

# NULIDADES PROCESSUAIS

DES. SÁTIRO NOGUEIRA

Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito do Piauí

*Sumário:* § 1. Atos processuais. § 2. Teoria das nulidades processuais. § 3. Nulidade e inexistência. § 4. Conseqüências da infração. § 5. Delimitação das nulidades processuais. § 6. Princípios informativos da teoria. § 7. As nulidades na legislação derogada. § 8. Sistemática das nulidades na lei vigente. § 9. Exclusão do inexistente. § 10. Nulidade e anulabilidade. § 11. Enquadramento da nulidade *ipso iure*. § 12. Da sentença como ato processual. § 13. Pressupostos essenciais da sentença. § 14. O pressuposto da relação processual. § 15. Citação e relação processual. § 16. Individuação de sentenças nulas. § 17. Incompetência *ratione materiae*. § 18. Exame das normas codificadas. § 19. Nulidades inoperantes. § 20. Sanação da nulidade pelo suprimento da forma omitida ou pela repetição do ato defeituoso. § 21. Indecretabilidade da nulidade com prejuízo da parte legitimada para argüi-la. § 22. Mais exceções ao princípio da relevância das formas. § 23. Oportunidade de argüição das nulidades. § 24. Extensão das nulidades (art. 278). § 25. Da defesa oponível às sentenças nulas *ipso iure*. Bibliografia.

§ 1. *Atos processuais.* O direito processual é um conjunto de normas que regulam os atos através dos quais se procede à aplicação do direito material.

Todos êsses atos se sucedem em cadeia que se prolonga desde a petição inicial até à sentença em que se concretiza a entrega da prestação jurisdicional do Estado.

Não são arbitrários os atos processuais. Além das condições de tempo e lugar em que se realizam, haverá cada um dêles de obedecer a preestabelecidos pressupostos de forma.

§ 2. *Teoria das nulidades processuais.* A teoria das nulidades processuais tem por objetivo o estudo dos princípios que disciplinam a repercussão das transgressões de forma prescrita em lei sôbre a validade dos atos processuais.

Mesmo os juristas, como *Couture* (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, §§ 175/176 e *Batista Martins* (Comentários, III, 232), que dão à teoria das nulidades caráter geral, abrangente de todos os ramos do direito, reconhecem que as soluções tenham de ajustar-se a regras específicas peculiares a cada setor da ordem jurídica.

Em verdade, a generalização, ao invés de facilitar, dificulta o conhecimento dos princípios, envolvendo-os em maior obscuridade.

Daí porque, na tentativa de sistematização das nulidades processuais, deve o jurista libertar-se dos resíduos não só do direito anterior, senão, também, do próprio Código Civil, e ater-se, exclusivamente, aos princípios incorporados pelo vigente estatuto processual.

§ 3. *Nulidade e inexistência.* Em direito romano, *nullus*, de *nec ullus*, significava nenhum. Então, *nulo* e *inexistente* eram palavras semânticamente equivalentes.

Tal conceituação, resultante de filosofia em aberto conflito com a lógica, está, porém, superada. Modernamente, a doutrina repele a identificação dos conceitos de nulidade e inexistência.

Inexistente é o que não chegou a constituir-se. Por se

não haver constituído, o que não existe permanece fora do mundo jurídico.

Nulidade é vício resultante de transgressão de norma preestabelecida para a constituição do ato jurídico.

Viciado, o ato jurídico processual fica com a sua validade vulnerada. Atribuir validade ou invalidade ao inexistente será *contradictio in adjecto*.

Seja, v.g., a citação edital de pessoa falecida, ou uma sentença proferida por delegado de polícia. Não há cogitar se tais atos valem ou não valem. São ambos inexistentes. A um e outro faltam os pressupostos de subjetividade, essenciais à constituição do ato, à sua existência. Sòmente quem exista e seja capaz poderá ser citado. E não pode sentenciar quem não exerça função jurisdicional.

Se, porém, o ato processual se consumou, congregando, na sua constituição, os pressupostos essenciais, ainda assim lhe poderão faltar pressupostos outros que a lei haja prescrito como condição de perfectibilidade.

Viciado em algum ou alguns de seus pressupostos de perfectibilidade, o ato processual existe, embora imperfeito. Será, pois, um ato processual defeituoso.

§ 4. *Conseqüências da infração*. Como se vê, infringida que tenha sido a norma jurídica relativa à constituição de determinado ato processual, êste se torna defeituoso.

Que conseqüências poderão advir do defeito de ato processual? Invalida-se sòmente o ato viciado, ou, também, os subseqüentes que dêle dependam? Poderá, em alguma circunstância, convalidar-se o ato processual viciado? Que fazer-se, se inconvalidável o ato processual defeituoso?

Resolver estas poucas questões será formular tôda a teoria das nulidades processuais. E a solução de tôdas elas há-de buscar-se no direito processual positivo ou, mais precisamente, nos textos codificados.

§ 5. *Delimitação das nulidades processuais*. De conveniência metodológica será que, antes do exame das questões relacionadas com as eventuais conseqüências de infração de

forma, se delimite o campo de atuação das nulidades processuais.

A nulidade processual se consubstancia pelo desvio ou afastamento, não dos fins colimados pela justiça através do direito, porém, sim, dos meios de alcançá-la. Esses meios são formas preestabelecidas visando à aplicação do direito objetivo material. Disto resulta o *princípio de abstenção do material*, por força do qual a nulidade processual, de regra, sòmente atinge à forma, e não ao *direito material subjetivo*. (Pontes de Miranda: Comentários, IV, 3/4; Couture: *ib.*, 222; Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil*, § 53).

Correlato com êsse é o outro *princípio de que só se sana a nulidade concernente à forma do ato processual*. (Pontes de Miranda: Comentários, IV, 4).

§ 6. *Princípios informativos da teoria*. Todo sistema legislativo pressupõe teoria informada por princípios.

Dois princípios fundamentais informam a teoria das nulidades processuais: o da *expressão legal da nulidade* e o da *relevância das formas prescritas em lei*.

Cada legislação adota um ou outro dêsses princípios, ou os dois, ao mesmo tempo.

Pelo primeiro, depende a nulidade de que a lei expressamente a estabeleça. Segundo o Código francês (art. 1.030), nenhum ato processual será declarado nulo "*si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi*". Semelhantemente, prescreve o Código italiano (art. 156, alínea 1a.) que a declaração da nulidade pressupõe cominação legal expressa.

Mas, porque os preceitos de direito processual sejam cogentes, isto é, de natureza imperativa, disto resulta o *princípio da relevância das formas prescritas em lei*, e, conseqüentemente, o de *ser nulo o que se fizer com transgressão da norma jurídica processual*.

Na técnica legislativa, goza o primeiro dêstes princípios de geral preferência, mas, supondo-se maior experiência do legislador no trato da ciência processual, vão ambos, paulatinamente, cedendo lugar a um outro que é o *princípio da de-*

*terminação racional das nulidades.* Importa, então, que, no discriminar o substancial do não substancial, o legislador somente faça substancial o que, como tal, tenha sido apontado pela ciência do direito.

§ 7. *As nulidades na legislação derogada.* No direito anterior, pela numerosidade dos casos em que eram cominadas, e pela falta de regras científicas que orientassem o pronunciamento delas, constituíam as nulidades verdadeiro ninho de insídias.

Não era tarefa fácil sobrepor o direito à chicana.

O próprio Supremo Tribunal, na sua missão constitucional de intérprete máximo da lei, dificilmente, poderia superar o obstáculo da multiplicidade de codificações locais.

