ao processo, máxime quando não se vislumbra prejuízo à parte por ausência de uma tipicidade específica no falar ou nas expressões usadas. A prestação jurisdicional, antes de tudo, revela-se uma técnica ou expressão de conhecimentos jurídicos e da lei' ('Julgados do TARGS', 80/263).

A quatro, no corpo desse ven. acórdão, lê-se: 'Na atividade jurisdicional há interesses maiores, segundo o pronunciamento do hoje Des. Elvino Schuch Pinto, 'como aquele da necessária, pronta e efetiva prestação jurisdicional pelo Estado' que devem sobrepor-se ao interesse menor da identidade física do Juiz ('Julgados do TARGS', 61/352)'.

Lá, como aqui, 'de modo que não se colhe a pretendida nulidade, incabível em tempos quando tanto se critica a morosidade da Justiça, situação criada em parte pelo tecnicismo processual a que insistem os profissionais do Direito deva preponderar' ('Julgados do TARGS', 80/263)²⁵³.

Comentamos. O art. 132 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz, titular ou substituto que concluir a audiência, julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao que se depreende do acórdão, não se verificou qualquer das hipóteses que autorizaria a prolação de sentença por outro juiz, diverso daquele que presidiu a audiência de instrução. A rigor, a sentença foi proferida por juiz incompetente, com ofensa ao princípio do juiz natural.

Contrariando a doutrina de Galeno Lacerda, deixou-se de decretar a nulidade, apesar de violada norma cogente tuteladora do interesse público. Aroldo Plínio Gonçalves pronunciaria a nulidade porque, não cominada, houve provocação da parte. Talvez não a pronunciasse, por ausência de prejuízo. Atendendo-se à doutrina de Tere-

253. TARS, 2ª Câ. Cív., AC 193210937, Rel. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. 5-5-1994, JTARS, 93/259, março de 1995, ano 24.

sa Wambier, caberia indagar sobre a natureza formal ou de fundo da nulidade de que se trata. Não se pode, no caso, falar em nulidade de forma. Decretaria, pois, a nulidade, de ofício e independentemente de prejuízo.

A nosso ver, não se pode invocar a regra da ausência de prejuízo, no caso de sentença proferida por juiz incompetente, com violação do princípio do juiz natural. Nulidade por incompetência sanase na forma prevista na lei processual, ou seja, mediante a remessa dos autos ao juiz competente.

A sentença proferida em grau de recurso substitui a recorrida. Contudo, não se tem sustentado, nem se contém no acórdão afirmação no sentido de que a incompetência do juiz de 1ª grau restaria sanada, porque substituída por acórdão do tribunal competente, o que, aliás, implicaria supressão de um grau de jurisdição. Na verdade, para a hipótese de incompetência absoluta, a forma de sanção prevista em lei é a remessa dos autos ao juiz competente.

Pensamos, por isso, que, para não se decretar a nulidade, seria imperioso afirmar-se a competência do juiz que proferiu a decisão recorrida, como no caso que segue, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Princípio da identidade física do juiz — art. 132 do CPC. I — Hipótese em que não configurada violação do art. 132 do CPC, quando o Juiz Auxiliar, designado para o período de férias, apenas, deu início à audiência de instrução, porém, não a concluiu. II — A melhor orientação que se afina com a finalidade do citado dispositivo é aquela que procura harmonizar o princípio da identidade física do Juiz, nele consubstanciado, com o princípio da imediatidade. Tendo Magistrado Titular concluído a instrução processual, inclusive determinando às partes apresentassem as alegações finais, imperioso que proferisse ele a sentença. Precedentes do STJ. III — Recurso não conhecido.

.....
O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): Examino a irresignação do recorrente.

Entendeu o Acórdão inexistente a alegada nulidade, consignando: ‘O Juiz Auxiliar, designado para as férias (fls. 38), não se vinculou

ao feito, pois não ultimada a instrução. Depoimentos foram tomados posteriormente. Realizou-se audiência em prosseguimento' (fls. 109).

Por sua vez, sustenta o recorrente que, dessa forma, o aresto teria negado a vigência do art. 132, do Código de Processo Civil, bem como divergido de julgado do Colendo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

A questão versada nos autos envolve a aplicação do princípio da identidade física do Juiz inserto no art. 132.

No caso, o Dr. Juiz Auxiliar, consoante já afirmado no aresto, não se vinculou ao processo, por não ter concluído a instrução. Retornando o Dr. Juiz Titular, após gozo de férias, às suas atividades judicantes (fls. 66), sob sua presidência, deu continuidade à Audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento, tomando, inclusive, o depoimento da testemunha faltante (do Autor). Encerrada a instrução processual, abriu-se vistas às partes para alegações finais (fls. 71/72).

A matéria não é pacífica, mas estou em que a melhor orientação que se afina com a finalidade do citado dispositivo é aquela que procura harmonizar o princípio da identidade física do Juiz, nele consubstanciado, com o princípio da imediatidade. No meu pensar, somente o Magistrado que, presidindo a audiência, concluindo a instrução processual se vincula ao processo, podendo ser ainda mitigada, ressalvada a peculiaridade de cada caso.

A propósito do tema, adverte Frederico Marques:

‘Iniciar a audiência significa, aí, iniciar a instrução, pelo que a tentativa de conciliação não vincula o Juiz à causa. Evidente, por outro lado, que também não haverá vinculação quando a audiência for inicialmente adiada’ (*in* Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 3ª vol., pág. 21).

Agrícola Barbi, a respeito dos princípios que regem a oralidade, resumidamente, diz:

‘c) identidade física de Juiz, isto é, o Juiz que colher a prova é que deve julgar a causa’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. I, tomo II, 1ª ed., 1975, pág. 537).

Continuando:

‘Conformando-se com a orientação dos Tribunais, cujo acerto é indiscutível, o novo Código modificou o sistema e só mantém a obrigação de o Juiz que iniciar a audiência concluir a instrução e julgar a causa, quando o seu afastamento não decorrer de transferência, promoção ou aposentadoria.

A regra aplica-se ao titular e ao substituto; mas a expressão iniciar a audiência deve ser entendida em harmonia com a finalidade do instituto, isto é, só se aplicará a regra se o Juiz colheu depoimento pessoal ou de testemunha, ou se ouviu os esclarecimentos verbais do perito’ (Obra citada, pág. 539).

Não havia, pois, como deixar de afastar a preliminar de nulidade da sentença de primeiro grau. Em verdade, no caso, não se configurou qualquer contrariedade ao art. 132, da lei adjetiva civil, uma vez que, reafirma-se, o Dr. Juiz Auxiliar, na hipótese, apenas, deu início à instrução, porém, não a concluiu.

Data venia dos que entendem ao contrário, penso que a vinculação se prende a fatos de caráter objetivo. Ora, tendo o Magistrado titular tomado o depoimento pessoal, ouvido testemunha, concluindo a instrução processual, inclusive concedendo às partes oportunidade para que apresentassem as alegações finais, imperioso que proferisse ele a sentença, e não o Julgador Auxiliar, que, apenas, iniciou a instrução do processo, tomando o depoimento de uma das testemunhas, designando nova data para prosseguimento da Ação, em face do não comparecimento de uma testemunha do autor.

O tema já foi objeto de debate nesta Egrégia Terceira Turma, ao examinar o REsp nº 7.219-MG, tendo o relator, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, assim, sustentado:

- ‘Considero que outro não haveria de ser o entendimento, favorido, tanto pela exegese literal do texto como pela interpretação teleológica.

Consigna o dispositivo em exame que o Juiz concluirá a instrução. Se assim é, há que se exigir que a instrução tenha-se iniciado e nela não se compreendem os debates. Por outro lado, a razão de ser da norma reside em que mais habilitado a proferir sentença o magistrado que colheu a prova oral, em virtude do contato pessoal com as testemunhas. Se isso não ocorreu, não se justifica a vinculação’ (DJ de 02.9.91).

Nesse mesmo sentido se decidiu, quando do julgamento do REsp nº 4.091-SP, relator o eminente Ministro Cláudio Santos, em cujo Acórdão resultou consignado:

‘Processual civil — Princípio da identidade física do juiz — Litigante de má-fé — Condenação de ofício.

Não viola o art. 132 do CPC a decisão que rejeita arguição de nulidade de sentença proferida por outro Juiz que não presidiu a audiência, visto não ter o instrutor dirigido a colheita de prova oral, aliás produzida em outra comarca, via precatória’.

Não vejo, assim, negativa de vigência do dispositivo apontado, eis que o Acórdão se conformou com entendimento esposado pela melhor doutrina e jurisprudência dos tribunais, inclusive deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível o recurso pelo fundamento da letra *a*.

Quanto ao dissídio, não restou demonstrado, a teor do disposto no art. 255, e §§, do RISTJ. É que o aresto padrão não guarda qualquer identidade ou similitude com o caso dos autos. Nele se decidiu pela nulidade da sentença proferida por Juiz substituto, quando o Magistrado Titular, em gozo de férias, já se encontrava vinculado ao processo, por força do art. 132 do CPC. Hipótese diversa da versada nos autos. Inadmito-o, também, pelo fundamento da alínea *c*, do permissivo constitucional.

Não conheço, pois, do recurso”²⁵⁴.

2.12.12. Não configura nulidade a errada indicação do nome da parte na sentença

Erro material, facilmente identificável, é corrigível a qualquer tempo, não implicando nulidade da sentença. Nessa linha de pensamento, o seguinte acórdão.

“Primeiramente, rejeita-se a preliminar de nulidade de sentença, argüida, porque esta, na parte dispositiva, referiu que julgava

254. STJ, 3ª Turma, REsp 13.444, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29-10-1991, RSTJ, 30/500, fevereiro de 1992, ano 4.

improcedentes os embargos opostos por 'Abílio Bodnar', quando o correto era 'Lídia Regina Weber', pois se trata de mero erro material, corrigível, até, de ofício, e, a qualquer tempo, irrelevante tal ocorrência, visto que a sentença atinge as finalidades de identificação dos litigantes e compreensão da parte resistida.

O processo tem essência instrumental, não se dignando a cultivar a forma pela forma. Admitir-se o posicionamento da apelante seria entender-se que o atual Código de Processo Civil teria retrocedido a superada fase do puro formalismo, no que concerne a decretação da nulidade. O princípio retor no plano das nulidades e o da finalidade, conjugado com o do efetivo prejuízo. No caso presente, o mencionado equívoco não tem o condão de afetar a validade e eficácia da sentença, pois nenhum prejuízo trouxe a embargante, nem ela o apontou, tendo o processo atingido sua finalidade, com ampla possibilidade de defesa. Enfim, não houve a mínima dificuldade de apreensão do que foi decidido, tanto assim que a embargante interpôs o seu recurso com amplo descortino acerca da decisão e motivação que a amparou"²⁵⁵.

2.12.13. Nulidade da sentença que não julga todos os fundamentos de embargos à execução

A sentença que não julga todas as questões cumuladas num mesmo processo é inoperante, decide aquém do pedido, sendo, portanto, nula. Embora não esteja expressamente prevista no direito positivo, a decisão *citra petita* representa omissão parcial da prestação jurisdicional, o que constitui causa de sua nulidade. Essa a lição contida no acórdão que segue:

“Com a vênia do eminente Relator e dos eminentes Colegas que o acompanham, acolho os embargos para desconstituir a sentença.

Em situação idêntica, a 1ª Câmara decidiu pela anulação do julgamento, em acórdão da lavra da eminente Dra. Maria Isabel Brogгинi, onde se lê: ‘Ocorre que questões levantadas nos embargos, como a cobrança irregular de comissão de permanência

255. TARS, AC 195003074, Rel. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. 17-5-1995, JTARS, 95/343, setembro de 1995, ano 24.

cumulada com outros encargos, capitalização mensal de juros, fixação de juros remuneratórios acima do limite de 12% ao ano, inoccorrência de inadimplemento e conseqüente não-incidência da penalidade não obtiveram apreciação na sentença. Tal omissão sobre pontos relevantes da incidental impossibilita o seu exame e suprimento em segunda instância, sob pena de infringir o princípio do duplo grau de jurisdição. A falta de pronunciamento, que era imprescindível, deixou a decisão incompleta, *citra petita*, o que a torna nula por violação ao disposto no art. 458 do CPC’.

Como se lê em recente acórdão da lavra do eminente Dr. Arno Werlang, produzido nos autos da Apelação Cível nº 194132940, julgada em 06-12-94, citando lição de Alexandre de Paula: ‘O Juiz, ao decidir, jamais deixará sem decisão parte da matéria alegada, sob pena de proferir sentença *citra petita*. A omissão do julgado não pode ser suprida em segunda instância porque importaria em supressão de um grau de jurisdição. Tratando-se de sentença *citra petita*, de ser anulada para que o Juiz *a quo* profira outra. A sentença que não julga todas as questões cumuladas num mesmo processo é inoperante, decide aquém do pedido, sendo, portanto, nula. Embora não esteja expressamente escrito no direito positivo, a decisão *citra petita* representa omissão parcial da prestação jurisdicional, o que constitui causa de sua nulidade’ (Alexandre de Paula, *in* ‘Processo Civil à Luz da Jurisprudência’, IV/175-177)”²⁵⁶.