§ 8. *Sistemática das nulidades na lei vigente.* No código unificado, mereceram as nulidades especial atenção.

Com certa concisão, os seus preceitos gerais estão reduzidos a um capítulo de apenas sete dispositivos (arts. 273/279).

Conquanto restem insuperadas algumas dificuldades teóricas, verdade é que está a nova lei informada por princípios que dão ao tratamento das nulidades apreciável sistematização.

§ 9. *Exclusão do inexistente.* Para começar, acentue-se que, segundo a doutrina esposada pelo Código, não se identificam os conceitos de *nulidade* e *inexistência*.

Nulidade processual é eiva ou defeito ocorrente em ato processual que de qualquer forma se constituiu. Defeito de ato existente. Ao contrário do direito civil, que caracteriza com nitidez os atos nulos e os atos anuláveis, o direito processual positivo não distingue, explicitamente, a nulidade da anulabilidade. Na sistemática do Código, o ato processual defeituoso é ato nulo. Serve-se da palavra nulidade, em sentido lato, para significar qualquer defeito do ato processual. Defeito que lhe fere a validade, pressuposto de eficácia jurídica.

Referem-se os arts. 273/279 tão só a nulidades. Embora admita o Código a inexistência da relação jurídica (art. 2º, parágrafo único) e de atos processuais (art. 110, parágrafo

único), não cogitam os arts. 273/279 de qualquer espécie de inexistência. Por motivo óbvio: o ato nulo, inválido, é suscetível de validar-se e tornar-se eficaz. O inexistente não se convalida nem jamais poderá produzir efeitos. Primeiro teria de constituir-se. E, constituído, de inexistente passaria a existente.

Exemplificando:

No processo ordinário, a sentença será proferida oralmente, à ocasião da audiência de instrução e julgamento. Também poderá ser lavrada posteriormente. Em qualquer hipótese, há-de ser publicada em audiência (art. 271, parágrafo único). Comprova-se a publicação mediante o termo de audiência, lavrado em livro próprio, do qual constará, por extenso, a sentença (art. 272).

Como ato judicial, a sentença há-de ter publicidade (art. 5º). Além disso, um dos seus efeitos é o adquirir fôrça de lei (art. 287). Como lei, estabelece preceito que diz respeito, não à atividade do legislador, mas à de outrem. É lei atuante na solução do litígio. Só por si, a lei é potência. Consubstanciada na sentença, é ato. "A publicação atualiza a obrigatoriedade potencial da lei". (*Lopes da Costa: Direito Processual Civil Brasileiro*, III, n. 287).

A publicidade da sentença é um princípio contra a clandestinidade da justiça. Ainda nos casos em que o processo haja corrido em segredo de justiça, por exigência do decôro ou do interêsse social (art. 5º), a sentença há-de ter publicidade. Quando muito, por fôrça do art. 5º, é possível deixar-se de publicar algum ou alguns dos seus motivos. A parte dispositiva, entretanto, não pode deixar de ser publicada.

A publicação fixa o momento em que a sentença começa a existir. Antes da publicação, poderá haver sentença *in fieri*. Sentença em via de constituir-se. Porém, ainda, não-sentença, sentença inexistente. (*Pontes de Miranda: Comentários*, III, 482/483; *Leo Rosenberg: — Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, 441; *Lopes da Costa: ib.*, III, n. 287).

A publicação se completa com a transcrição, por extenso,

da sentença no termo de audiência. Se o termo refere ter sido publicada a sentença, mas dêle não consta esta, configura-se, aí, a nulidade da audiência e a inexistência da sentença. Na conformidade do art. 274, não será decretada a nulidade. Repete-se a audiência e do respectivo termo se fará constar a sentença. Esta passará a existir. (*Pontes de Miranda: Comentários, IV, 7*).

Não obstam os arts. 273/279 a que, com fundamento no art. 2º, se promova a declaração da inexistência da sentença e, até, da relação jurídica processual.

§ 10. *Nulidade e anulabilidade.* Assentado que as regras codificadas sobre nulidades processuais não cogitam de atos inexistentes, mas, tão somente, de atos nulos, que se pressupõem existentes, outra indagação se impõe: Admite o Cód. de Proc. Civil, na sua sistemática, a distinção entre nulidade e anulabilidade?

Nulidade e anulabilidade são defeitos que se manifestam no ato jurídico processual. Defeitos, mais grave um, menos grave o outro. Ambos conducentes à invalidação do ato.

1) *No direito civil.* Pelo Cód. Civil, são bem caracterizadas as distinções entre nulidade e anulabilidade.

Uma, por fundar-se no interesse geral, é de ordem pública, ao passo que a outra tem em vista a proteção de interesses privados. Daí porque pode a nulidade ser alegada a qualquer tempo, é pronunciável de ofício e insuprível ainda a requerimento das partes (art. 146). A anulabilidade, ao contrário, é ratificável (art. 148), não se pronuncia de ofício (art. 152), e se tem por sanada pelo decurso do prazo prescricional.

A nulidade opera *ex vi legis*. Em regra, independe de ação. Só excepcionalmente poderá tornar-se necessária a sentença, como ocorrerá se, não sendo evidente a nulidade, sobre ela se estabelece controvérsia entre os interessados. (Cfr. *Carvalho Santos: Cód. Civil Interpretado, III, 254*). Inversamente, não tem a anulabilidade efeito antes de julgada por sentença (art. 152).

2) *No processo civil.* Válidas para o direito material, tais

distinções são, todavia, apriorísticas em relação ao direito processual positivo. Explícita no direito civil, contudo, no direito processual, só mediante construção jurídica é de admitir-se a distinção entre nulidade e anulabilidade.

São raras as nulidades *ipso iure*, aquelas em razão das quais os atos processuais se tornam *nullius momenti*. Tão rara a nulidade *ipso iure*, que por bem achou o legislador de empregar a mesma palavra, o adjetivo *nulo*, ora para qualificar o ato processual nulo de pleno direito, ora o simplesmente anulável.

Assim é que, aludindo à sentença rescindível, o Cód. de Proc. Civil, no art. 798, qualifica-a de nula.

Exame atento do preceito mostra, à evidência, que, aí, se trata, não de sentença nula *strictu sensu*, porém, sim, de sentença apenas anulável. É sentença que, com transitar em julgado, se torna eficaz, e eficaz persiste até que seja rescindida por sentença, a seu turno, transitada em julgado. Eivada a sentença de qualquer dos vícios enumerados sob o art. 798, dêles fica sanada pela preclusão do quinquênio de rescisão (Cód. Civil, art. 178, § 10, inciso VIII). Por outro lado, nenhum dêses vícios é pronunciável de ofício. Por onde se vê que o pressuposto objetivo da ação rescisória é, não a nulidade da sentença, senão a sua mera anulabilidade.

O uso ambíguo do mesmo adjetivo para qualificar tanto a sentença inválida, nula *ipso iure*, como a sentença anulável, válida, porém rescindível, é romanismo tradicional na legislação processual brasileira.

(a) Remonta ao próprio direito romano em que, segundo já notara *Pimenta Bueno*, “a nulidade das sentenças procedia, ou somente mediante o recurso da apelação interposta em tempo, ou independente dêle *ipso iure*”. (Apontamentos, n. 175).