Embora idêntico o pedido, cada causa de pedir configura uma ação. Havendo, nesses termos, cumulação de ações, deve o juiz julgá-las todas; caso contrário, profere sentença *citra petita*.

2.12.14. Nulidade da sentença omissa quanto a fundamento da defesa

No caso que segue, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, houve omissão, não quanto a pedido do autor, mas sobre relevante fundamento da defesa:

256. TARS, 1ª Grupo Cível, EI 195061122, Rel. Heitor Assis Remonti, j. 13-9-1996, JTARS, 101/125, março de 1997, ano 26.

“Sentença. Nulidade. Sentença proferida com abstração de ponto relevante da defesa, ao arrepio da norma do art. 458, II, do CPC. Tratando-se de norma de ordem pública, a inobservância induz nulidade absoluta, podendo, pois, ser declarada de ofício. Recurso não conhecido.

A causa de nulidade apontada pelo acórdão não tem a ver com a pretensão deduzida pelo autor, constituindo evidente impropriedade considerar a sentença *citra petita*. Mas isso não assume relevo para o desate da controvérsia.

Com efeito, declarou-se a nulidade da sentença em virtude de ter sido proferida com abstração de ponto relevante da defesa.

Em verdade, é nula a sentença não fundamentada, como tal se considerando a que é omissa a respeito de ponto relevante da defesa, consoante decidiu a e. Quinta Turma deste Tribunal, ao apreciar o REsp nº 3.417-RS, da relatoria do eminente Ministro Athos Carneiro.

Resta definir se a nulidade em causa pode ser declarada de ofício.

A despeito de respeitáveis escólios em sentido contrário, penso que sim. Sendo a motivação requisito essencial da sentença, a teor do art. 458, II, do CPC, há de ter-se o preceito como de ordem pública, na esteira do magistério de Lopes da Costa referido por Amaral Santos (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. IV, Forense, 2ª ed., pág. 436).

Segue-se que a inobservância do preceito induz nulidade absoluta, que, como é cediço, pode ser declarada de ofício.

Assim sendo, e não caracterizado o dissídio com o acórdão desta Turma proferido no REsp nº 3.505-RJ, não conheço do recurso. É o meu voto, Senhor Presidente”²⁵⁷.

A fundamentação da sentença é requisito essencial, nos termos dos arts. 458 do CPC e 93, IX, da Constituição! Não se cogita, na hipótese, de ausência de prejuízo, por não se poder indicar que rumo teria tomado a sentença, se tivesse considerado a defesa cuja apreciação omitiu.

257. STJ, 3ª Turma, REsp 44.266-4, Rel. Min. Costa Leite, j. 5-4-1994, RSTJ, 66/415, fevereiro de 1995, ano 7.

2.12.15. Sentença “ultra petita”

Magistrados aos quais se impôs a pena de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais, impetraram mandado de segurança, para que se declarasse a nulidade da punição, porque aplicada por maioria inferior a 2/3 dos componentes do órgão. O tribunal local concedeu a segurança, com a ressalva, porém, de prosseguimento do processo administrativo, para aplicação de outra pena. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça incabível a ressalva, porque *ultra petita*²⁵⁸.

2.13. Execução

2.13.1. Título executivo inexistente ou deficiente

Já não se põe em dúvida a admissibilidade da denominada “exceção de pré-executividade”, que é defesa oferecida pelo devedor, antes e independentemente da penhora, nos casos de execução indevida por ausência de título executivo hábil. No caso que segue, a exceção foi acolhida, no entendimento de não constituir título executivo crédito de conta corrente:

“Cabe a apresentação da exceção quando atacadas as próprias condições da ação ou a nulidade da execução por ausência de título executivo, matéria apreciável de ofício pelo Juiz. Controvérsia jurisprudencial sobre a possibilidade de execução de contratos de abertura de crédito em conta-corrente. Posição atual da Câmara no sentido da negativa.

.....

A questão é polêmica na jurisprudência, e esta Câmara, até há bem pouco tempo, vinha admitindo a execução sob o fundamento de que os extratos estão sempre disponíveis para o correntista, e o débito é apurável mediante simples cálculo aritmético.

Recentemente, o colendo Segundo Grupo Cível decidiu, por maioria, que a execução somente seria admissível se anexados todos os extratos (EI nº 194115564).

258. STJ, 1ª Turma, RMS 1.350-0, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *RSTJ*, 65/217, janeiro de 1995, ano 7.

Consideradas as dificuldades que a questão tem suscitado, a Câmara vem repensando seu posicionamento, pois, em geral, vão embutidas cobranças abusivas e lançadas unilateralmente a débito do correntista, criando o banco *sponte sua* um título executivo à revelia do devedor.

Esta tendência vem predominando nesta Corte e também no colendo Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do Rec. Esp. nº 27389-8-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª T., além dos citados na sentença: 'Civil. Contrato de abertura em conta-corrente. Título executivo extrajudicial. Não caracterização. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque ouro). Não é título executivo extrajudicial, ainda que tal contrato esteja acompanhado de extratos. Em consequência, não se lhe aplica o art. 10 da Lei de Falências, para legitimar o pedido de quebra. Recurso especial não conhecido' (egregio Superior Tribunal de Justiça, p. 74, nº 153, DJ, 19-09-94).

Recentemente, a Câmara reafirmou essa orientação no julgamento da Apelação Cível nº 195084892, Relator o signatário, assim ementada: 'Contrato de abertura de crédito em conta-corrente, mesmo acompanhado dos respectivos extratos, não constitui título executivo. Descabimento da execução. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque ouro e similares), ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta, não é título executivo extrajudicial, sendo inviável sua execução. Impossibilidade de o título completar-se com extratos unilaterais. Não é dado às instituições de crédito criar seus próprios títulos, prerrogativa da Fazenda Pública. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Apelo improvido'''²⁵⁹.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a nulidade da execução fundada em título não revestido de liquidez, certeza e exigibilidade pode ser decretada de ofício e argüida pela parte independentemente de embargos do devedor:

259. TARS, 4ª Câm. Cív., AgI 196043012, Rel. Moacir Leopoldo Haeser, j. 16-5-1996, JTARS, 98/286, junho de 1996, ano 25.

“O Acórdão, que foi ratificado pelo de fls. 64/66, assim dispôs (fls. 54/55):

‘Evidentemente há defesas que podem ser apresentadas dentro da execução, como a falta de condição da ação, dos pressupostos processuais e mesmo a incompetência absoluta. Mas, quando se pretende desconstituir o título, negando sua força executiva, a matéria é própria dos embargos de devedor e com eles será apresentada.

Note-se que aqui pretende o agravante discutir, com sua defesa na execução, a liquidez do título e ainda eventual compensação. São matérias de defesa, defesas contra o título, contra a importância cobrada, só é possível de discussão e solução nos embargos do devedor.

O douto Juiz agiu corretamente, afastando defesa contra o título executivo, apresentada dentro da execução e antes de seguro o juízo.

Sempre temos dito que dentro da execução somente é possível a discussão dos problemas relativos à regularidade da ação, da formação e desenvolvimento do processo e de todas as demais matérias que podem ser objeto de reconhecimento de ofício pelo Juiz. Mas, quando se pretende discutir o título, sua regularidade, validade ou exigência, somente através dos embargos de devedor’.

Por outro lado, traz o recorrente a confronto arestos nos quais esposada a tese de que pode a parte alegar a nulidade de execução, independentemente, de embargos do devedor. E, assim, o examino.

A teor do disposto no art. 586, da lei processual civil, qualquer título executivo, além de constituído de forma escrita, obrigatoriamente, deverá sempre revestir-se de liquidez, certeza e exigibilidade.

Na hipótese, a insurgência do recorrente se dá quanto à regularidade formal do título executado.

Seja pelo aspecto da exigibilidade — seus vencimentos não estão caracterizados — seja pelo da liquidez, já que a inicial não corresponde ao que consta nas declarações, o que acarretaria sua inépcia impedindo a hipótese do pagamento, dificultando até o valor do bem a ser penhorado, como garantia do Juízo. Ou, finalmente, pelo prisma da certeza, a pretensão do agravado-recorrido não encontra suporte no art. 586, II, do CPC, alega o recorrente.

Vale destacar, a ação executiva, em qualquer de suas modalidades, além de submetida às normas gerais que regem o processo de conhecimento, aplicadas subsidiariamente (art. 586, do CPC), fica subordinada, da mesma forma, às regras próprias que podem, também, ser gerais, se ou quando pertinentes a todas as espécies; e especiais, se somente dizem respeito, particularmente, a uma delas.

A propósito, adverte Mendonça Lima:

‘Os incisos I e III configuram casos de ‘condições da execução’, em paridade com as ‘condições da ação’. A infringência de qualquer deles torna o credor parte ilegítima para mover a ação, porque ele não será titular da pretensão executiva. Pelo sistema do Código, o juiz deverá indeferir o pedido de execução extinguindo o processo ‘sem julgamento do mérito’ (art. 267, VI)’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VI — Tomo II, pág. 659).

Ora, quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação, cumpre ao juiz o exame de ofício, por se tratar de atos preparatórios tendentes a proporcionar o julgamento final da demanda. Ao juiz, como condutor do processo, cabe zelar pelo desenvolvimento válido e regular do processo, a fim de prestar a atividade jurisdicional. Daí a norma contida no art. 267, § 3º, da lei adjetiva civil: ‘O Juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V e VI...’.

Ora, não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente, de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao Juiz declarar a inexistência desses pressupostos formais contemplados na legislação pertinente.

Sobre o tema, leciona Theodoro Júnior:

‘A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia.

Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como *ex officio*.

Não é preciso, portanto, que o devedor se utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução' (Processo de Execução, 14ª ed., 1990, pág. 202).

E a essa orientação se somam, dentre outros, Mendonça Lima.

A matéria já foi objeto de debate na Terceira Turma, quando do julgamento do REsp nº 3.079-MG, Relator Eminentíssimo Ministro Cláudio Santos, cujo Acórdão está assim, resumido por sua ementa:

'Processual civil — Execução — Título imperfeito — Nulidade — declaração independentemente da apresentação de embargos.

Contrato de abertura de crédito, em documento particular sem a subscrição de duas testemunhas é título imperfeito para fundar execução (art. 585, II, do CPC).

A arguição de nulidade da execução, com base no art. 618 do estatuto processual civil, não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente. Recurso conhecido e provido'.

O acórdão, dessa forma, não se harmoniza com o entendimento afirmado pela melhor doutrina, jurisprudência dos tribunais, inclusive, deste Egrégio Tribunal Superior de Justiça.

Por tais fundamentos, conheço, pois, do recurso pela alínea c, do permissivo constitucional e dou-lhe provimento para, cassando as decisões recorridas, julgar extinto o processo, custas e honorários de 10% sobre o valor atribuído à causa pelo vencido"²⁶⁰.

Observamos alhures que o art. 267, VI, admite que se apontem outras condições da ação, além das três clássicas. Trata-se, sempre, de destacar parcela do mérito, a fim de, sob a fórmula da carência de ação, afastar a produção de coisa julgada material, embora se trate de sentença proferida em processo de conhecimento e, portanto, em princípio, definitiva. Trata-se, em suma, de admitir a renovação da ação, não obstante haja transitado em julgado sentença que rejeitou o pedido do autor por motivo alheio à relação processual. Incluem-se, aí, os casos de prova do exercício da pretensão (p. ex., prévia

260. STJ, 3ª Turma, REsp 13.960, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 26-9-1991, RSTJ, 40/447, dezembro de 1992, ano 4.

notificação), prova de ato vinculado ao exercício da pretensão (p. ex., prova do depósito preparatório da ação), assim como a apresentação de documento reputado indispensável para a propositura da ação, como o título executivo, na ação de execução.

A norma que exige título executivo para o desencadeamento da execução atende ao interesse público ou ao interesse do executado? Parece-nos claro que ao interesse do executado. Assim, na lição de Galeno Lacerda, a nulidade poderia ser decretada de ofício, supondo-se — como se haveria de supor — que de sua violação decorreria prejuízo para o executado. Aroldo Gonçalves também pronunciaria a nulidade, em face do suposto prejuízo do executado. Mas a melhor explicação para a hipótese é a de Teresa Wambier: trata-se de nulidade de fundo, porque relativa à condição da ação, decretável, pois, de ofício, e, por isso mesmo, independentemente da oposição de embargos do devedor.

2.13.2. Penhora

Pode o devedor indicar a penhora bem impenhorável, renunciando, assim, à impenhorabilidade estabelecida por lei em seu benefício?

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. INDICAÇÃO VOLUNTÁRIA. O executado indicou voluntariamente o imóvel, bem de família, à penhora, com o intuito de embargar a execução para a discussão de seus direitos. A Turma decidiu, por maioria, que esta indicação não significa renúncia ao direito à impenhorabilidade assegurada pela Lei n.º 8.009/90, por tratar-se de dispositivo legal de ordem pública, que protege a moradia da família, se sobrepondo à livre disposição de seu proprietário”²⁶¹.

Diz Araken de Assis:

“O art. 649 do CPC contempla o *beneficium competentiae* (benefício de competência), ou seja, a impenhorabilidade absoluta do

261. Precedente citado: REsp 178.317-SP, DJ 1º-2-1999. REsp 201.537-PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13-4-1999 (*Informativo STJ*, n. 14, 12 a 16 de abril de 1999).

estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua dignidade.