No direito romano, os *errores in procedendo* davam lugar à inexistência do julgado e constituíam pressuposto da declaração de *nullitas*. Nos primeiros tempos da Idade Média, sob o direito visigótico, influenciado pelo romano, a nulidade passou

UNIVERSIDADE DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS  
CURSO DE DIREITO  
BIBLIOTECA

a abranger a inexistência, e a *reclamatio ad reges*, origem mais remota da ação rescisória, era o meio normal pelo qual se impugnava a validade da coisa julgada. Desaparecera, então, a distinção entre o *error in procedendo* e o *error in iudicando*. Aludia-se à invalidade, porém, não *ipso iure*. Disto resultou para a *querela nullitatis* dupla evolução: Uma no sentido de cumulá-la com a apelação, e a outra, tendente a destacá-la da apelação, esboçando-lhe feições próprias. São registo dessa duplicidade evolutiva os aforismos medievais: *Nullitas venit accessorie et incidenter in appellatione*, transformado em *Nullitas venit in appellatione*, e, depois, em *Nullitas principaliter deducta est in actione ordinaria*. (Cfr. Pontes de Miranda: Comentários, vol. IV, 1a. ed., 628/629).

(b) Dessas fontes romanas é que proveio a imperfeita redação da Ord. do Livro III, Título 75, princ.:

*A sentença que é por direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela que é nenhuma e de nenhum efeito e, portanto, não é necessário dela ser apelado.*

“O que queria dizer o nosso antigo direito, explica, porém, o marquês de S. Vicente, é que havia sentenças cuja nulidade podia, independente do recurso de apelação, ser reduzida e julgada por via de ação rescisória ou de nulidade até 30 anos; e outras que pelo contrário deixavam de ser nulas, e tornavam-se irrevogáveis, se a parte prejudicada não apelava delas no prazo legal, se por êsse meio não invocava a nulidade”. (Ib.)

(c) Das ordenações passamos ao regime do Reg. n. 737, de 1850, o qual, no art. 680, falava em sentença “nula” e, no art. 681, estabelecia poder a sentença ser *anulada* por meio de apelação, de revista, de embargos à execução e de ação rescisória.

Não discriminava o ser inválida a sentença em razão de nulidade, e o ser ela válida, porém anulável.

Em nota n. 599 a *Pereira e Sousa*, e tendo em vista o Reg. n. 737, doutrinava o exímio *Teixeira de Freitas*:

“Sentença nula quer dizer, ou por nulidade manifesta, a que unicamente autoriza concessão de revista, nos termos do art. 6º da Lei de 18 de setembro de 1828; ou por nulidade dependente de julgamento, e, portanto, anulada por qualquer dos meios legais.

Sentença nula, pois, não é sentença anulável, a qual produz seu efeito de coisa julgada, enquanto não fôr anulada por sentença irrecorrível”. (Primeiras linhas, 220).

(d) Surge, em 1878, a *Consolidação Ribas* das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil. Por ela, a “manifesta nulidade” da sentença, em causas cíveis, se remediava pelo recurso de revista (art. 1.611), interposto para o Supremo Tribunal de Justiça (art. 1.653).

Nem no art. 1.613, § 1º, que especifica as causas de nulidade manifesta, nem alhures, regista a *Consolidação* qualquer norma de que resulte clara a distinção entre nulidade e anulabilidade da sentença, as quais aparecem encambulhadas sob a mesma denominação.

(e) Do Reg. n. 737 pouco diverge o Dec. n. 3.084, de 1898, pelo qual se consolidaram as leis referentes à Justiça Federal. No art. 99 da parte III, lá está o “é nula” e, no art. 100, que “a sentença pode ser anulada” pelos mesmos meios previstos no Reg. 737, excluía a revista. Acrescenta, no art. 102, que “a sentença nula nunca passa em julgado”.

(f) As codificações estaduais de processo, em geral, continuaram a não distinguir “nulidade *ipso iure*, isto é, independente de sentença, e nulidade de que o passar em julgado não põe a coberto”. (*Pontes de Miranda: Comentários*, vol. IV, 1a. ed., 529).

O Código da Bahia, nos arts. 1.361/1.363, consigna disposições semelhantes às do Dec. n. 3.084.

Os do Distrito Federal (arts. 302 e 303) e de São Paulo

(arts. 348 e 358) falam de sentença “nula” e, a seguir, em “ser anulada a sentença”.

Tais os modelos seguidos, com maiores ou menores variações, pelas diversas codificações estaduais.

Em meio à geral confusão, sobressai, entretanto, o Código espírito-santense que usa das palavras com a devida propriedade. Tendo tratado, no art. 271, de sentença *anulável*, indica, no art. 280, os meios pelos quais pode a sentença ser *anulada*.

§ 11. *Enquadramento da nulidade ipso iure*. Demonstrou-se, sob a alínea 2 do § anterior, que em nenhuma das nulidades enumeradas no art. 798 há *nullitas ipso iure*, nulidade insanável, que prevalece independente de sentença que a pronuncie. “Nenhum dos casos do art. 798 é de nulidade de pleno direito: todos contêm pressupostos de rescisão”, já o dissera *Pontes de Miranda*. (Comentários, vol. VI, 1a. ed., 407). Todos são de anulabilidade.

Quais, então, os dispositivos do Cód. de Proc. Civil que autorizam supor a existência de nulidade *ipso iure*?

Excluídos os arts. 798/801, que tratam de rescisão, para resposta a essa questão somente se poderão encontrar elementos nos arts. 165 e 1.010, harmônicamente interpretados.

§ 12. *Da sentença como ato processual*. Termo fundamental do processo, a sentença configura ato de excepcional complexidade jurídica. Tem a sua feitura de subordinar-se a um conjunto de preceitos que, simultaneamente, dizem respeito à estrutura ou formação do próprio ato, ao resguardo de precípuos interesses da coletividade, e, também, à proteção de interesses meramente privados.

São três ordens de preceitos cuja violação acarreta consequências diferentes sobre a validade do julgado.

Se se transgridem as normas estruturais do ato, este carece de validade em razão de não ter chegado a constituir-se. Será um ato inexistente ou, especificamente, uma sentença inexistente.

Se, embora concorrendo todos os elementos estruturais,

nela houve infringência de princípios da ordem jurídica, sentença existirá, porém, ineficaz. Tal, a sentença nula *ipso iure*.

Finalmente, se preenche os requisitos estruturais e os de ordem jurídica, mas contém certos *vícios* cuja declaração dependa de provocação dos interessados, em prazos prefixados, então, a sentença é anulável. É sentença válida e eficaz enquanto não seja rescindida.

§ 13. *Pressupostos essenciais da sentença.* Para que possa existir, a sentença há-de satisfazer a um mínimo de pressupostos ou requisitos essenciais à sua estruturação, quais sejam:

- a) configurar a relação jurídica processual regularmente constituída;
- b) conter pronunciamento imperativo em que se declare a incidência da lei reguladora da pretensão ajuizada;
- c) revestir forma legal;
- d) ter sido publicada.

Se lhe falta um só destes pressupostos, não haverá sentença, seja qual fôr a forma que possa ter. Será uma sentença inexistente ou não-sentença, como lhe chamava velho jurista reinol.

No opúsculo *Das sentenças inexistentes e nulas em face da ação rescisória*, tese com que disputei uma cátedra na Faculdade de Direito do Piauí, analisei e discuti todos êsses pressupostos. Por enquanto, interessam apenas algumas considerações sôbre

§ 14. *O pressuposto da relação processual.* Para ser prolatada a sentença, é imprescindível ter-se constituído regularmente a relação jurídica processual com os seus elementos subjetivos.

No sentido de direito processual, ação é o exercício da pretensão à tutela jurídica.