.....
O benefício de competência se aplica de ofício. Pontes de Miranda declara-o irrenunciável. Todavia, ante a natureza do vício derivado da infração a ele, a interpretação mais consentânea aos objetivos da regra aponta em direção contrária: o executado pode abdicar do privilégio e, inclusive, nomear tais bens à penhora²⁶².

Poder-se-ia, então, dizer que, penhorado bem impenhorável, por indicação do devedor, haveria violação de norma dispositiva, porque ele pode abrir mão da impenhorabilidade; não tendo ele indicado o bem à penhora, ocorreria violação de norma cogente, porque, para o juízo e para o oficial que efetua a diligência, de forma alguma apresenta-se a norma como dispositiva. Assim, a mesma impenhorabilidade produziria ora anulabilidade, ora nulidade.

Não obstante essa explicação possível, entendemos que a razão, no caso, está com Pontes de Miranda e não com Araken de Assis, que afirma configurar-se, na hipótese, nulidade relativa, decretável de ofício, mas sujeita à preclusão, não sendo alegada na primeira oportunidade pelo executado²⁶³. Mas, em tema de nulidades, decretação de ofício e preclusão são conceitos que se repelem. Das duas uma: ou a nulidade é decretável de ofício, não cabendo falar-se em preclusão; ou há preclusão porque a parte deixou de alegar a nulidade, faltando, assim, condição essencial para seu pronunciamento pelo juiz.

Afirmando-se seguidor de Galeno Lacerda, no que se refere à doutrina das nulidades, afirma Araken de Assis:

“Entre nós, a classificação dos vícios essenciais se pacificou em torno do sistema de Galeno Lacerda. Segundo ele, o ato está acometido de nulidade absoluta quando há violação de norma cogente, cujos fins abrigam interesse público; nulidade relativa, se a norma infringida for cogente, porém tutela interesse da parte; e, por fim, se a norma violada for dispositiva, há anulabilidade.

262. *Manual do processo de execução*, p. 325-6.

263. Araken de Assis, *Manual*, cit., p. 339.

Então, as nulidades absoluta e relativa têm em comum o desrespeito à norma cogente; porém, distinguem-se quanto à sanabilidade: infração a gabarito informado pelo interesse público jamais convalidará. Quanto muito, enfatiza Dall'Agnol Jr., superado o prazo da rescindibilidade (art. 495), fica encoberta a pretensão ao desfazimento do vício.

Introduz-se outra discriminação relevante quanto ao regime da iniciativa para invalidar o ato. Da nulidade absoluta, vício particularmente grave, e da relativa o juiz conhecerá de ofício. Em relação à última, entretanto, ocorre preclusão da alegabilidade pelo interessado (art. 245, *caput*). A anulabilidade dependerá de requerimento para ser pronunciada²⁶⁴.

E, tratando especificamente da nulidade decorrente da penhora de bem impenhorável, diz Araken de Assis:

“Facilmente se concebe, ante a complexidade dos trâmites da penhora em si, infração às regras de impenhorabilidade absoluta ou relativa. Configurar-se-á, então, a ilegalidade objetiva da constrição. Se isto ocorrer, a penhora pode ser invalidada, porquanto ato processual realizado em desconformidade ao gabarito previsto.

Tal vício representa nulidade relativa. (Nota do Autor: Segundo a 4ª T. do STJ, Ag. 29.180-1-PR, 6.12.93, Rel. Min. Fontes de Alencar, ‘somente ao devedor cabe suscitar a impenhorabilidade do seu imóvel’.) E isso, porque a infração a preceito cogente, como de regra são as que estabelecem impenhorabilidades, não induz, por si só, o caráter absoluto da nulidade. O que importa e define semelhante natureza, como visto, é o interesse tutelado. Evidentemente, nas diversas impenhorabilidades habita apenas interesse particular. Exato, ao propósito, julgado da 7ª Câmara Cív. do TARS (Nota do Autor: 7ª Câmara Cív. do TARS, Ap. 192008043, 26.2.92, Rel. Dall'Agnol Jr.). O próprio benefício de competência não refuga renúncia do devedor²⁶⁵.

Segundo essa lição, a nulidade relativa pode ser decretada pelo juiz mas se sujeita à preclusão! Parece-nos, porém, haver aí mani-

264. *Manual*, cit., p. 246.

265. Araken de Assis, *Manual*, cit., p. 339.

feita incongruência. Estando o juiz autorizado a decretar de ofício a nulidade, não pode deixar de pronunciá-la, a pretexto de que faltou tempestiva alegação da parte.

Essa incongruência não se encontra na doutrina de Galeno Lacerda. Embora não se encontre nela uma negativa formal dessa possibilidade, certo é que limita a preclusão às anulabilidades, decorrentes de violação de norma dispositiva. Diz: “Ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, em todos estes casos (de anulabilidade) o saneamento depende pura e simplesmente de omissão do interessado”²⁶⁶.

A apontada incongruência Araken de Assis a colheu de Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, que, tratando das nulidades relativas, disse:

“A possibilidade de decretação de ofício, porém, não afasta a incidência do art. 245, *caput*, do CPC: ‘A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão’. Fecha-se ao interessado que não alegar tempestivamente a oportunidade de fazê-lo. Por vezes, há manifestação de perplexidade pela circunstância de operar-se preclusão apenas para a parte, e não para o juiz, mas sem razão de ser. Afora existirem hipóteses outras desse fenômeno, denota isso apenas, e ainda uma vez, que a preclusão não pode ser visualizada só sob o ponto de vista objetivo, como ‘fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual’, mas, também, sob o ponto de vista subjetivo, como ‘perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto’ (cf. José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, II, p. 286)”²⁶⁷.

Como se observa, a incongruência não passou despercebida a Antônio Dall’Agnol Júnior, que a sustenta com a afirmação de que pode haver preclusão para a parte sem que ocorra para o juiz. É exato que há casos em que tal pode ocorrer. Assim, por exemplo, a preclusão, para a parte, do direito de requerer perícia não impede que o juiz ou mesmo o tribunal a determine, de ofício; a preclusão,

266. *Despacho*, cit., p. 73.

267. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades*, cit., p. 54.

para a parte, do direito de argüir a suspeição do juiz não impede que ele próprio a declare. Todavia, em tema de nulidades, isso não é possível, por ser intrinsecamente contraditória a assertiva de que uma nulidade depende de alegação, para ser decretada, podendo, contudo, ser pronunciada de ofício.

O caso de penhora de bem impenhorável é expressivo: ou se afirma que ocorreu preclusão e não se decreta a nulidade, ou se nega a preclusão e se a pronuncia. Se, apesar da preclusão, o tribunal decreta a nulidade, presta um favor ao devedor. Ora, prestar favores a uma das partes é a própria negação da justiça.

No acórdão a seguir considerado, decidiu-se que a impenhorabilidade constitui matéria de ordem pública, acarretando nulidade absoluta, não sujeita à preclusão.

“Procede a irresignação manifestada pela agravante no presente instrumento.

Como demonstram os autos, em execução que lhe é movida pelo banco agravado, foi constritado o caminhão devidamente individuado no auto de penhora e depósito (fl. 12).

De outra banda, as declarações de fls. 14, 15 e 16 comprovam satisfatoriamente que o referido veículo é utilizado pela agravante no desempenho de sua atividade profissional, fazendo a entrega de hortifrutigranjeiros a comerciantes de Júlio de Castilhos. As declarações, aliás, salientam que o caminhão é utilizado apenas para o transporte de tais mercadorias.

Assim sendo, é absolutamente impenhorável o veículo em questão, nos termos do art. 649, VI, do estatuto processual, que veda a constrição judicial sobre ‘os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão’.

Na decisão agravada, sustenta o digno magistrado que a matéria estaria preclusa, por se tratar de nulidade relativa, não tendo sido alegada em tempo oportuno.

Não lhe assiste razão, porém. A impenhorabilidade constitui matéria de ordem pública, acarretando nulidade absoluta.

Conseqüentemente, pode ser alegada a qualquer tempo, não se operando sobre ela a preclusão.

Nesse sentido, há copiosa jurisprudência. Apenas a título exemplificativo, menciono os arestos desta Corte publicados *in* Julgados, vols. 84/186 e 86/363.

No mesmo diapasão é o seguinte pronunciamento jurisprudencial: 'A alegação de que determinado bem é absolutamente impenhorável pode ser feita a todo tempo, mediante simples petição e independentemente de apresentação de embargos à execução, mas o devedor responde pelas custas do retardamento' (RT, 677/189, *apud* Theotonio Negrão).

Assim sendo, sem necessidade de maiores considerações, conclui-se que o veículo em questão não poderia ter sido penhorado e que tal penhora não pode prevalecer.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo, para desconstituir a penhora efetivada sobre o caminhão descrito nos autos²⁶⁸.

Aroldo Gonçalves não pronunciaria a nulidade, porque, não cominada, deixou de ser alegada na primeira oportunidade. Por igual motivo, também não a pronunciaria Teresa Wambier.

A conclusão do acórdão poderia se apoiar na doutrina de Galeno Lacerda, para quem a violação de norma cogente, ainda que tuteladora de interesse da parte, é decretável de ofício.

Dentre as normas cogentes, o citado processualista distingue as que tutelam interesse público e as que tutelam interesse da parte. Embora o tribunal haja, no caso, afirmado a existência de interesse público (na verdade, o acórdão utilizou a expressão interesse público no sentido de cogente), parece-nos evidente que se tutela, aí, o interesse do devedor. A hipótese seria, então, na doutrina de Galeno Lacerda, de nulidade relativa, não sujeita a preclusão, que apenas poderia ter sido afastada se não tivesse havido prejuízo.

Desconsiderada a incongruência introduzida por Antônio Janyr Dall'Agnol, a doutrina que sustentaria o acórdão seria a de Galeno Lacerda: violação de norma tuteladora de interesse da parte, porém cogente; nulidade relativa, decretável de ofício.

268. TARS, 4ª Câ. Cív., AgI 196210538, Rel. Manuel Martinez Lucas, j. 27-3-1997.

A hipótese deixa claro que, mesmo tratando-se de norma tuteladora de interesse da parte, a nulidade pode ser decretada de ofício, no que tem razão Galeno Lacerda. Não há preclusão, por não estar em jogo ato que a parte pudesse tanto praticar como não praticar. É irrenunciável o *beneficium competentiae*.

Admitida a renunciabilidade, teria lugar a preclusão. Sendo dado ao devedor renunciar ao benefício, tanto poderia fazê-lo expressamente, indicando à penhora bem impenhorável, como implicitamente, conformando-se com o ato praticado.

Decidiu-se que, recaindo a penhora em imóvel pertencente ao casal, é necessária a intimação do cônjuge do executado, sob pena de nulidade *pleno iure*, da execução, independentemente de arguição pela interessada, conforme disposto no art. 669, parágrafo único, do CPC:

“Julgados improcedentes embargos à execução, insurge-se o embargante, alegando nulidade do processo por não ter sido intimada sua mulher da penhora incidente sobre bem imóvel, consoante previsão do art. 669 do CPC.

Merece acolhida o apelo.

A intimação da mulher do executado é imprescindível, sob pena de nulidade *pleno iure*. Independe, pois, de arguição da interessada, o que dá legitimidade ao cônjuge-executado e, conseqüentemente, torna nula a execução, a partir da penhora, exclusive. Impende assinalar que não teve ela conhecimento da penhora, em virtude de qualquer outro ato processual.

Não colhe a assertiva, constante das contra-razões do recurso, no sentido de que somente pela mulher do apelante poderia a nulidade ser alegada, faltando legitimidade ao marido, porquanto a matéria, nesse caso, seria de embargos de terceiro e não de embargos à execução.

Igualmente, não colhe o argumento de que não foi a nulidade argüida na primeira oportunidade, em que coube ao recorrente se manifestar nos autos, conforme disciplina do art. 245 do CPC.

Vale observar que, no caso, descaberia, inclusive, a alegação de que estaria suprida a falta com a reserva da meação, da mulher, porque ocorreu tal providência. Ademais, não se olvida que a intimação da mulher é determinada, a fim de que possa embargar a execução, pois para a defesa de sua meação, cabíveis os embargos de terceiro.

Nesse sentido, não enseja dúvidas o excerto do v. acórdão da lavra do eminente Min. Eduardo Ribeiro do C. STJ:

‘O núcleo da questão está em saber se a falta de intimação da mulher, recaindo a penhora em bem imóvel, conduz à nulidade. E não há dúvida de que sim, firme o entendimento jurisprudencial. Essa intimação corresponde à citação, passando a mulher a integrar a relação processual, com a possibilidade de oferecer embargos à execução, nos mesmos termos em que o pode fazer o marido. Não se trata aqui de defesa de meação, para o que são adequados os embargos de terceiro. Em nosso sistema a mulher pode embargar a execução, penhorado o imóvel, ainda que casada no regime de separação total de bens, assim como sua outorga será sempre necessária para a alienação ou constituição de ônus real sobre o imóvel (CC, art. 235, I).