A provocação do órgão jurisdicional pelo titular da pretensão à tutela jurídica dá lugar à formação de uma relação jurídica, de direito público. É a *relação processual*, constituída pelo titular da pretensão à tutela jurídica e pelo Estado, com o dever de prestar justiça mediante aplicação da lei.

De início, constitui-se a relação processual em linha simples a cujas extremidades figuram o autor, titular da pretensão, e o juiz. Mas, a aplicação da lei é o resultado de operação complexa. Atendendo ao princípio *Audiatur et altera pars*, terá o juiz de ouvir o réu, sujeito passivo da pretensão do autor. A seu turno, é o réu titular de outra pretensão de que é sujeito passivo o autor.

Ao órgão jurisdicional apresenta-se fato sobre que se alega haver incidido a lei, perfazendo relação jurídica controvertida. Há controvérsia entre os dois sujeitos da relação jurídica, cada qual com pretensão própria. A prestação jurisdicional verificará, mediante o exame das alegações, provas e interpretação da lei incidente, qual das pretensões se constituiu regularmente e, afinal, assegurará a que fôr havida por legítima.

Nestas condições, no processo contencioso, a relação processual é angular: uma linha do autor ao juiz, e outra linha, do juiz ao réu.

Ao lado da contenciosa, há a jurisdição graciosa, de finalidade constitutiva. Aparecem, aí, pretensões sem sujeitos passivos, as quais exigem prestação jurisdicional a fim de que se possam constituir regularmente. Como no outro caso, também terá o Estado de verificar a legitimidade da pretensão, reconhecer o direito de quem seja seu titular, e concretizar a norma jurídica, aplicando-a. Então, a relação processual se constitui em linha simples: autor, juiz.

§ 15. *Citação e relação processual.* Consoante a sistemática do Cód. de Proc. Civil, seja angular ou em linha simples, surge a relação jurídica processual com o conhecimento da petição inicial pelo juiz. O despacho de recebimento da inicial assinala o momento em que a relação processual começa a existir.

Atente-se, porém, em que, se, ao despachar a petição, é absolutamente incapaz ou já é morto o autor, entre êste e o juiz não terá chegado a constituir-se a relação processual. Então, esta é de ser havida por inexistente. Como consequência,

“não havendo relação jurídica processual, frisa *Pontes de Miranda*, não há sentença”. (Comentários, IV, 41).

No processo contencioso, a relação jurídica processual entre o autor e o juiz preexiste à citação do réu. A falta ou defeito desta não contamina aquela. Atinge tão só a angularidade resultante da nova relação jurídica processual a constituir-se entre o juiz e o réu.

Por direito, se inexistente, a angularidade se supre pelo comparecimento do réu (art. 165, § 1º). Com maioria de razão, se nula, haverá de sanar-se.

Realmente, é de se ter por suprida a falta de citação, ou sanado o defeito desta, se, sem o alegar, comparece o réu antes de encerrado o debate oral, ou, se proferida a sentença, dela toma conhecimento e não recorre, ou, finalmente, se, ao ser contra êle executada a sentença, não lhe opõe os embargos do art. 1.010, inciso I.

Sòmente assim se poderá entender a nulidade cominada no art. 165. Seria ilogismo ter-se como inexistente a relação processual entre o autor e o juiz, e, em seguida, admitir a sua sanção.

Em conclusão, a nulidade da citação implica nulidade da relação angular. Processo sem citação supõe angularidade aparente, causa de nulidade da angulação.

Nestas condições, não citado ou nulamente citado o réu, se, à sua revelia, tem curso a ação e é proferida a sentença, esta será nula de pleno direito. Tem-se, aí, nulidade que se não sana nem com haver transitado em julgado a sentença, nem ainda com se ter verificado a preclusão do prazo de decadência da ação rescisória, porque alegável como defesa do executado (art. 1.010, inciso I). Conseqüentemente, nulidade insanável, pronunciável de ofício e de plano, e, pois, nulidade *ipso iure*.

Se levada à execução sentença de tal natureza, prevê o Código que o réu se defenda opondo-lhe embargos.

§ 16. *Individação de sentenças nulas*. Pelo sistema legal vigente, com tantas ensanchas de sanção das irregularidades

processuais, não são numerosas as hipóteses figuráveis de sentenças nulas *ipso iure*.

I) A enumeração delas há-de ser encabeçada pela que se especifica no art. 1.010, inciso I, combinado com o art. 165, ou seja, a proferida em processo movido à revelia de réu não citado ou nulamente citado, como se expôs no parágrafo antecedente.

II) Por força do que dispõe o art. 84 do Cód. de Proc. Civil, “serão nulos os atos realizados com preterição das formalidades previstas nos arts. 80 a 82.”

O preceito diz respeito à falta de

- a) representação dos absolutamente incapazes (art. 80);
- b) assistência aos relativamente incapazes (art. 80);
- c) curador à lide, nos casos indicados no § 1º do art. 80;
- d) intervenção do órgão do Ministério Público nos processos em que haja interêsse de incapazes (art. 80, § 2º);
- e) outorga uxória (art. 81), ou autorização marital (art. 82) para certos atos do outro cônjuge ou a êle relativos.

A correta aplicação do art. 84 exige muito de perspicácia do intérprete que deve estar atento em verificar os pressupostos da relação jurídica processual e, quando contenciosa a causa, se, normalmente, se fez a angularidade da relação.

Embora fale a lei em que “serão nulos”, mostra a análise que, nos diversos casos especificados, ora pode ocorrer nulidade *ipso iure*, ora simples anulabilidade.

1) São absolutamente incapazes as pessoas enumeradas no art. 5º do Cód. Civil. Conquanto tôdas tenham capacidade de ser parte, de regra, não têm capacidade processual. Não poderão praticar quaisquer atos processuais. Por elas atuam os seus representantes legais: pais, tutores, ou curadores.

No processo, supre-se a falta de representação legal dando-se ao incapaz curador à lide. Êste faz as vêzes do legítimo representante. São idênticas as suas funções. Não exige a lei que o curador à lide seja advogado. Se não o é, terá de contratar quem o seja (art. 106).

A citação de absolutamente incapaz, que não tem repre-

sentante legal e a quem não se deu curador à lide, é nula, mesmo que compareça e nada alegue. Ainda que possa ser parte legítima *ad causam*, carece de legitimação *ad processum*. Identificável com a hipótese figurada sob I), nula *ipso iure* será a sentença que, afinal, venha a ser proferida.

Se se trata de incapaz por doença mental, não depende a nulidade de ter sido decretada a interdição. A incapacidade preexiste à sua declaração judicial. Anote-se, porém, que, no processo de interdição, embora se lhe dê curador à lide, o interdito tem capacidade processual. Tanto que pode recorrer da sentença (art. 610). A própria interdição superveniente pelo trânsito em julgado da sentença, não lhe tira essa capacidade, certo que pode requerer o seu levantamento (art. 611, § 1º).

2) Diferente é o caso de citado relativamente incapaz que não tinha quem o assistisse no processo. Porque devia ser e foi citado quem era parte, perfez-se a relação processual e a respectiva angularidade. Subsiste, entretanto, a eiva decorrente da falta de assistência pelo representante legal ou pelo curador à lide. E, se, em seguida às diligências recomendadas nos §§ 1º e 2º do art. 84, o juiz não pronuncia a “nulidade” e, afinal, profere sentença, esta contravém à lei e, por isso mesmo, se torna suscetível de rescisão (art. 798, inciso I, alínea c). Obviamente, *anulabilidade* que não *nulidade*.