Conclui-se, do exposto, que de todo irrelevante tenha-se reservado a meação da mulher, posto que, como dito, foi-lhe obstado, pela falta de intimação, apresentar embargos à execução, defendendo o imóvel como um todo. E o prejuízo não precisaria ser demonstrado, pois decorre do fato mesmo de a execução haver prosseguido até o final, sem ensejar-lhe o oferecimento de embargos. Desvaliosa a invocação, no recurso, do art. 244, do CPC. A intimação da mulher não se fez e os embargos não foram oferecidos. A hipótese é diversa de o ato haver sido realizado de outra forma, alcançando sua finalidade’ (REsp 44.459-4-GO, RSTJ 64/295).

É idêntica a orientação nos julgados seguintes: REsp 454/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 18.09.1989; REsp 767-GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 20.01.1989; REsp 1.512, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 12.03.1990; REsp 5.299, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.12.1990; REsp 3.175, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 17.09.1990; REsp 45.504-PR, rel. Min. Nilson Naves, RSTJ 66/432.

Impende anotar, com o devido respeito que merece opinião em contrário, que afirma que somente a mulher poderia alegar a falta de intimação da penhora (cf. TFR-4ª T., AC 48.182-BA, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 07.05.1981), porquanto admitidos como tempestivos os embargos à execução antes de citados os co-executados, dentro do princípio da instrumentalidade do processo. No entanto, em casos como o dos autos, não é correta a admissão, porque ocor-

re em detrimento do próprio direito do exequente, já que o cônjuge, recaindo a penhora em bem imóvel, é litisconsorte necessário, sendo imprescindível sua intimação, pena de nulidade de pleno direito.

Bem por isso é dado provimento à apelação, a fim de que, anulada a execução, desde a penhora, exclusive, retome seu processamento”²⁶⁹.

Entendemos que a nulidade, no caso, é decretável de ofício, *se e enquanto* não haja o comparecimento do cônjuge. Comparecendo sem argüir a nulidade, sana-se o vício, já não podendo decretá-la o juiz. Por isso, em vez de decretar desde logo a nulidade, melhor teria sido determinar que se fizesse a intimação que faltara. Silenciando o cônjuge, não haveria nulidade a decretar.

2.13.3. Avaliação

O acórdão que segue decretou, de ofício, a nulidade da execução, por não intimado o devedor da avaliação:

“Execução. Violação ao § 1º do art. 236 do CPC. Sucumbência. O cumprimento do disposto no art. 236, § 1º, do CPC impõe-se, porque a intimação para a prática dos atos processuais tem como destinatário o advogado, e não a parte, eis que apenas aquele possui o *jus postulandi*. Assim, a omissão do nome do patrono de um dos litigantes compromete a identificação do processo, acarretando evidente prejuízo à parte, ensejando a nulidade da intimação. Sendo a nulidade decretada de ofício, e não sendo ela argüida pela parte adversa, à embargante incumbe o ônus das custas, e não ao exequente-embargado. (...)

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Meridional do Brasil S. A. contra sentença de 1º grau, lançada em autos de ação de embargos de terceiro que lhe move Marilene Barcellos da Silva, nos autos de execução que o embargado move a seu marido, Sidney Caetano da Silva, e Vilmor Moreira Ribas, cuja sentença, após rechaçar todos os argumentos de fato e de direito da ora embargante, de ofício, decretou a nulidade da execução a partir da fl. 17 dos autos,

269. 1ª TACSP, 4ª Câmara Extraordinária “B”, AC 719.711-1, Rel. Gomes Corrêa, j. 11-12-1997, RT, 752, junho de 1998, ano 87.

por violação ao art. 236, § 1º, do CPC, entendendo o decisor *a quo* que, nas intimações do processo, após a penhora da fl. 12, não constou o nome do advogado do executado Sidney nas notas de expediente relativas à avaliação e da pretensão da verba do avaliador.

Sustenta o recorrente que tal entendimento não pode prevalecer porque tal nulidade deveria ter sido argüida pela parte. A partir do momento em que silenciou, a nulidade está sanada, pois esta só interessa à parte prejudicada.

Aduziu que o marido da embargante já tinha procurador no processo, com poderes específicos para embargar. Se não embargou, conformou-se com a pretensão do credor. De outra parte, a procuração da fl. 13 foi juntada aos autos sem ser acompanhada de qualquer petição. Não pode, por isso, sucumbir no feito em aspecto não abordado pela embargante e, especialmente, por falha na sua condução, a que não deu causa. (...).

VOTO

Quanto ao apelo do Banco Meridional do Brasil S.A.: a sua irresignação é restrita à decretação de nulidade do processo a partir da fl. 17 dos autos da execução, por desatendimento e/ou violação ao art. 236, § 1º, do CPC, e quanto à sucumbência recíproca. Não tem razão, no entanto. Merece permanecer a nulidade decretada pelo juízo singular.

É que se trata de norma cogente, onde há a obrigatoriedade da indispensabilidade de que a publicação da intimação por nota de expediente conste obrigatoriamente o nome das partes e de seus advogados, sob pena de nulidade. E, aqui, trata-se de nulidade absoluta, onde é dispensável a argüição da parte, podendo o Juiz conhecer de tal matéria, *de ofício*.

E, como visto, quando da publicação das referidas intimações das fls. 17 e 22, não constou o nome do advogado do réu Sidney Caetano da Silva, desimportando estivesse a referida procuração desacompanhada de qualquer petição. O certo é que a procuração foi juntada aos autos, sendo, por isso, obrigatório constasse da intimação o nome do advogado da parte.

Tal obrigatoriedade se impõe porque a intimação para a prática dos atos processuais tem como destinatário o advogado, e não a par-

te, eis que apenas aquele possui o *jus postulandi*. Assim, a omissão do nome do patrono de um dos litigantes compromete a identificação do processo, acarretando evidente prejuízo à parte, ensejando a nulidade da intimação.

Esse mesmo entendimento já foi esposado por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 36.265-2-MG, Rel. Min. Cláudio Santos, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, 29-03-94.

Ora, o executado, pela falta de intimação de seu patrono, deixou de manifestar-se sobre o pedido de honorários do perito judicial (fl. 16) e também sobre o laudo de avaliação dos imóveis constritos no processo de execução (fls. 19 a 21), este último de significativa importância para o feito, por ser indispensável e de fundamental importância para o executado, eis que diz diretamente com o interesse material, tratando-se de avaliação dos imóveis que garantem a execução, restando manifesto o prejuízo ante a falta de intimação do patrono do devedor.

Evidentemente que se impunha a intimação do advogado do devedor Sidney sobre tais peças processuais, principalmente sobre o laudo de avaliação dos imóveis constritos, sob pena de cerceamento de sua defesa.

Inocorrendo a intimação nos termos da lei, a decretação de nulidade de tais intimações se impõe, não merecendo, por isso, vingar o recurso interposto, nesse aspecto. No que tange à sucumbência, razão assiste ao recorrente, sendo de ofício a decretação da nulidade, e, não sendo ela argüida pela parte adversa, a esta incumbe o ônus das custas, e não ao exequente embargado.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso do banco, apenas para isentá-lo do pagamento dos ônus sucumbenciais²⁷⁰.

Entendemos que o juiz pode decretar de ofício a nulidade da intimação, mas somente *se e enquanto* não sanada pelo comparecimento. Não era caso, pois, de decretar-se a nulidade do processo de execução, mas de determinar-se a intimação que faltava. Não ar-

270. TARS, 1ª Câm. Cív., AC 196190912, Rel. Teresinha de Oliveira Silva, j. 7-10-1997, JTARS, 104/208, dezembro de 1997, ano 26.

giuindo o executado a nulidade da avaliação, nem a ela nada opondo, não haveria razão para repeti-la.

Em ação de execução, houve a juntada de procuração passada pelo executado, que nada requereu. Não tendo ele sido intimado da avaliação, nem do requerimento de honorários formulado pelo perito, foi decretada, de ofício, a nulidade, com fundamento no art. 126, § 1º, do CPC. O tribunal decidiu:

“Merece permanecer a nulidade decretada pelo juízo singular. É que se trata de norma cogente, onde há a obrigatoriedade da indispensabilidade de que a publicação da intimação por nota de expediente conste obrigatoriamente o nome das partes e de seus advogados, sob pena de nulidade. E, aqui, trata-se de nulidade absoluta, onde é dispensável a arguição da parte, podendo o Juiz conhecer de tal matéria, de ofício”²⁷¹.

Tendo o devedor procurador constituído nos autos, sem dúvida deve ele ser intimado dos atos do processo. A dúvida que se pode suscitar diz respeito à decretabilidade de ofício. Galeno Lacerda afirmaria que sim, por se tratar de violação de norma cogente, de que resultou prejuízo para a parte. Também Aroldo Plínio Gonçalves e Teresa Wambier, por se tratar de hipótese de nulidade cominada.

Como nos casos anteriormente examinados, entendemos que, também aqui, era necessário que se procedesse à intimação que faltara, antes de pronunciar-se a nulidade, porque o silêncio do executado, mesmo depois de devidamente intimado, sanaria o vício.

2.13.4. Excesso de execução

O excesso de execução não constitui causa de nulidade do processo, mas apenas enseja o acolhimento de embargos para ajustar o pedido ao *quantum* legitimamente devido²⁷².

271. TARS, 1ª Câm. Cív., AC 196190912, Rel. Teresinha de Oliveira Silva, j. 7-10-1997, JTARS, 104/208, dezembro de 1997, ano 26.

272. 2ª TASP, AC 483.157-00/4, Rel. Mendes Gomes, s.d., RT, v. 747, janeiro de 1998, ano 87.

2.13.5. Falta de assinaturas no auto de arrematação

Os arts. 693 e 694 do Código de Processo Civil estabelecem que a arrematação constará de auto, lavrado 24 horas depois de realizada a praça ou o leilão, o qual será assinado pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro. Decidiu-se que a ausência das assinaturas do juiz e do leiloeiro apenas comprovam a desídia do escrivão, sendo irrelevante a circunstância de não ser o auto lavrado no prazo legal, não havendo, pois, nulidade²⁷³.

Qual o interesse tutelado pelos arts. 693 e 694? O interesse público? O das partes? Difícil de determinar. O acórdão ajusta-se à doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves, ao sustentar que, cominada ou não a nulidade, não se a pronuncia, não havendo prejuízo.

2.13.6. Falta de intimação do devedor para a praça

Em embargos à arrematação, decretou o Superior Tribunal de Justiça a nulidade da alienação, por não haver o devedor sido intimado pessoalmente do dia e hora de sua realização. A pessoalidade da intimação implica ser necessário que o devedor seja procurado no local onde efetivamente reside, e não em qualquer outro, para que se não configure ciência por intermediação de pessoa:

“Trata-se de embargos à execução, em que Ubiratan Rodrigues Braga litiga com a Caixa Econômica de São Paulo, sobre alegar defeito irremediável na intimação, na fase da praça dos bens, desde que, tendo endereço certo e conhecido pela exequente, foi demandado no endereço do imóvel dado em hipoteca.

Julgados improcedentes, na primeira instância, a sentença foi confirmada, em grau de apelação.

É contra esta decisão que o vencido manifesta recurso especial, sob o pálio das letras *a* e *c* do admissivo constitucional.

Aduz que a decisão impugnada malferiu as regras constantes dos arts. 128, 459, 460, 467 e 475 do Código de Processo Civil, além de dissentir de julgados de outros Tribunais.

273. 1ª TACSP, 11ª Câ., Ap. 640.110-5, Rel. Ary Bauer, j. 19-10-1995, JTACSP, 161/77.

Deferido na origem, o recurso foi encaminhado a esta instância, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Trata-se, na hipótese, de embargos à execução hipotecária, julgados improcedentes, na primeira instância, com a sentença confirmada, em grau de apelação, e em que o mutuário Ubiratan Rodrigues Braga litiga com a Caixa Econômica.

Manifesta, o vencido, recurso especial, sob o pálio das letras *a* e *c*, do admissivo constitucional. Alega, o recorrente, afronta, pelo *decisum*, aos arts. 128, 459 e 460, do Código de Processo Civil, além de desafeição aos arts. 247 e 148 do Diploma Processual, eis que, ali, ficou assentado ‘que o agente fiduciário só está obrigado a expedir comunicações ao endereço do imóvel’.

No pertinente à ofensa aos arts. 128, 459 e 460, 467 e 475, citados, frise-se, desde logo, que as matérias, ali consignadas, não foram discutidas e nem julgadas, no contexto do acórdão objurgado, e nem foram objeto de desate na fase dos embargos de esclarecimento, ausente, portanto, o requisito do prequestionamento.

Pela letra *c*, parece-me que, sem sombras de dúvidas, o decisório encontra-se em testilha com a jurisprudência desta Egrégia Corte e do antigo Tribunal Federal de Recursos, especialmente com aquele proferido na Apelação nº 105.597, assim ementado:

‘Comprovado, nos autos, que tanto a financiadora da hipoteca como seu agente tinham prévio conhecimento da residência dos mutuários em local diverso do imóvel dado em garantia, são nulos os atos administrativos e judiciais tendentes a intimá-los no endereço deste’.

Em seu voto condutor, o Ministro Américo Luz expendeu argumentos irresponsáveis, ao assentar:

‘O cerne da questão reside no fato de que o ilustre juízo *a quo* na respeitável sentença ora atacada entende que:

‘... estava o agente fiduciário APEMAT obrigado a expedir comunicações apenas ao endereço do imóvel financiado, não se vislumbrando, no caso, qualquer ilegalidade’.