3) Outra hipótese é a de que o relativamente incapaz tenha representante legal que devesse ser citado, mas não o foi. Nula *ipso iure* será a sentença que, em tais circunstâncias, sobrevenha. Nula, em consequência de não ter sido citado quem o deveria ser. Não se completou a angularidade da relação jurídica processual.

4) Quando, no processo, haja interesse de incapazes, será obrigatória a intervenção do órgão do Ministério Público. Essa intervenção independe de ter ou não o incapaz representante legal (pai, tutor, ou curador), ou de, faltando êste, lhe ter sido dado ou não curador à lide.

O representante legal e o curador à lide têm função re-

presentativa, se absoluta a incapacidade, ou assistencial, se relativa essa. Não funcionam simultaneamente. Entra o segundo quando falta o primeiro.

A função do órgão do Ministério Público é fiscalizadora, e não supletiva da representação. Tem por fim cooperar com as partes e com o próprio juiz no sentido de que a lei tenha correta aplicação. A sua audiência é obrigatória e, se preterida, é causa de nulidade cominada (art. 84). Nulidade alegável em qualquer tempo e pronunciável de ofício (art. 84, § 1º). Verificada na primeira instância, somente será decretada se, após as diligências previstas nos §§ 1º e 2º, não foi suprida a falta (art. 84, § 3º). Se proferida sem prévio saneamento, a sentença será nula. Na segunda instância, já sem possibilidade de sanção, impõe-se a decretação da nulidade. Em qualquer caso, cabe, todavia, aplicar-se o art. 275, ou o art. 278.

Conquanto a lei a qualifique de nula, a sentença proferida com preterição do art. 80, § 2º, é apenas anulável, pois que foi arrolada entre as rescindíveis (art. 798, inciso I, alínea c).

Nulidade *ipso iure* haverá quando, além da falta de audiência do órgão do Ministério Público, não se tenha verificado a angularidade da relação jurídica processual.

5) Consoante o preceituado no art. 81, nos pleitos que versarem sobre bens imóveis, ou sobre direitos reais sobre imóveis, para demandar, o marido precisa de outorga uxória e, quando réu, será citado juntamente com a mulher.

Se, no curso do processo em que são réus marido e mulher, não é citada a mulher e, sem que haja sanção da falta, se vem proferir sentença, esta será nula *ipso iure*. É que, na espécie, a legitimação processual é complexa e somente se integra com marido e mulher. Não citada esta, deixa de haver, em relação a ela, a angularidade necessária à relação processual.

Neste ponto, cabe salientar a diferença entre nulidade no direito material e nulidade no direito processual. Enquanto o Código Civil (arts. 235 e 239) considera anuláveis os atos do marido levados a efeito sem a outorga uxória, o Código de

Processo os reputa nulos. Nem por isso se deverão ter por revogados os arts. 235 e 239 do Cód. Civil. Estes incidem sobre a *res in iudicium deducta*, portanto, sobre a constituição da relação jurídica de direito material controvertida, que originou a demanda. Se processual o ato, como os que vão desde a petição inicial ou a citação até a sentença, então, a sua regularidade, as suas nulidades, hão de reger-se pelo direito processual.

§ 17. *Incompetência ratione materiae*. Proposta a demanda perante juízo incompetente, ou o juiz declina da competência, ou o réu o excepciona. Se não há declinação, nem é excetuado o juiz, verifica-se a prorrogação da competência. Pela prorrogação torna-se competente o juiz que não o era.

Mas, se *ratione materiae*, o art. 148, parágrafo único, veda a prorrogação da competência. Cogente que é a norma de direito processual, de sua infringência resulta nulidade. Então, nula será a decisão proferida por juiz incompetente *ratione materiae*. Nula, até mesmo, em razão de cominação (art. 279). Nulidade alegável em qualquer tempo e instância (art. 182, § 1º). E pronunciável de ofício, consoante tendências da doutrina e da jurisprudência. (*Pontes de Miranda: Comentários*, III, 145).

Qual a natureza de tal nulidade? Nulidade *ipso iure*, insanável, ou apenas anulabilidade que se terá por sanada com transitar em julgado a decisão?

Ao que dispõe o art. 279, a incompetência do juiz implica nulidade, mas somente dos atos decisórios. Subsistem válidos os atos ordinatórios. Disto resulta que a incompetência do juiz, ainda que *ratione materiae*, não impede a formação de relação jurídica processual entre o autor e o juiz, nem obsta a que, em seguida, essa relação se angularize com a citação do réu. Obstáculo à formação da relação processual haveria se do cível não fôsse o juiz. (Cfr. *Pontes de Miranda: Comentários*, II, 365; IV, 37).

De tudo se evidencia que a incompetência *ratione materiae* não importa nulidade *ipso iure* da sentença. Configura,

sim, anulabilidade, que é causa de rescisão do julgado (art. 798, inciso I, alínea a).

§ 18. *Exame das normas codificadas.* Assim vistos os princípios gerais que dominam a teoria das nulidades processuais, impende que, em rápida visão, se examinem as normas fundamentais fixadas pelo estatuto vigente. Frisa-se, de início, que, no trato das nulidades, maior foi a preocupação do legislador em validar os atos processuais defeituosos do que, propriamente, em fulminá-los. Ou se lhes supre a omissão, ou se lhes sana o defeito. A nulidade é última consequência e, de regra, resultante da impossibilidade de validação do ato processual defeituoso.

Perfilhando os dois princípios, o da cominação e o da relevância das formas, o Código não o fez, porém, sem criar limitações que lhe atenuam a rigidez do entendimento literal.

Assim é que, sem distinguir nulidade de anulabilidade, em condições previstas, o art. 273 pressupõe a inoperância de nulidades não cominadas, e o art. 274, a sanção, inclusive, das cominadas.

§ 19. *Nulidades inoperantes.* Consoante o art. 273, uma vez que se trate de nulidade não cominada, prevalecerá o ato:

- a) se, praticado por outra forma, houver atingido o seu fim;

- b) se a nulidade fôr argüida por quem a houver causado;

- c) se a nulidade fôr argüida por quem não tenha interesse na observância da forma ou na repetição do ato.

Acentue-se que o art. 273 não cogita de sanção. O que, aí, se prevê é a inoperância da nulidade, a sua exclusão, desde que verificada qualquer daquelas condições.

§ 20. *Sanção da nulidade pelo suprimento da forma omitida ou pela repetição do ato defeituoso.* Cominada ou não cominada, a nulidade de forma somente será pronunciada se fôr impossível suprir-se a falta ou repetir-se o ato (art. 275).

Em sentido lato, a terapêutica do art. 274 aplica-se a

quaisquer nulidades, e, em especial, às que resultam de cominação legal.

Mais severas que as do art. 273 são as restrições impostas pelo art. 274 à insanabilidade das nulidades, certo que o preceito abrange, inclusive, a sanção dos atos em que a lei foi expressa em tachá-los de nulos.

Resultante do *princípio de relevância das formas*, ou de *cominação legal*, a nulidade somente será pronunciada se não fôr possível suprir-se a falta, ou repetir-se o ato.

Ao apreciar argüição de nulidade, verificará o juiz, preliminarmente, em cada hipótese, se se trata de nulidade não cominada, e se cabe aplicar o art. 273. Se inaplicável o art. 273, ou, se o caso é de nulidade cominada, examinará, em seguida, se é possível o suprimento da falta, ou a repetição do ato. Somente na negativa de tal possibilidade é que será pronunciada a nulidade.