Ora, o Decreto-Lei nº 70/66 não prevê a obrigação de expedir comunicações apenas no endereço do imóvel financiado. Ao contrário:

‘Art. 31, § 1º Recebida a comunicação a que se refere este artigo, o agente fiduciário, nos 10 (dez) dias subsequentes, comunicará ao devedor que lhe é assegurado o prazo de 20 (vinte) dias para vir purgar o débito’.

Nota-se aí o intuito do legislador para que o devedor seja comunicado, não significando de forma alguma que a comunicação deva ser feita apenas no endereço do imóvel financiado, principalmente quando é sabido que os devedores lá não residem.

Aliás, o espírito do legislador não é e nem poderia ser outro. E está espelhado com grande clareza no parágrafo único do artigo 36 do Decreto-lei nº 70:

‘Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraíam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado...’.

A Lei nº 5.741/71, por sua vez, reguladora da execução judicial dos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, prevê que a citação só será efetuada por edital se o executado e seu cônjuge se acharem fora da jurisdição da situação do imóvel (artigo 3º, § 2º).

A significar, pois, que se o devedor não estiver no endereço do imóvel financiado, mas residir na jurisdição da situação do imóvel, deve ser citado pessoalmente.

Ora, o objetivo do legislador é bastante claro. O entendimento de que o Agente Fiduciário só está obrigado a expedir comunicações só no endereço do imóvel, principalmente não podendo alegar ignorância do endereço dos apelantes, não se coaduna com qualquer ordenamento jurídico vigente, principalmente o brasileiro, e implica inclusive em negar vigência aos artigos 247 e 248 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Aliás, a respeitável sentença atacada não tratou do questionamento acerca da vigência dos artigos 247 e 248 do Código de Processo Civil, constante do item 6 do pedido inicial (folha 3).

E, levantada a omissão nos Embargos de Declaração de fls. 186/188, o ilustre prolator permaneceu em silêncio’.

Procedentes, do mesmo modo, são as seguintes alegações dos apelantes (fls. 199):

‘Ora, o artigo 15 da Resolução nº RD 8/70 anexa não trata exatamente como o ilustre magistrado entendeu e não deve ser analisado em separado, mas conjuntamente, em consonância com os demais artigos da RD 8/70 e com o ordenamento jurídico vigente.

Prevê o citado artigo 15 que se o devedor não for encontrado é que se fará a notificação por meio de edital. Mas, como já vimos, o artigo 13 determina que o devedor deve ser notificado para ciência da execução extrajudicial da dívida, onde será comunicado obrigatoriamente que tem o prazo de 20 (vinte) dias para purgar o débito em atraso.

Outrossim, a Caixa Econômica Federal, sabedora de que os apelantes residiam na Av. Paulista, 2.239, apto. 161, e não no imóvel financiado, ao promover os acordos com aquele endereço e ao emitir recibos naquele endereço, concordou tacitamente’.

A jurisprudência trazida à colação em Memorial que me foi enviado pela culta Advogada dos apelantes reporta decisão desta Egrégia Turma na AC nº 82.054-SP, de que fui Relator, acórdão publicado no DJ de 30.06.93. Disse eu ao votar naquela oportunidade:

‘Pelo que até aqui foi dito, verifica-se que a ciência pessoal do devedor e do seu cônjuge da realização do leilão, é formalidade essencial para a execução extrajudicial, nos mesmos termos postos no § 3º do art. 687 do Código de Processo Civil, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato jurídico processual.

Tratando-se de execução extrajudicial de hipoteca, há mister observância fiel da lei que regula o Sistema Financeiro da Habitação, bem como, da Regulamentação pertinente e em especial da RD nº 8/70, cujo art. 33 tenho por violado, acarretando a nulidade da execução extrajudicial e dos atos que lhe foram subsequentes, por violação do art. 145, inciso IV, do Código Civil Brasileiro, causando prejuízo aos devedores que não puderam utilizar-se da faculdade prevista no art. 42 e § 1º da RD nº 8/70’.

‘Esta Egrégia Corte sempre se pautou pela manifestação de nulidade do ato de arrematação quando haja inobservância a preceitos legais cogentes. Isto, quando se cuida de processo judicial. O

mesmo rigor impõe-se, ou até maior, no procedimento executório extrajudicial. Vejam-se estes precedentes:

1) Agravo de Instrumento 38.808-RJ — ‘Execução hipotecária — Sistema Financeiro da Habitação — Lei nº 5.741/71.

Admitindo o art. 8º, da Lei nº 5.741/71, específica à execução hipotecária, referente a imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, que o devedor possa remir o imóvel penhorado, até assinatura do auto de arrematação, nula é a praça realizada com inobservância da norma do art. 687, § 3º, do CPC, que exige seja o mesmo intimado pessoalmente para ciência do dia e hora e da realização do ato’ (DJ de 10.08.1977, Relator Ministro Jorge Lafayette Guimarães; ...’ (fls. 136/140).

Como se observa, a arrematação é o ato mais importante da execução, porque é através dela que o devedor decai da propriedade de seu imóvel. Dá-se, aí, a alienação forçada. E como ato da maior valia, o devedor deve ser intimado pessoalmente para ciência do dia e hora de sua realização. E deve ser intimado no local em que reside, e não em outro, porquanto, se assim não fosse, a intimação deixaria de ser pessoal, para configurar-se como uma ciência feita por intermediação de pessoa.

Conheço do recurso pela letra *c* e dou-lhe provimento, para anular a arrematação, na forma do pedido”²⁷⁴.

2.13.7. Falta de intimação para a praça de herdeiros do devedor falecido

Também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em ação ordinária proposta contra a Caixa Econômica Federal, que, recaindo a penhora sobre bens sob inventário, a desconstituição do inventariante dativo impõe a intimação, para a praça ou leilão, de todos os herdeiros, sob pena de nulidade:

“Na alienação judicial de imóvel hipotecado inventariado, ocorrendo a desconstituição do inventariante e nomeação de outro dativo,

274. STJ, 1ª Turma, REsp, 36.383-7, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 22-9-1993, *RSTJ*, 54/322, fevereiro de 1994, ano 6.

os herdeiros devem ser citados para intervir no feito, com a intimação do dia, hora e local do ato, conforme disposto nos arts. 687, 991, I, e 12, § 1º, do CPC, sob pena de nulidade da arrematação e dos atos subsequentes. ‘Impõe o art. 687 do Código a intimação pessoal do dia, hora e local da alienação judicial. Já pelo art. 991, inc. I, incumbe ao inventariante representar o espólio, mas observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1º, segundo o qual, quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte. Daí porque, ‘falecendo o inventariante legítimo (destituído) e nomeado, em seu lugar, inventariante dativo, os herdeiros devem ser citados para intervir no feito como autores ou réus’ (RTJE 134/151 — Theotonio Negrão, ‘Código de Processo Civil’, 28. ed., p. 86, nota 24a)’”²⁷⁵.

2.13.8. Arrematação por preço vil

Havendo, em leilão, sido arrematado bem por preço vil, a Fazenda Pública, credora, argüiu sua nulidade, rejeitada sob o fundamento de que, por omissão, contribuíra para o fato:

“Os embargos merecem acolhimento para o fim de, prevalecendo o entendimento deduzido no voto vencido, julgar-se improcedentes os embargos.

No caso em tela, avaliado o bem a 1º.8.91 por Cr\$ 700.000,00, veio a ser arrematado em maio de 1992 por Cr\$ 230.000,00, sendo, porém, a representante legal da embargada pessoalmente intimada do ato (fls. 12 dos autos em apensos), assinalando-se, por outro lado, fosse objeto da arrematação, uma máquina postelhadeira, daí por que fácil de se concluir trate-se de bem sujeito a contínuo desgaste e, portanto, desvalorização.

Seja como for, é de se ressaltar que, embora cumprida a providência supramencionada e ciente a embargante do valor da avaliação, permaneceu ela no mais eloqüente mutismo, sem nada requerer, em especial, a atualização do valor da avaliação, ou, até mesmo, a sustação do leilão.

275. STJ, 2ª Turma, REsp 36.380, Rel. Hélio Mosimann, j. 20-11-1997, RT, v. 751, maio de 1998, ano 87.

Assim agindo, para, em atitude de reserva mental, só depois reclamar a existência de nulidade, à toda evidência não pode ser atendida, pois deu ensejo, pela sua omissão, à própria nulidade que agora quer ver reconhecida, o que impede, *pleno jure*, o provimento de seu recurso.

Tal como dispõe o artigo 243 do Código de Processo Civil: 'quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa'.

A matéria é bastante conhecida e tal como tem decidido a Egrégia Décima Terceira Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 211.372-2/8, essa é a inteligência que se dá ao artigo 243 do Código de Processo Civil, registrando Moniz de Aragão, 'Comentários ao Código de Processo Civil', vol. II/350, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1979: 'o significado do vocábulo causa, empregado no texto, já está suficientemente esclarecido pela doutrina italiana, que trabalha sobre preceito idêntico; tem-se de tomá-lo em sentido estritamente objetivo. A palavra — escreve Zanzucchi — alude apenas ao fato objetivo da parte, não ao concurso de dolo ou culpa'.

Nesse mesmo sentido, tal como registra Theotonio Negrão, 'Código de Processo Civil', 24ª ed., artigo 243, nota 3, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, 'não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribuiu, e se absteve de qualquer impugnação no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal' ('RSTJ', vol. 12/366).

Ora, sendo esse o preceito aplicável às omissões da parte, mesmo em se tratando de nulidade cominada, *a fortiori* deverá ser aplicado em caso como este, em que não há qualquer nulidade prevista no texto legal e reclama a embargante de providências que defluíram da construção jurisprudencial, de qualquer forma, sem que haja nulidade cominada.

Acolhem-se, assim, os embargos²⁷⁶.

A proibição de alienação por preço vil atende ao interesse do executado? Do exequente? Ao interesse público? Entendemos que

276. TJSP, 19ª Câm. Civ., EI 210.204-2, *JTJ*, 165/206.

ao interesse do executado. Não se esclarece, no acórdão examinado, se o bem foi arrematado por terceiro ou pelo próprio executado. Na primeira hipótese, haveria sido prejudicado o interesse tutelado pela norma, cabendo, pois, segundo Galeno Lacerda, a decretação, de ofício, da nulidade, sendo, pois, irrelevante a omissão do credor. Havendo o bem sido arrematado pelo próprio devedor, faltaria o requisito do prejuízo, para o pronunciamento da nulidade.

Suposta a arrematação por terceiro, Aroldo Gonçalves não decretaria a nulidade porque, não cominada, teria ocorrido preclusão; Teresa Wambier pronunciaria a nulidade, por haver resultado prejuízo para o executado.

A hipótese não põe em xeque qualquer das doutrinas consideradas.

2.13.9. Leilão em vez de praça

Em outro caso, decretou-se a nulidade da arrematação, por realizado leilão em vez de praça, tendo faltado, ademais, a intimação do executado:

“penhorados foram imóveis (fls. 67/68, autos da execução).

Em vez de determinar-se a realização de praça — que é a modalidade adequada para a espécie de bem constricto (art. 697 do CPC) — foi ordenado o ‘leilão’ designando-se leiloeiro (fl. 124, *loc. cit.*).

Com isso, não apenas foi ignorada a modalidade como o agente, que, em se tratando de praça, deve ser o porteiro (arts. 688, parágrafo; 694, do CPC), bem como o local, que é o ‘átrio do edifício do fórum’ (art. 686, § 2º, do CPC).

Fosse isso insuficiente — e não é — a intimação pessoal prévia da executada, sem justificativa, não se deu, ferido, assim, o art. 687, § 5º, do CPC.

Desse modo, não se cuida, propriamente, de auto de arrematação deficitário, por ausência de assinatura, mas, antes, de deficiência da própria arrematação.

Nesses termos, sem prejuízo do recolhimento das custas pelo embargante, que as deve, mantenho a r. resolução judicial que, mais

do que a invalidação do auto, nulificou a própria arrematação, como se vê à fl. 109²⁷⁷.

2.13.10. Sentença que, sem forma nem figura de juízo, pronuncia a prescrição, extinguindo a execução

É nula a sentença que, em processo de execução, acolhe incidentemente, sem observância do contraditório, preliminar de prescrição da execução, extinguindo-a²⁷⁸.

2.13.11. Obrigação de fazer

A execução de obrigação de fazer deve iniciar pela citação do executado, para satisfazer o julgado no prazo que o juiz determinar. Descumprido o preceito, incide o art. 633 do Estatuto Processual. Caracteriza-se a nulidade da execução de obrigação de fazer quando ela se inicia como execução por quantia certa, com a cobrança direta da multa:

“Trata o presente processo de execução de sentença, em ação cominatória, intentada pelo apelante contra o apelado, para que este realize obras que ponham fim a infiltrações de água, em sua residência, as quais causam prejuízo ao primeiro, que mora em apartamento logo abaixo.

A ação foi julgada procedente, com a imposição ao réu da obrigação de realizar as obras, sob pena de multa diária de R\$ 50,00. Não foi fixado prazo para a execução da obrigação de fazer.