As normas relativas à validade dos atos processuais ou são *vulneráveis*, ou são *dotadas de integridade*. Ambas são de *ius cogens*. Da violação das primeiras resulta nulidade não cominada a que cabe aplicar o art. 273. São *dotadas de integridade* tôdas as regras para cuja violação a lei tenha cominado nulidade. As formas previstas em tais regras são *dotadas de integridade*. Valem se íntegras, perfeitas. Se contêm defeito, a sanção será nos termos do art. 274. Na impossibilidade de repetição ou suprimento, impõe-se a decretação da nulidade, com as sequelas do art. 278. Implícitamente, admite o Código muitas formas *dotadas de integridade*, tais como a capacidade de ser parte, a presença do juiz às audiências, a composição dos tribunais e câmaras julgadoras. Também as há *dotadas de integridade absoluta*, como é o caso da petição inicial cuja inépcia é insanável e, ao contrário, acarreta absolvição da instância (art. 201, VI). (*Vide Pontes de Miranda: Comentários, IV, 4/6*).

A sanção por fôrça do art. 274 produz efeitos *ex tunc*. Quer dizer, o ato há-de ser tido como válido desde o momento

em que foi ou devera ser realizado. Diferente, todavia, é o caso de comparecer o réu para alegar a nulidade da citação, e é julgada procedente a alegação. Sem necessidade de repetir-se, a citação considerar-se-á feita à data em que da decisão é intimado o réu ou seu procurador (art. 165, § 2º).

§ 21. *Indecretabilidade da nulidade com prejuízo da parte legitimada para argüi-la.* Estando a causa em condições de ser julgada, se puder o juiz decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a nulidade, não a pronunciará, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta (art. 275).

A nulidade foi estabelecida em benefício de pessoa interessada em obter sentença que lhe seja favorável. Então, o seu interesse é, evidentemente, alternativo: a obtenção de sentença de mérito favorável, ou a decretação da nulidade. O juiz se enquadra nessa alternativa e dela não há fugir. Possível que seja a decisão de mérito favorável, estará autorizado a proferi-la, dando por sanada ou inoperante a nulidade. Na impossibilidade de proferir sentença de mérito favorável, prevalecerá a nulidade que, por isso mesmo, é de ser pronunciada.

A palavra nulidade, no art. 275, é tomada em sentido lato. Tanto será a cominada, como a não cominada. Tanto poderá ser a nulidade processual, como a nulidade de direito material.

Se se trata de julgamento em grau de recurso, haverá, sempre, de estar atento o tribunal em que, da mesma forma que ao juiz de primeira instância, também lhe é dirigida a regra contida no art. 275. Deparando-se-lhe nulidade, somente a pronunciará se não fôr possível o provimento do recurso da parte a quem ela aproveita. Desprovido o recurso, porém não publicada a decisão (decisão inexistente), um de dois caminhos se poderá abrir:

1º) Versando a preliminar sobre nulidade suprível (art. 274), será convertido o julgamento em diligência (art. 877, parágrafo único), a fim de que, em seguida ao expurgo da nulidade no juízo recorrido, se ultime o julgamento do recurso.

2º) Se insuprível, será decretada a nulidade do proces-

so, a partir do ponto em que ocorreu a falha. Como consequência, fica restituído o conhecimento da causa ao juiz recorrido. Este, repetindo os atos anulados, ou suprindo-lhes a falta, prosseguirá no feito, como de direito, e, de novo, o julgará.

§ 22. *Mais exceções ao princípio de relevância das formas.* Em não poucos dispositivos do Código aparecem exceções ao *princípio de relevância das formas* para, em seu lugar, fazer valer o da *intertrocabilidade das formas*.

Entre outras, são de ressaltar-se as seguintes:

I) Pelo art. 273, inciso I, considera-se válido o ato processual eivado de nulidade não cominada, desde que, praticado por outra forma, haja atingido seu fim.

O processo tem função instrumental e teleológica. Satisfeita a função teleológica, prevalece o ato, uma vez que não tenham sido utilizados meios vedados sob cominação de nulidade.

II) Com ratificar o *princípio de irrelevância do nome da ação*, desfecha o art. 276 outro profundo golpe no *princípio de relevância das formas*. Na exegese do preceito, deve atentar-se em que o legislador tem em mira, não a *actio*, pretensão de direito material, mas, tão só, a ação, remédio processual. Irrelevante há-de ser, pois, apenas o êrro de forma.

Nestas condições, desacêrto haverá em pretender-se a conversão, por exemplo, de ação possessória em petitória, de despejo em reintegratória de posse, de interdito possessório em confessória, ou de reivindicatória em demarcatória.

Lícito, entretanto, será substituir-se a forma especial pela ordinária. Assim, se se verifica a impropriedade da ação executiva, nada impede se lhe dê prosseguimento com rito ordinário. Para tanto, deverão as formas acomodar-se ao novo procedimento, expungindo-se as que sejam inadequadas, e acrescentando-se as que, por direito, forem cabíveis. Se já feita, a penhora deve ser eliminada. Todavia, bem poderá esta converter-se em medida preventiva, tais como o seqüestro ou o arresto.

Na conversão de procedimento, o essencial será ter-se em consideração não só o adequamento das formas, mas, também, a irreducibilidade da relação jurídica de direito material, fundamento da *res in iudicium deducta*.

III) Outra causa de exclusão da nulidade é a relativa ao exercício de uma ação possessória por outra, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas, conforme preceitua o art. 375. O preceito alude, em particular, às ações de manutenção e de reintegração. Admite-se, porém, em doutrina e jurisprudência, que, excluído o interdito proibitório, possa a regra aplicar-se às outras ações possessórias e, até, à petitória de imissão. (*Pontes de Miranda: Comentários, VI, 139*).

À diferença do art. 276, referente a procedimento, a rito, o art. 375 diz respeito à própria *actio*. Não cogita de troca nem de conversão de forma. O que nêle, se permite é que, proposta uma ação pela outra, seja processada e julgada a que, na hipótese, seja cabível.

Pede-se reintegração onde só haja turbação. Está o juiz autorizado a conceder a manutenção.

Pleiteia-se manutenção, mas sobrevém esbulho. É de ser deferida a reintegração.

IV) Dispõe o art. 278, § 2º, que não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não tiver havido prejuízo para as partes.

É regra atinente a ato eivado de nulidade cominada ou não cominada. Dispensando-lhe a repetição, ou o suprimento de sua falta, tem por inoperante a nulidade, com o que faz o legislador uma de suas concessões à concepção privatística do processo. Entende-se que o prejuízo às partes tanto possa ser efetivo como potencial.

V) Prevê o art. 279 a exclusão de nulidade do ato ordinatório praticado por juiz incompetente. Não o tendo feito a lei, não há distinguir a natureza da incompetência. Qualquer que seja, inclusive *ratione materiae*. O que, em todo caso, se haverá de exigir é que haja órgão jurisdicional em condições de, com êle, constituir-se a relação jurídica processual. E

sabe-se que a incompetência *ratione materiae* não obsta à formação da relação jurídica processual. Esta é questão sobre que não há descurar. Então, por imperativo da lei, embora sem sanção, a nulidade é havida por inoperante.

VI) Na conformidade do art. 810, ressalvada a hipótese de má fé ou erro grosseiro, não se prejudicará a interposição de um recurso por outro. Esta é mais uma exceção ao *princípio de relevância das formas*.

§ 23. *Oportunidade de argüição das nulidades*. A qualquer ocasião em que haja de falar no feito, deve a parte argüir especificamente as nulidades existentes. Se, desde logo, não o fizer, responderá pelas custas acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta (art. 277).

Refere-se o preceito do art. 277 exclusivamente a nulidades cominadas. Quando delas se cogitar, o dever de argüição é tanto para a parte a quem aproveita a declaração da nulidade, como para a que lhe tenha dado causa.

Se não cominada a nulidade, a parte a quem aproveita sua declaração tem o direito de argüi-la. Mas, se não o faz, é inoperante a nulidade (art. 273, III), como o é se argüida por quem lhe houver dado causa (art. 273, II).

Há o dever de argüir a nulidade cominada desde o momento em que a parte intervém no processo e a encontra configurada. Dever a que também se vincula interesse, inclusive da parte responsável pela infração, no sentido de evitar que a nulidade se contagie a atos ulteriores. E, porque cogente a regra de forma, disto resulta que a incolumidade do processo é do interesse não só das partes que nêle figuram, senão, também, do órgão jurisdicional.

Para a infração do dever de argüir as nulidades há a sanção do pagamento das custas do ato invalidado e dos que dêle sejam dependentes, ou com o suprimento dos que tenham sido omitidos.

§ 24. *Extensão das nulidades (art. 278)*. O processo é uma cadeia de atos em que a sentença representa o último elo. Quebrada a seqüência dos atos processuais pela invalidade de

um dêles, nulos serão os atos posteriores dependentes. A primeira nulidade é contaminante. Os atos processuais que se seguem a ato nulo e do qual sejam decorrentes, embora possam configurar todos os pressupostos de regularidade, são, igualmente, nulos. É uma nulidade advinda por contágio. Pronunciando qualquer nulidade, ao juiz cabe indicar os atos subsequentes que por ela tenham sido atingidos, e providenciar sobre a sua repetição ou retificação.

Múltiplas são as hipóteses ocorriáveis. Eis alguns exemplos:

a) Consoante o art. 106 do Cód. de Proc. Civil, o ingresso da parte em juízo requer a outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado. O mandato judicial conferido a quem não seja advogado legalmente inscrito infringe a lei, determinando, em consequência, a nulidade do processo, a partir da intervenção de tal mandatário. Há, aí, nulidade em razão não só de infração do *princípio de relevância das formas*, senão, também, de *cominação* expressa no art. 24 do Reg. da Ordem dos Advogados.

b) Na audiência de instrução e julgamento, recusa-se a palavra ao procurador de uma das partes para o debate oral. Assim, com infração do art. 269 do Cód. de Proc. Civil, nula será a audiência e, também, a sentença nela, ou em seguida, proferida.

c) O procurador de uma das partes não comparece à audiência de instrução e julgamento, porque esta se realizou em hora ou local diferentes dos que tiverem sido designados. Postergados que foram os arts. 263 e 264 do Cód. de Proc. Civil, nula será a audiência e, da mesma forma, a sentença.

Tôdas são nulidades alegáveis e pronunciáveis na pendência da lide, ou em grau de recurso.

Subsistente a nulidade e transitada em julgado a sentença que, afinal, se profira, contra ela cabe propor ação rescisória (art. 798, inciso I, alínea c).

§ 25. *Da defesa oponível às sentenças nulas ipso iure.* Ao disciplinar a ação rescisória, por injustificável apêgo à tradi-

ção, qualifica o Código de *nula* a sentença *rescindível*. Trata-se, no entanto, de sentença apenas anulável. Sentença que, com transitar em julgado, é válida e eficaz, embora suscetível de invalidar-se no quinquênio de decadência da ação rescisória. Precluso, porém, o prazo decadencial, é sentença que se convalida definitivamente, tornando-se inimpugnável.

Mas, como se viu (*supra*, §§ 15 e 16), além das sentenças anuláveis, rescindíveis, é irrecusável que, na sistemática do Código vigente, também estão previstas as sentenças nulas *ipso iure*.

Têm de comum a sentença *inexistente* e a *nula* o não produzirem o efeito de coisa julgada formal. Não o produz a primeira porque o inexistente é insuscetível de produzir qualquer efeito. Não o produz a segunda porque “a coisa julgada formal é efeito da sentença eficaz” e “o nulo não tem eficácia”. (Cfr. *Pontes de Miranda: Tratado da Ação Rescisória*, 346). Todavia, a preclusão dos recursos e, até, a confirmação dela pela instância superior, dão à sentença nula uma falsa aparência de regularidade. Interessa, pois, saber como pode a parte prejudicada defender-se de sentença eivada de nulidade *ipso iure*. Conforme as circunstâncias peculiares a cada caso, pode a defesa utilizar-se de diferentes meios:

I) *Repetição da demanda*. É este um remédio de interesse exclusivo do autor que decai da demanda. Se inexistente ou nula a sentença contra ele proferida, nada obsta a que, de novo, proponha a ação, certo que não há temer que o réu lhe oponha exceção de coisa julgada (*Chiovenda: Instituições*, III, 283).

II) *Interposição de recurso*. Quem quer que sofra ou esteja ameaçado de sofrer agravo conseqüente de sentença inexistente ou nula, desimpedido estará de veicular, em recurso cabível na hipótese, o pedido de declaração da inexistência ou nulidade da sentença. (*Chiovenda: ib.*, III, 282).

Para tanto, o essencial será que a sentença seja recorrível e que o recurso tenha sido regularmente interposto.

Na instância *ad quem*, favoravelmente resolvida a preliminar de conhecimento do recurso, julgar-se-á, também, em preliminar, portanto, antes do mérito, da inexistência ou nulidade da sentença recorrida. E, por esta forma, poder-se-á alcançar o objetivo essencial do pedido.

A via de recurso é particularmente recomendável sempre que haja dúvida sobre a inexistência ou nulidade argüida. Porque, improcedente que seja a argüição de inexistência ou nulidade da sentença, ainda lhe restará, ao recorrente, chance de êxito, no julgamento do mérito.

III) *Ação declaratória*. É a ação do art. 2º, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil, de objetivo limitado à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica de direito material ou processual, ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento. Indiscutível o seu cabimento, se se trata de sentença inexistente. Erro, porém, em que incidiu *Chiovenda* (ib., III, 283), será pretender a “declaração” de nulidade da sentença. Porque existente, a sentença nula não precisa de ser declarada. O que interessa é desconstituí-la. E, para isso, outra, que não a declaratória, será a ação. (Cfr. *Pontes de Miranda: Comentários*, IV, 15).

IV) *Exceptio nullitatis*. A exceção de nulidade se opõe através de embargos à execução, com fundamento no art. 1.010, inciso I, do Cód. de Proc. Civil.

Não são êsses embargos nenhum recurso em que se possa pretender a reforma ou a anulação da sentença exequenda. Isto seria função reservada à instância superior. Têm êles por objetivo simplesmente reconhecer como de nenhum efeito o ato decisório que se pretende executar. (*Liebman: Estudos*, 185/186).

São, sim, uma ação de natureza mandamental incidental. A sentença que os julga procedentes *manda* que se não prossiga na execução.

Quer se trate de sentença inexistente, quer de sentença nula, são os embargos meio eficiente de defesa (*Pontes de Miranda: Comentários*, vol. VI, 1a. ed., 416, 448/449).

O seu processo se encontra regulado nos arts. 1.008 e seguintes do Cód. de Proc. Civil.

V) *Declaração da invalidade em julgamento preliminar da ação rescisória.* Pode acontecer, e acontece freqüentemente, seja da ação rescisória que se utilize o interessado para prevenir-se contra os efeitos de sentença inexistente ou nula.