Iniciando a execução, o apelante peticionou, como se se tratasse exclusivamente de obrigação de pagar quantia certa, incluindo as custas, honorários e a multa diária, que entendeu de cobrar desde o trânsito em julgado da sentença.

Estabelece o art. 632 do CPC:

277. TARS, 7ª Câm. Cív., AC 195149497, Rel. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, j. 29-11-1995.

278. TJSP, 1ª Câm. Civ., AgI 197.560-1, Rel. Renan Lotufo, j. 26-10-1993, JTTJ, 153/189.

‘Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o Juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo’.

A presente execução começou de maneira anômala, diretamente como execução por quantia certa, sem que o executado fosse citado para satisfazer o julgado, em prazo fixado pelo Juiz, sob pena de incorrer na multa. Descumpriu-se, pois, o preceito do art. 632 do CPC.

Segundo o CPC Comentado de Nelson Nery:

‘A execução de obrigação de fazer começa pela citação do devedor para que cumpra o julgado, no prazo fixado. Decorrido este, incide a multa que houver sido cominada’ (RSTJ 19/550).

Inobservou-se, portanto, o processo de execução de obrigação de fazer, que começou anormalmente como cobrança imediata da multa, sem que o executado recebesse a devida citação para cumprir o preceito, em prazo determinado pelo Juiz, após o que deveria incidir a multa fixada na sentença, aplicando-se também o art. 633 do Estatuto Processual.

À vista do exposto, acolho a preliminar de nulidade e dou provimento ao apelo, para anular a execução, que deverá iniciar-se na forma legal, como acima referido²⁷⁹.

2.13.12. Concurso especial de credores

Ao concurso universal de credores, que abrange todos os bens e todos os credores do executado, opõe-se o concurso especial, que se realiza sobre os bens penhorados e se destina a satisfazer os credores intervenientes²⁸⁰.

São formas de concurso universal de credores a falência e a insolvência civil, esta regulada nos arts. 748 e s. do Código de Processo Civil.

Há concurso especial de credores quando, na execução promovida por um, intervém outro credor, a fim de se satisfazer com o produto dos mesmos bens penhorados pelo primeiro.

279. TAMG, 4ª Câm. Cív., AC 246.273-3, Rel. Jarbas Ladeira, j. 5-11-1997, RT, v. 750, abril de 1998, ano 87.

280. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 141-2.

O concurso especial de credores está regulado nos arts. 709 a 713 do Código de Processo Civil, que disciplinam a distribuição, pelo juiz, do produto da execução entre os vários credores. Ocorre, pois, concurso especial de credores, recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, sem que haja decretação da falência ou declaração judicial da insolvência do executado.

No concurso especial de credores, cada credor com penhora anterior tem preferência sobre o outro, cuja penhora é posterior (CPC, arts. 612 e 613). Tal regra, porém, está longe de ser absoluta. Se intervieram na execução credores com privilégio ou preferência, eles devem ser pagos ainda antes do credor que promoveu a execução (CPC, arts. 709, II, e 711).

Em caso de concurso especial de credores, foi expedida carta de arrematação em favor de um dos credores, que arrematara o bem, depositando a diferença entre o valor da avaliação e o de seu crédito, tudo sem que fossem intimados os demais credores. Interposto agravo de instrumento, o tribunal anulou a arrematação, embora já registrada a respectiva carta. Disse: “vale assinalar, já foi decidido neste Egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil que:

‘Com efeito, não poderia ser dado seguimento à segunda praça, apenas com o lance por conta do crédito do agravante, sem que se desse conhecimento do fato aos demais credores portadores de penhora sobre os bens praceados nesses autos. Diversamente seria se houvesse sido arrecadado dinheiro na alienação judicial. O concurso a que fez referência o MM. Juiz poderia ser instaurado sobre esse produto. Mas a hipótese é de lance por conta do crédito, com o que apenas o credor exequente nestes autos seria satisfeito, em detrimento dos demais, os quais, eventualmente, poderiam deter privilégio ou preferência a serem devidamente sopesadas’.

A respeito do tema, anota Theotonio Negrão o seguinte:

‘Constando dos autos a existência de mais de uma penhora, devem os respectivos credores, sob pena de nulidade, ser intimados para a instauração do concurso e para falar sobre o pedido, bem como requerer o que for de seu interesse (Bol. AASP 1.584/99, 3 votos a 2) (‘in’ ‘Código de Processo Civil e legislação processual em vigor’, RT, 21ª ed., 1991, pág. 381, em nota 1b ao artigo 711)’

(cf. Agravo de Instrumento n. 631.818-7, deste 1º TAC, de que foi Relator o insigne Juiz MANOEL MATTOS — fls. 21 a 23).

No mesmo sentido, anota-se:

‘Havendo pluralidade de credores, com penhoras efetivadas sobre os mesmos bens do devedor, não poderá aquele que os arrematar deixar de exibir o preço acerca do qual se abrirá o concurso de preferência estabelecido pelo sistema processual vigente’ (cf. Apel. s/ Rev. n. 376.193, do qual foi Relator o Juiz Guerrieri Rezende *in* LEX — Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, 153/459).

Nula, pois, a arrematação. Viciado o ato pela falta da intimação dos credores com penhoras realizadas e até mesmo registradas e pela arrematação do bem sem exibição do preço, certo que ‘é ineficaz a arrematação se o credor arrematante não deposita o valor integral de seu lance, a fim de possibilitar ao credor preferencial o exercício de seu direito’ (STJ 4ª Turma, REsp n. 4.959-0/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 13.09.93, DJU, 23.05.94, pág. 12610, 1ª col., em.).

Isto significa que o credor está dispensado de exibir o preço da arrematação, ou poderá levantar a importância depositada, apenas se a execução for promovida em seu exclusivo interesse, visto que se ocorrer prelação de terceiros sobre o valor do bem arrematado, inafastável a prévia verificação da situação de cada credor. Desimporta que tenha sido expedida carta de sentença, ou que essa tenha tido ingresso no registro imobiliário. A arrematação não se aperfeiçoou, porque impunha-se a complementação do preço e essa não ocorreu, tendo, portanto, sido, indevidamente, firmado o auto de arrematação e a conseqüente carta. Evidente a nulidade dos atos acessórios apontados, tornando despicienda a propositura de processo especial, consoante previsão do artigo 694, parágrafo único, do CPC, porque negada ao agravante e demais credores oportunidade de intervir, tempestivamente, de modo a impedir a viciada arrematação, feita sem seu conhecimento. No caso, arrematante é o Banco agravado de cuja omissão decorre a nulidade do ato, não podendo, portanto, dele beneficiar-se em prejuízo de credor preferencial, por isso que descabido considerar a referida arrematação como perfeita, acabada e irretratável, certo que a assinatura dos correspondentes auto e carta decorreu de erro de fato, qual seja, a falta de informação da

existência de outras penhoras sobre o imóvel e a conseqüente intimação dos demais credores, a fim de que pudessem requerer o que fosse de seu interesse. Bem por isso é dado provimento ao agravo de instrumento, sendo a r. decisão recorrida reformada, e por via de conseqüência anuladas a arrematação e sua respectiva carta, expedindo-se mandado para o Registro de Imóveis, ensejando-se, ainda, que sejam intimados todos os credores que obtiveram penhora do mesmo imóvel para que requeiram o que for de seu interesse”²⁸¹.

Nesse caso, a decretação da nulidade impor-se-ia, qualquer que fosse a doutrina aplicada. Galeno Lacerda decretaria a nulidade porque, violada norma tuteladora do interesse da parte, ocorreu prejuízo. Aroldo Plínio Gonçalves decretaria a nulidade (não cominada), por ter havido provocação da parte. Teresa Wambier a pronunciaria nulidade, por ter havido prejuízo e provocação da parte.

2.14. Conclusões finais

As nulidades processuais decorrem da violação de norma processual. Trata-se, por suposto, de violação de norma cogente, porque não há violação de norma dispositiva quando as partes convencionam em sentido diverso ao nela estatuído. Não viola a lei quem faz o que ela permite.

A existência de uma norma violada põe como questão prévia a relativa à existência, como diria Chiovenda, de uma vontade da lei. Em outras palavras, a interpretação da norma e a fixação de seu sentido têm de ser feitas antes de se pôr em jogo o regime jurídico das nulidades. Assim, por exemplo, somente depois de se afirmar que a lei exige, efetivamente, a intimação das partes, para o julgamento de reexame necessário, é que cabe indagar se a falta implica mera irregularidade, nulidade sanável ou insanável, nulidade decretável de ofício ou dependente de arguição da parte.

O processo é regulado basicamente por normas cogentes, cuja aplicação não pode ser afastada nem pelas partes, nem pelo juiz. As

281. 1ª TACSP, AgI 707.596-3, Rel. Gomes Corrêa, j. 25-9-1996, JTACSP, 161/22.

nulidades decorrem de sua violação, diga-o a lei expressamente ou não, donde as referências a nulidades cominadas e não cominadas.

Ao juiz compete a direção do processo e, portanto, zelar por sua regularidade. Por isso as nulidades são, de regra, decretáveis de ofício, haja ou não, na lei, cominação expressa de nulidade.

Quer se trate de nulidade cominada ou não cominada, só deve o juiz pronunciá-la verificando que ocorreu prejuízo e, pronunciando-a, providenciar, se possível, em sua sanação, mediante repetição, retificação ou ratificação do ato.

Em casos raros, desconsidera-se o requisito do prejuízo; por exemplo, dele não se cogita se a sentença foi proferida por juiz absolutamente incompetente. A nulidade, aí, sana-se, mas com a remessa dos autos ao juiz competente.

Em que hipóteses a pronúncia da nulidade depende de alegação da parte, sujeitando-se, pois, à preclusão, por não ter sido alegada na primeira oportunidade em que lhe coube falar nos autos?

Não é por ausência de expressa cominação que a nulidade exige arguição da parte²⁸². Nem por se tratar de norma dispositiva, pois somente norma cogente pode ser violada.

A necessidade de alegação da parte não se vincula sequer à circunstância de estar em jogo direito disponível. É que o fato de um direito ser disponível para a parte não quer dizer que o seja para o juiz. Ao proprietário é dado vender o bem pelo preço que bem entenda, mas ao juízo é vedado aliená-lo por preço vil; ainda que se sustente que o devedor pode indicar à penhora bem impenhorável, renunciando, assim, ao chamado “benefício de competência”, certo é que, não havendo tal indicação, é vedado ao juízo penhorar bem impenhorável.

282. Está visto que não concordamos com Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que “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” (As nulidades..., *Revista*, cit., p. 50). A fórmula, demasiado ampla, restringe excessivamente os poderes do juiz, ao qual compete conduzir o processo de conformidade com as normas legais, haja ou não expressa cominação de nulidade.

As nulidades que se sujeitam à preclusão são as decorrentes de ação ou omissão ilegal, que haja impedido a parte de, no momento oportuno, requerer, alegar, produzir prova ou simplesmente presenciar ato do processo.

Explica-se: às partes são assegurados, no processo, os direitos de requerer, de produzir alegações, provas e de estar presente em atos do processo. Mas elas são livres, podendo, pois, não requerer, não alegar, não produzir provas, não comparecer. O fato de, por ato ilegal, haver a parte sido impedida de praticar ou presenciar ato processual não lhe retira essa liberdade, motivo por que lhe é dado optar por não alegar a nulidade²⁸³. É nessas hipóteses que opera a preclusão.

Tem-se, aí, uma extensão da regra de que o comparecimento supre a falta de citação. O réu, nulamente citado, comparecendo, pode argüir a nulidade, oferecer contestação ou simplesmente receber o processo no estado em que se encontra. A opção é sua. A parte, a quem não se deu vista de documento junto aos autos pelo adversário, pode argüir a nulidade ou ignorá-la. Impedida de tempestivamente depositar em cartório o rol de testemunhas, porque intimada apenas na véspera da realização da audiência, pode a parte optar por comparecer, sem argüir a nulidade. Impedida de produzir prova pericial, por decisão equivocada do juiz, fica a critério da parte a interposição ou não do recurso de agravo.

Observe-se que, assim como no caso de falta ou nulidade da citação, a nulidade da intimação pode ser decretada pelo juiz, de ofício, enquanto não sanada pelo comparecimento. Deste modo, pode o tribunal decretar a nulidade da execução por não intimada da penhora de imóvel a mulher do devedor. Mas se esta comparece, sem argüir a nulidade, o vício resta sanado e ocorre preclusão.

283. Enquadra-se, aí, a hipótese, apontada por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, de ser o réu impedido de apresentar o seu memorial *depois* de conhecer o do autor. (Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais, *RT*, 662/25-30.)

Podendo nem sequer oferecer memorial, pode o réu concordar com o oferecimento simultâneo. Não se trata, de modo algum, de nulidade “insanável”.

(O que eventualmente poderá ser difícil de determinar é qual terá sido a primeira oportunidade que a parte teve para falar nos autos. Junto aos autos documento, sem lhe ter sido dada vista, em que momento se poderá razoavelmente presumir que efetivamente dele tomou conhecimento? No caso de julgamento sem prévia intimação da parte, qual o primeiro momento para a alegação da nulidade: o dos embargos de declaração ou o do recurso cabível?)

Interpretamos os arts. 243 a 245 do Código de Processo Civil como se dissessem:

Art. 243. Ainda que prescrita em lei determinada forma, sob pena de nulidade, o juiz não a pronunciará se, dependendo de arguição do interessado, for requerida pela parte que lhe deu causa.

(Dizendo o Código que a parte que deu causa à nulidade não pode alegá-la, ainda que cominada, deixa claro que uma e outra podem depender de alegação da parte.)

Art. 244. Cominada ou não a nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 245. Incumbe à parte alegar a nulidade, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão, se impedida, por ação ou omissão ilegal, de oferecer requerimento, produzir alegações ou provas ou comparecer a ato processual.

§ 1º Não prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Pode-se aplicar a mesma doutrina ao Ministério Público?

Atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não é parte, porque nada pede, nem contra ele se pede. Todavia, como às partes, assegura-se-lhe o direito ou faculdade de requerer, de produzir alegações e provas e de estar presente em atos do processo. O Ministério Público tampouco é juiz. Contudo, antes da sentença, emite parecer, que não tem a natureza de meras alegações mas constitui como que um projeto de sentença. E o prazo, que para isso lhe é assinado, é meramente ordinatório. Significa isso que o fiscal da lei tem como que uma dupla face, uma de parte, a outra de juiz.

Enquanto fiscal da lei, o Ministério Público age como se fosse parte e conclui como se fosse juiz. Embora pareça atuar às vezes

como assistente de uma das partes, e outras, do juiz, não é nem parte, nem juiz, nem assistente de quem quer que seja, mas exerce função própria, distinta de qualquer outra.

Sendo o caso de intervenção do Ministério Público, sua intimação para acompanhar o feito impõe-se, sob pena de nulidade (art. 246). Todavia, assim como à parte, é lícito ao Ministério Público requerer ou deixar de requerer, produzir ou não produzir alegações e provas, comparecer ou não aos atos do processo. Por isso mesmo, se, por ação ou omissão, é impedido de praticar ato ou de estar presente em ato processual, precisa alegar a nulidade, na primeira oportunidade em que lhe é dado falar nos autos, sob pena de preclusão. São momentos em que os poderes e ônus do Ministério Público igualam-se aos das partes.

Por essa mesma razão, verificando o juiz que o Ministério Público não foi intimado para acompanhar o feito, não deve de logo pronunciar a nulidade. O que deve é determinar sua intimação. Cabe ao Ministério Público alegar ou não a nulidade, conforme entenda que houve ou não prejuízo para os interesses que foi chamado a defender. Assim como pode o Ministério Público recusar-se a intervir, por entender não ser o caso, no que tem a última palavra, assim lhe compete provocar ou não o pronunciamento da nulidade, conforme entenda que, sem sua intervenção, o processo atingiu ou não sua finalidade. São situações em que o Ministério Público ostenta a face de parte.

Freqüentemente os tribunais decretam a nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público, afirmando-a absoluta e insanável. Admite-se, contudo, que

“cabe ao próprio Ministério Público, e não ao Judiciário, a decisão final a respeito da existência do interesse público e da forma de intervenção no processo. Moniz de Aragão ensina que ‘o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia, o Ministério Público, de fiscal do Juiz, na aplicação da lei, em fiscalização dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora’ ” (João Lopes Guimarães Júnior)²⁸⁴.

284. Ministério Público e suas atribuições no processo civil, *Justitia*, 161/29-39.

É possível que, havendo o tribunal decretado a nulidade do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, venha este a se pronunciar no sentido de não ser caso em que deva intervir... Cria-se então um impasse, porque o tribunal já decretou a nulidade do processo e não tem poderes para desconstituir sua própria decisão. Isso demonstra a necessidade de se intimar o Ministério Público *antes* de se decretar a nulidade do processo, por falta de sua intervenção.

Podendo o Ministério Público o *mais*, que é recusar-se a intervir, não se lhe pode negar o *menos*, qual seja, intervir no processo sem alegar a nulidade, porque assim como tem poderes para negar a existência de interesse público que justifique sua intervenção, também há de tê-los para dizer que de sua falta não decorreu prejuízo para o interesse público.

É a seguinte a leitura que fazemos do art. 246 do Código de Processo Civil:

É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido sem conhecimento do Ministério Público, o juiz determinará sua intimação, sanando-se o vício, não sendo a nulidade argüida na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos.

III

EFEITOS DO TRÂNSITO EM JULGADO SOBRE OS VÍCIOS PROCESSUAIS

O trânsito em julgado da sentença provoca alterações no regime das invalidades processuais.

Se exigida alegação (CPC, art. 245), de regra terá ocorrido preclusão. Pode acontecer, porém, que a parte não tenha tido oportunidade de alegar o vício. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de o advogado não ser intimado para a sessão de julgamento. Nesse caso, não prevalece a preclusão (art. 245, parágrafo único, *in fine*) e a nulidade converte-se em rescindibilidade.

A nulidade que no curso do processo podia ser decretada de ofício, já não pode sê-lo depois de proferida a sentença, pois, com sua publicação, o juiz acaba o ofício jurisdicional (CPC, art. 463). A nulidade transforma-se em rescindibilidade, dependente, pois, de arguição pelo interessado no prazo previsto em lei.

Em casos raros, como o de falta ou nulidade da citação em processo que correu à revelia, o vício pode ser argüido mesmo depois do decurso do prazo para a propositura de ação rescisória. Em outras palavras, a nulidade (ou a ineficácia) persiste, não se convertendo em mera rescindibilidade. Poderá ser pronunciada em outro processo, mediante provocação do interessado, por embargos à execução ou por outro meio cabível.

Aroldo Plínio Gonçalves afirma ser logicamente impossível passar em julgado sentença absolutamente nula. Isso por entender que somente se pode falar em nulidade havendo ela sido decretada. Ora, o trânsito em julgado impede essa decretação. Admite, porém, que se

declare, a qualquer tempo, a inexistência da sentença²⁸⁵. Discordamos porque, embora a nulidade não possa ser decretada no mesmo processo, que por suposto findou, pode ser decretada em outro.

Toda sentença, desde que existente, somente é retirada do mundo jurídico por ação desconstitutiva. Aqui, o nulo produz efeitos, enquanto não ocorre sua desconstituição, contrariando-se o aforismo *quod nullum est nullum producit efectum* (o que é nulo não produz nem efeito).

A desconstituição de sentença de mérito, por nulidade ou por outro motivo previsto no art. 485 do CPC, dá-se por ação rescisória, sujeita a prazo de decadência.

A sentença inexistente, como a proferida por quem não é juiz, pode ser declarada como tal, incidentemente, em outro processo, a qualquer tempo e até de ofício. Não se cogita de decadência, nem é preciso que se proponha ação declaratória da inexistência.

Outros atos processuais eventualmente nulos, como a arrematação, podem ser desconstituídos por ação *anulatória*, enquanto não ocorrer a decadência do direito; se inexistentes, podem ser incidentemente declarados como tais, a qualquer tempo.

Em suma, os atos processuais, embora nulos, produzem efeitos enquanto não desconstituídos pela forma prevista em lei. Podem ademais admitir a sanção do vício, pelo decurso do tempo.

A inexistência é apenas declarada. A nulidade resulta de sentença constitutiva negativa. É a sentença que retira o ato do mundo jurídico. Nisso estamos a seguir lição de Pontes de Miranda:

“Só se declara inexistência, ou ineficácia. Para os romanos, o nulo não existia; mas isso acabou; tanto o nulo como o anulável tem de ser desconstituído, — decreta-se a nulidade, o que faz o que é nulo passar a ser inexistente, e decreta-se a anulação, deixando assim de existir o que era existente e relativamente inválido”²⁸⁶.

Outra categoria a considerar é a da sentença ineficaz. É o que ocorre, a nosso ver, no caso do art. 741, I, do CPC, isto é, no caso de

285. *Nulidades*, cit., p. 73.

286. *Tratado*, cit., p. 83.

sentença proferida em processo que correu à revelia, com falta ou nulidade da citação. A sentença é ineficaz em relação ao réu não citado ou que foi nulamente citado, podendo ser válida e eficaz em relação a outros réus validamente citados, como no caso de ação proposta contra vários réus em litisconsórcio passivo simples.

A ineficácia, embora suponha a existência do ato, tem com ela de comum a circunstância de poder ser declarada incidentemente e a qualquer tempo. Mas, ao passo que a inexistência pode ser sempre declarada de ofício, a declaração de ineficácia pode depender de declaração de vontade do interessado. Entendemos, por exemplo, que o revel, embora nulamente citado, pode aceitar a sentença, o que ocorre se, citado para a execução, não oferece embargos ou, embargando, não argúi a nulidade.

Uma aparente dificuldade resulta do art. 214 do Código de Processo Civil, ao dispor que, para a validade do processo, é indispensável a citação do réu. Todavia, o mesmo raciocínio, levando em conta a possibilidade de litisconsórcio passivo simples, leva à conclusão de que *validade* está, aí, em lugar de *eficácia*.

No estudo intitulado “A sentença e a preterição de litisconsorte necessário”, Nelson Azevedo Jobim apresenta conclusões que se afinam com as assertivas acima feitas, no sentido de que a falta de citação acarreta a ineficácia, e não a inexistência ou nulidade da sentença, havendo, no caso de ineficácia relativa, necessidade de arguição pelo interessado. Diz:

“a) A litisconsorciação necessária é pressuposto de eficácia da sentença e não de sua validade ou existência.

b) Na hipótese de litisconsórcio necessário simples, a sentença será ineficaz relativamente ao preterido, e somente este tem legitimação para provocar a declaração de ineficácia.

c) Na hipótese de litisconsórcio necessário unitário, em que o interesse litigioso seja disponível, a sentença será ineficaz relativamente ao preterido, sendo este o único legitimado para promover a declaração de ineficácia. A promoção de tal declaração pelo litisconsorte preterido aproveita aos demais litisconsortes que forem unitários.

d) Na hipótese de litisconsórcio necessário unitário, em que o interesse litigioso seja indisponível, teremos uma ineficácia absolu-

ta da sentença (ineficaz em relação a todos, inclusive àqueles que foram partes), razão pela qual todos são legitimados para a promoção da declaração de ineficácia”²⁸⁷.

Só em casos raros se pode falar em sentença inexistente, tais como a proferida por não-juiz, a que o juiz não chegou a escrever ou a assinar ou a entregar em cartório para ser publicada.

1. VÍCIOS PRECLUSIVOS, RESCISÓRIOS E TRANSRESCISÓRIOS

Já se assinalou a existência de vícios que se desconsideram uma vez transitada em julgado a sentença; outros que persistem, mas autorizam a rescisão da sentença; outros, ainda, que resistem até mesmo ao decurso do prazo para a propositura de ação rescisória, podendo motivar, a qualquer tempo, a declaração da inexistência ou da ineficácia da sentença ou a decretação de sua nulidade.

Com base nesses elementos, construímos a seguinte classificação: vícios preclusivos, vícios rescisórios e vícios transrescisórios²⁸⁸.

Estamos a mantê-la, com a observação de que rescindir tem também o significado de anular e que, em alguns casos, a ação cabível não é a rescisória, mas a anulatória (veja-se o art. 486 do CPC), ou que se trata não de anular sentença, mas ato outro, como a arrematação.

Passamos a apontar casos enquadráveis em cada uma das categorias, alguns já indicados, de passagem, quando do exame dos pressupostos processuais de existência, validade e regularidade do processo.

1.1. Meras irregularidades e vícios preclusivos

Denominam-se meras irregularidades vícios de mínima importância para os fins do processo. Um exemplo freqüentemente apontado é a falta de rubrica do escrivão nas folhas dos autos.

287. Nelson de Azevedo Jobim, A sentença e a preterição de litisconsorte necessário, *Ajuris*, 28/32-46.

288. José Maria Rosa Tesheiner, *Elementos para uma teoria geral do processo*, p. 131 e s.

Os vícios preclusivos, embora apresentem maior gravidade, somente autorizam a decretação da nulidade havendo prejuízo e alegação da parte prejudicada. Se esta não argúi a nulidade na primeira oportunidade em que lhe cabe falar nos autos, ocorre preclusão e ela já não pode ser pronunciada.

— A competência do juiz para conhecer da ação é pressuposto processual. Todavia, a incompetência, quando relativa, deve ser argüida no prazo legal, sob pena de prorrogação da competência (CPC, art. 114).

— Pressuposto processual é também a imparcialidade do juiz. Deve este, de ofício, declarar a própria suspeição (CPC, art. 137). Contudo, sua argüição, pela parte, está sujeita ao prazo preclusivo de quinze dias (CPC, art. 305), também precluindo a decisão do tribunal (CPC, art. 314) que rejeite a exceção.

— Se o advogado de réu incapaz, validamente citado, apresenta-se com procuração passada por absolutamente incapaz, ou por relativamente incapaz não assistido, há defeito de representação que, não sanado (CPC, art. 13, II), acarreta a revelia, considerando-se não oferecida a contestação.

— Também há revelia, e não nulidade, se o réu, sem o *jus postulandi*, oferece contestação por ele próprio subscrita (CPC, art. 13, II).

— A inobservância de pressupostos formais constitui, de regra, mera irregularidade ou se sujeita à preclusão. Assim, atos processuais como a petição inicial, intimações e recursos, praticados em feriados ou férias forenses (falta de pressuposto formal referente ao tempo), não são nulos. Apenas têm sua eficácia diferida para o primeiro dia útil subsequente.