É erro que se invetera não só pela desatenção dos advogados, senão pela falta de corretivo dos tribunais. Erro porque, se a rescisória tem como pressuposto a *anulabilidade* da sentença (*supra*, § 11), não pode tal pressuposto substituir-se por outro, seja de *inexistência*, ou de *nulidade* da sentença.

Antes de examinar o mérito do pedido, ao juiz incumbe “verificar se existe, efetivamente, o direito que se arroga o autor, julgando-o, em caso negativo, carecedor da ação proposta”. (*Batista Martins: ib., III, n. 312*).

Em preliminar do julgamento do mérito, ao tribunal cabe apurar se as partes são legítimas *ad causam*. Consoante a lição de *Liebman*, a *legitimatio ad causam* outra coisa não é que a *titularidade da ação*, em sua pertinência àquêle que propôs a demanda e contra aquêle que foi chamado a juízo. (Nota a *Chiovenda, ib., I, 259*). Trata-se, evidentemente, da ação de direito material. E à falta de *legitimatio ad causam* corresponde como consequência, a carência de ação. (*Chiovenda, ib., I, 262*).

Não há confundir *carência* e *improcedência* da ação. A primeira resulta de julgamento preliminar do mérito. A segunda é o julgamento do próprio mérito.

Amiúde, encontram-se julgamentos de *improcedência* da ação, onde só caberia o de *carência*. Alguns exemplos põem em evidência a diferença:

a) Mévio cobra de Sancho uma dívida. O réu contesta alegando e provando que a dívida é de jôgo. Considerando que, nos termos do art. 1.477 do Cód. Civil, as dívidas de jôgo não obrigam a pagamento, o juiz julga improcedente a ação. Errada a sentença. O caso é de carência da ação.

b) O autor aciona por crédito de que fêz cessão. A sen-

tença há-de julgar o autor carecedor da ação, uma vez que lhe falta *legitimação ativa*.

c) A dívida era de pessoa falecida, já se tendo feito a respectiva partilha. Sem prova de que o réu tenha sido herdeiro do inventariado, a sentença será de carência da ação porque, conquanto haja a *ativa*, falta a *legitimação passiva*.

Indevidamente que tenha sido usada a ação rescisória para invalidar sentença inexistente ou nula, como se uma ou outra fôsse válida, cabe à côrte julgadora, na preliminar de conhecimento, ou, juntos, preliminar e mérito, no julgamento do *iudicium rescindens*, julgar o autor carecedor da ação, e, ao mesmo tempo, declarar a inexistência da sentença que se pretende rescindir, ou pronunciar-lhe a nulidade, se nula *ipso iure*.

Note-se que tal julgamento não poderá ser acoimado de *extra* ou *ultra petita*, porque, menos forte, se compreende no mais forte que é o da ação proposta. (Cfr. *Pontes de Miranda: Comentários*, vol. IV, 1a. ed., 528).

VI) *Querela nullitatis*. Outro meio que também pode servir de veículo à alegação de nulidade de pleno direito das sentenças é a *querela nullitatis* que, remontando ao direito romano (*Goldschmidt*, *ib.*, 19), chega a pleno desenvolvimento na doutrina medieval e no direito canônico.

Apoiando-se em *Altimaro Blásio* que, no século XVIII, escrevera um livro sobre nulidade das sentenças e dos contratos, explica *Liebman* que a *querela nullitatis* não era recurso nem ação, mas uma invocação do *officium iudicis*. Se se tratava de nulidade sanável, a querela teria de ser proposta em prazo breve, igual ao da apelação, de modo que, na prática, acabou por fundir-se o remédio especial ao recurso ordinário. Mas, se insanáveis as nulidades, sobrevivendo, por isso mesmo, à preclusão dos recursos e à formação da coisa julgada, podiam alegar-se através da "*querela nullitatis*, como remédio extremo que, por analogia com uma verdadeira ação, ficava sujeita à prescrição ordinária". (*Estudos*, 184).

Pelo direito canônico, se a sentença incorre em *vicio insanabilis nullitatis*, cabe a querela, dentro em trinta anos, a contar da publicação da sentença. Como exceção, é perpétua. De regra, a competência para dela conhecer é do juiz da sentença. Podem propô-la não só as partes que se consideram prejudicadas, mas, também, o promotor e o defensor do vínculo. (*Codex iuris canonici*, cans. 1.892 a 1.897).

A querela ou *actio nullitatis* é uma ação constitutiva negativa, da mesma natureza da ação rescisória. Ao que ensina *Pontes de Miranda*, podia e pode ser proposta após a preclusão dos prazos de recurso e da ação rescisória, porque são perpétuas as ações que nascem contra a nulidade de pleno direito. (Comentários, vol. VI, 1a. ed., 413).

Não é explícita a lei sobre se, para os casos de sentença nula de pleno direito, além da *exceptio nullitatis* (Cód. de Proc. Civil, art. 1.010, inciso I), subsiste a querela *nullitatis*. Atente-se, porém, em que a nulidade *ipso iure* pervive além da preclusão dos recursos ou da ação rescisória. É nulidade que se não depura pelo decurso do tempo. É, pois, imprescritível a ação.

O que, em tais casos, pode acontecer é, não só a preclusão do prazo para os embargos, o qual, nos termos do art. 1.009 do Cód. de Proc. Civil, é de apenas cinco dias, mas, igualmente, a prescrição da pretensão a executar. Regularmente citado o executado, se não vem com os seus embargos, óbvio é que deva convalescer a sentença. Mas, se a execução é levada a termo, à revelia de executado não citado, dúvida não pode haver de que ainda lhe reste o apêlo à querela *nullitatis*. A propósito, uma lei portuguesa de 1843 é explícita ao facultar a "ação de nulidade da sentença", "quando o executado provar falta ou nulidade da citação para a execução finda à sua revelia, a fim de anular a mesma execução". (*Apud Pimenta Bueno: ib.*, 252/3).

Quanto a ter-se consumado a prescrição da pretensão a executar, evidentemente, poderá o executado defender-se me-

diante a exceção respectiva, em qualquer estado da causa. (Cfr. *Clóvis*: Cód. Civil Comentado, I, obs. ao art. 162).

### BIBLIOGRAFIA

- Beviláqua* (Clóvis): Código Civil Comentado, vol. I, 4ª ed., Rio., 1931;
- Bueno* (José Antônio Pimenta): Apontamentos sôbre as formalidades do Processo Civil, 2ª ed., Rio, 1911;
- Chiovenda* (Giuseppe): Instituições de Direito Processual Civil, tradução de *J. Guimarães Menegale* e notas de *Enrico Tullio Liebman*, S. Paulo, 1942/1945;
- Costa* (Alfredo de Araújo Lopes da): Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio, 1959;
- Couture* (Eduardo J.): Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1942;
- Goldschmidt* (James): Derecho Procesal Civil, ed. Labor, 1936;
- Liebman* (Enrico Tullio): Estudos sôbre o Processo Civil Brasileiro, S. Paulo, 1947;
- Martins* (Pedro Batista): Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, Rio, 1942;
- Miranda* (Pontes de): Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., começada a sair em 1958. Citam-se, também, os vols. IV e VI da 1ª edição;
- ” : Tratado de Ação Rescisória, 3ª ed., Rio, 1957;
- Ribas* (Antônio Joaquim): Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao Processo Civil, Rio, 1878;
- Rosenberg* (Leo): Tratado de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1955;
- Santos* (J. M. de Carvalho): Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, 2ª ed., Rio, 1937;
- Sousa* (Joaquim José Caetano Pereira e): Primeiras Linhas sôbre o Processo Civil, ed. c/notas de *Augusto Teixeira de Freitas*, Rio, 1906.