— A decisão interlocutória que rejeite a alegação de inadequação do procedimento (erro de forma do processo — CPC, art. 250) preclui e não autoriza a rescisão da sentença.

— Da decisão que indefere a produção de provas decorre preclusão, se não interposto agravo, no prazo legal.

— A falta ou nulidade da intimação da sentença apenas impede o seu trânsito em julgado.

— Fica a alegação de compromisso sujeita à preclusão (CPC, art. 301, § 4º). Também se sujeitam à preclusão: à decisão que rejei-

ta a alegação de perempção ou a de litispendência, a que dispensa a caução prevista no art. 835 do Código de Processo Civil ou o depósito das custas e honorários a que se refere o art. 268, bem como a que determina o prosseguimento da ação, embora não tendo havido tentativa de conciliação eventualmente exigida por lei.

— Não cabe ação rescisória por ofensa à litispendência. Por outro lado, dela pode o juiz conhecer de ofício. É um caso em que a preclusão decorre do mero trânsito em julgado da sentença.

1.2. Vícios rescisórios

Denominamos “rescisórios” os vícios que sobrevivem ao trânsito em julgado da sentença, autorizando sua rescisão por ação própria.

— A forma escrita da petição inicial, quando exigida, é da essência do ato. Se o juiz recebe petição oral e determina a citação do réu, há nulidade decretável a qualquer tempo, no curso do processo. Cabível rescisória por violação de literal disposição de lei, salvo se reduzidas a termo as declarações do autor, caso em que, embora por outra forma, ter-se-á atingido o fim colimado pela norma.

— No caso de petição inicial firmada pessoalmente pelo autor, sem o *jus postulandi*, há nulidade, nos termos do art. 4º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906, de 4-7-1994), que pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 267, § 2º. Cabe rescisória, por erro de fato ou por violação de literal disposição de lei, conforme o juiz se dê ou não conta da circunstância.

— A incompetência absoluta sana-se com a remessa ao juiz competente (CPC, art. 113, § 2º). Não há preclusão. A incompetência absoluta pode ser declarada a qualquer tempo, no curso do processo, e autoriza a rescisão da sentença, conforme dispõe o art. 485, II, do Código de Processo Civil.

— Também o vício decorrente de impedimento do juiz sana-se com a remessa dos autos ao substituto legal (CPC, art. 313). Igualmente não há preclusão. O impedimento pode ser declarado a qualquer tempo, no curso do processo, e autoriza a rescisão da sentença, conforme dispõe o art. 485, II, do Código de Processo Civil.

— A procuração passada ao seu advogado, por autor menor, relativamente incapaz, sem a devida assistência, é anulável (CC, art.

147, I). A ratificação é possível (CC, art. 148). Não ocorrendo a ratificação, o processo é nulo (CPC, art. 13, I). Essa nulidade pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição e converte-se em rescindibilidade, com o trânsito em julgado da sentença.

— Da mesma forma, no caso de falta de autorização, quando exigida para a propositura da ação (CPC, art. 11).

— A falta de intervenção do Ministério Público autoriza ação rescisória (CPC, art. 487, III).

— Sentença sem o relatório ou sem a fundamentação (CPC, art. 458, I e II) é desconstituível por ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

— A falta de pedido, na petição inicial, não impede a constituição da relação processual, com a eventual condenação do autor nas custas e, se o réu chegou a ser citado, também em honorários advocatícios. A sentença que o juiz profira (afirmando-se autorizado a agir de ofício ou dizendo bastar pedido genérico e implícito de aplicação da lei) é rescindível, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

— Cabe rescisória, se a sentença é *ultra petita* ou *extra petita*. É rescindível, diz José Carlos Barbosa Moreira, a sentença que, “ao arrepio do preceito insculpido no art. 128, julgue *ultra petita* ou *extra petita*”²⁸⁹.

— O mesmo ocorre no caso de sentença que acolha pedido formulado sem indicação da causa de pedir.

— Equiparável à ausência de causa de pedir é a falta de nexo lógico entre a narração dos fatos e a conclusão (CPC, art. 295, parágrafo único, III).

— A existência de coisa julgada anterior autoriza ação rescisória, como expressamente dispõe o art. 485, IV.

1.3. Vícios transrescisórios

Aqui o grupo diminuto, porém importante, dos vícios correspondentes a pressupostos cuja falta autoriza a declaração da inexistência

289. *Comentários*, cit., 1998, v. 5, p. 130.

ou ineficácia da sentença, ou a decretação de sua nulidade, ainda que decorrido o prazo para a propositura de ação rescisória.

— Prescinde de rescisão, observa Adroaldo Furtado Fabrício, a sentença inexistente, assim como aquela cuja eficácia não alcança determinado lugar, ou certa pessoa, ou não se opera em dadas circunstâncias²⁹⁰.

— A falta de jurisdição determina a inexistência jurídica da sentença que profira o pretensão juiz.

— No caso de não ser ratificada a inicial, no caso de haver o advogado proposto a ação, sem exhibir procuração (CPC, art. 37), a sentença acaso proferida será ineficaz com relação a quem podia ter ratificado a inicial, mas não o fez. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

— A hipótese de petição inicial firmada por advogado com procuração passada por absolutamente incapaz é equiparável à de ausência de mandato. A ratificação, pelo representante do incapaz, é possível (CPC, art. 13). Sem ela, a sentença será ineficaz relativamente ao autor absolutamente incapaz. Não será o decurso do prazo para a ação rescisória que tornará invulnerável a sentença.

— No caso de ação proposta contra quem não tenha capacidade de ser parte (p. ex., ação contra órgão de pessoa jurídica), o processo existe e deve ser desconstituído por sentença, com a condenação do autor nas custas. A sentença de procedência, acaso proferida, é ineficaz (lembremo-nos de que pode haver outros réus, em litisconsórcio facultativo simples). Essa ineficácia pode ser declarada a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

— Se o demandado, absolutamente incapaz, não foi citado na pessoa de seu representante ou se, relativamente incapaz, seu pai, mãe ou tutor não foi intimado da citação, há nulidade desta, o que acarreta a ineficácia da sentença, cuja declaração independe de ação rescisória, por força do art. 741, I, do Código de Processo Civil.

— Da inexistência ou nulidade da citação, em processo que corra à revelia, decorre a ineficácia da sentença em relação à parte

290. Réu revel não citado..., *Ajuris*, cit., 42/7-32.

que não foi citada ou foi nulamente citada. Desnecessária a ação rescisória (CPC, art. 741, I). No caso de litisconsórcio passivo necessário, essa ineficácia é absoluta, significando isso que “não apenas os interessados cuja citação se omitiu, ou se fez deficientemente, mas também os demais permanecem aptos a resistir à ‘execução’ (*latissimo sensu*, no sentido de imposição de efeitos) do julgado, pela via dos embargos, se cabíveis, ou por outras que a essa equivalham” (Adroaldo Furtado Fabrício)²⁹¹.

— Sentença não escrita, não assinada ou sem o dispositivo é sentença inexistente.

— A incompatibilidade de pedidos sana-se com a opção do autor por um deles ou mesmo com a sentença que, interpretando um como principal e o outro como subsidiário, acolha um único. Se o dispositivo da sentença contém contradição invencível (como a decretação da nulidade do contrato e a condenação do réu em prestação dele decorrente), há ineficácia.

— A declaração da inexistência ou ineficácia, ou a decretação da nulidade da sentença, pode ser obtida, conforme o caso, por decisão interlocutória, por embargos à execução, por *habeas corpus*, por mandado de segurança, por ação declaratória e até incidentemente. Também por ação rescisória, não obstante certa impropriedade do meio.

Humberto Theodoro Júnior afirma, com a ressalva de não se tratar de uma posição “definitivamente assumida”, que os “vícios profundos”, ou seja, aqueles que atingem os pressupostos processuais e as condições da ação, impedem a formação da coisa julgada, dispensando, pois, ação rescisória. Argumenta:

“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, 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”.

Consciente de estar assim a abrir uma perspectiva muito ampla de ataque à eficácia da coisa julgada, pois essa deixará de existir

291. Réu revel não citado..., *Ajuris*, cit., 42/7-32.

quando se descobrir alguma violação a qualquer pressuposto processual ou a qualquer condição da ação, tratou de restringir:

“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, 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 judicata* 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”²⁹².

Criticando esse posicionamento, observamos que redefinir os pressupostos processuais, para excluir os que evidentemente escapam à regra que o autor pretende fixar, equivale a cortar os pés de quem dorme, para caber por inteiro na cama.

Parece-nos claro, outrossim, que tal entendimento não corresponde ao sistema legal. Tome-se o caso da incompetência absoluta ou de impedimento do juiz. Por mais que se restrinja o conceito de pressupostos processuais, não há como excluir de sua com-

292. Humberto Theodoro Júnior, As nulidades..., *Revista*, cit., p. 39-59.

preensão os pressupostos da competência e da imparcialidade do juiz. Todavia, os vícios processuais mencionados determinam a mera rescindibilidade da sentença, como decorre do art. 485, II, do CPC.

Embora com algum fundamento lógico, a tese do autor é, a nosso juízo, inconveniente, pelos maus resultados que produziria, se acolhida pelos tribunais. Efetivamente, diz o autor que, “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”. Bastaria, assim, ao vencido, demonstrar que o adversário se fez representar no processo por advogado impedido ou incompatibilizado para o exercício da advocacia, para transformar em pó sentença por lei já insuscetível de ataque até mesmo por ação rescisória.

Na verdade, a nulidade da sentença *pode* decorrer da falta de pressuposto processual, mas não se pode generalizar, afirmando que da falta de pressuposto processual decorre necessariamente a nulidade da sentença e, pois, a desnecessidade de rescisória.

No direito, cumpre atender mais aos resultados sociais das teses apresentadas do que ao rigor lógico das deduções.

A classificação apresentada, vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios, de certo modo sintetiza a presente obra, que iniciou com o conceito de inexistência e passou em revista os pressupostos processuais e os atos do processo, do ponto de vista dos vícios que podem apresentar. Concluímos manifestando nosso desejo de que ela possa ser útil aos operadores do direito e contribuir para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. II.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1975. v. 1, t. I e II.
- BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. da ed. alemã de 1868. Buenos Aires, Europa-América, 1964.
- CAMARGO, Cláudio Lima Bueno de. Da curadoria especial nas execuções (súmula n. 196 do STJ). *Lex — Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 111/9.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. G. Menegale. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1995. v. I.
- . La idea romana en el proceso civil moderno. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1949. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre, Le Jur, 1988.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. III.
- . *Invalidades processuais*. Porto Alegre, Le Jur, 1989.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “Querela Nullitatis” e ação rescisória. *Ajuris*, Porto Alegre, 42/7-32, mar. 1988.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova, CEDAM, 1940.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- . *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1993.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público e suas atribuições no processo civil. *Justitia*, São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça, 161/29-39, 1993.
- JOBIM, Nelson de Azevedo. A sentença e a preterição de litisconsorte necessário. *Ajuris*, Porto Alegre, 28/32-46, jul. 1983.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre, La Salle, 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- MACEDO, Alexander dos Santos. *Da “Querela Nullitatis”, sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen-Juris, 1998.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- MALACHINI, Edson Ribas. Nulidades no processo civil. *RT*, São Paulo, 545/25-34, mar. 1981.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1974. v. I; 1975. v. III.
- MARQUES, Mauro Pinto. A custódia da lei. *Ajuris*, Porto Alegre, 65/279-84, nov. 1995.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

- MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Barcelona, Bosch, 1992. t. 1.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. *Ajuris*, Porto Alegre, 20/166-80, nov. 1980.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. 5.
- . *Publicité et secret du délibéré dans la justice brésilienne*. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo, Saraiva, 1989.
- . *Citação de pessoa já falecida*. *Ajuris*, Porto Alegre, 58/85-94, jul. 1993.
- NERY JR., Nelson. *A citação com hora certa e a contestação do curador especial*. *Ajuris*, Porto Alegre, 47/76-89, nov. 1989.
- NETO, Francisco de Paulo Xavier. *Intervenção do Ministério Público pela qualidade da parte*. *Ajuris*, Porto Alegre, 38/219-23, nov. 1986.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade (org.)*. In: *Saneamento do processo*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989 (p. 131-9).
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979; 6. ed., 1982.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.
- . *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1998.
- . *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo, Max Limond, 1953. v. 4.
- ROBLOT, René. *La justice criminelle en France sous la terreur*. Paris, LGDJ, 1938.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1.
- SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.

- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, 25/161-79, jul. 1982.
- . As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, 30/38-59.
- . Princípios gerais do direito processual civil. *Ajuris*, Porto Alegre, 34/161-84, jul. 1985.
- TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais. *RT*, São Paulo, 662/25-30, dez. 1990.
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Ministério Público; sua atuação no cível. *RT*, São Paulo, 653/257-9, 1990.
- XAVIER NETO, Francisco de Paulo. Intervenção do Ministério Público pela qualidade de parte. *Ajuris*, Porto Alegre, 38/219-23, nov. 1986.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. 7. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

Impressão e acabamento
Editora SARAIVA
Unidade Gráfica
Av. Amâncio Gaiolli, 1146
Guarulhos-SP