

Questionando a Tradicional Classificação das Invalidades Processuais – Uma Leitura a Partir de Calmon de Passos

Questioning the Classification of Procedural Invalidities – A Reading from Calmon de Passos

Murilo Teixeira Avelino¹

¹Universidade Federal da Bahia - UFBA, Brasil

Resumo

Após o advento do novo CPC, chega a hora de retomar certos temas clássicos ainda não revisitados pela doutrina. A teoria das invalidades é um deles. As bases conceituais do tema, apresentadas por Calmon, nos colocam num caminho de questionamento a respeito das classificações tradicionais dos vícios processuais. Não há uniformidade na classificação. Inclusive, o próprio Calmon parece falar em invalidez e nulidade como sinônimos. Não é este o caso. Invalidez é um conceito jurídico fundamental, enquanto nulidade, anulabilidade e irregularidade são conceitos jurídico-positivos. Avançando nas críticas feitas pelo homenageado, o desenvolvimento científico do tema aponta para a desconstrução das classificações e adoção de um sistema baseado na teoria do fato jurídico.

Palavras-chave: Invalidez; Nulidade; Fato Jurídico

Abstract

After the advent of the new CPC, it is time to return to certain classic themes not yet reviewed by the doctrine. The invalidities theory is one of them. The conceptual bases presented by Calmon put us on a path of questioning about the traditional classifications of the of procedural defects. There is no uniformity in the classification. In fact, Calmon himself seems to speak of invalidity and nullity as synonyms. This is not the case. Invalidity is a fundamental legal concept, while nullity, nullability and irregularity are positive concepts. Going beyond the critics made by the honoree, the scientific development of the theme points to the deconstruction of classifications and the adoption of a system based on the theory of legal fact.

Keywords: Invalidity; Nullity; Legal Fact

1. Introdução

O advento do (nem tão mais novo) Código de Processo Civil promoveu a releitura de diversos institutos de processo e o desenvolvimento de tantos diversos tópicos outrora não trabalhados com profundidade. Defrontamo-nos com diversos estudos a respeito das *normas fundamentais do processo*, da *tutela provisória*, dos *precedentes*, das *causas repetitivas*, dos *negócios jurídicos processuais* e tantos outros temas que à época foram responsáveis por fortalecer e estruturar as balizas do chamado *modelo cooperativo de processo*.

Ultrapassado o *frisson* da nova legislação, as divergências doutrinárias passam a encontrar maior uniformidade ou mesmo delimitação de posições distintas, a jurisprudência passa a se posicionar – guiando a atuação prática dos operadores – e algumas questões passam até a serem considerados *suficientemente tratadas e debatidas*.

Chega o momento, pois, de revisitar os temas clássicos, bases fundamentais do processo que, ao menos no plano textual, não sofreram grandes alterações no CPC se comparados às previsões do código anterior.

É preciso esclarecer: texto e norma não se confundem¹. Isso significa que apesar de *o texto* ter sofrido diminutas alteração, é possível – e mesmo preciso – reconstruir interpretativamente o seu conteúdo normativo. Nesse sentido, um dos temas que pouco sofreu alterações textuais com o CPC atual é o relativo ao capítulo das *nulidades*. A análise dos dispositivos constantes nos códigos de 1973 e 2015 mostram pouca ou nenhuma alteração nos textos², limitadas em boa parte dos casos à mera adaptação da linguagem pelo legislador³ ou inserção textual de compreensões firmadas jurisprudencialmente (por exemplo, no art. 279, §2º do código⁴). A doutrina, como que em um movimento natural, não se debruçou ou revisitou as bases fundamentais do tema após o advento do CPC de 2015.

O ponto necessário ao desenvolvimento do estudo das invalidades a partir do marco cooperativo inaugurado pelo novo CPC demanda, primeiro, o novo olhar sobre o que já foi construído sobre o tema. Nada mais adequado, portanto, que revisitar os clássicos. Este texto se propõe a rediscutir a classificação das invalidades processuais a partir da obra de Calmon de Passos, cuja visão já demonstrava um descontentamento com o estudo do tema mesmo quando do lançamento do seu *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*.

Parte-se dos conceitos firmados na doutrina para avançar na demonstração de sua inaplicabilidade ou insuficiência, propondo-se uma alteração que desloque o foco em conceitos jurídico-positivos (nulidade, anulabilidade e nulidade relativa, dentre outras classificações) e passe a ver o fenômeno a partir do conceito jurídico fundamental de *invalidade*.

2. Breves considerações sobre a teoria do fato jurídico

O estudo dos *atos processuais* e das *invalidades processuais* impõe uma breve compreensão a respeito da *teoria dos fatos jurídicos*, tema tradicionalmente tratado pela Teoria Geral do Direito e que merece aqui algumas notas.

Por *fatos jurídicos* entendem-se os eventos ocorridos no mundo dos fatos que repercutem no âmbito do direito, ou seja, que são juridicamente relevantes⁵.

1 “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre normas e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* - 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 33.

2 Os arts. 276 e 280 não sofreram alteração.

3 É o caso dos arts. 277, 278, 279 (caput e §1º), 281, 282 e 283.

4 O CPC impõe a atuação do Ministério Público como *fiscal da ordem jurídica* nas hipóteses previstas no *caput* do art. 178 do CPC. Em tais situações, caso o MP não seja intimado para se manifestar nos autos, o processo será *nulo*. É como dispõe o art. 279 do CPC.

A ausência de intimação do MP não impõe a decretação de invalidade de *todo o processo*. Respeita o sistema das invalidades consagrado no CPC a decretação de invalidade somente a partir do momento em que se verificou o vício e apenas após a intimação do MP para se manifestar. Nesta manifestação, o próprio MP poderá afirmar a *inexistência* de prejuízo e requerer a superação dos vícios. Não é possível, assim, *presumir* o prejuízo pela falta de atuação ministerial, cuja manifestação é indispensável à decretação da invalidade.

Em resumo: a questão relativa à nulidade por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar o feito em que deveria intervir pode ser levantada de ofício, mas somente decretada após a manifestação ministerial sobre a existência ou não de prejuízo, que jamais se presume.

5 “O que enseja a compreensão do fato social como fato jurídico é a sua apropriação por uma norma com os atributos de norma jurídica, (...) sem um *dizer prévio* sobre a licitude ou ilicitude da conduta, impossível será cogitar-se de sua juridicidade. Para valer como direito, qualquer prescrição reclama sua prévia institucionalização, possibilitando seja considerado o fato social como fato jurídico”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 16.

Subdividindo-se a classificação, temos os *atos jurídicos em sentido estrito*, caracterizados por eventos não humanos, independentes de emissão volitiva, e com repercussão no direito; temos, ainda, os *atos jurídicos*, caracterizados como emissão volitiva consciente visando produzir determinados efeitos jurídicos. Há, aqui, o *fator humano*⁶.

Entre uma e outra categoria, situa-se o que se chama de *ato-fato jurídico*: atos humanos dependentes de emissão volitiva não obstante o direito reconheça efeitos desconsiderando na forma de sua produção, a manifestação de vontade⁷. Nos atos-fatos, assim, importa o elemento de *ocorrência do fato*, desprezando o *elemento volitivo* do ato.

Na análise dos atos jurídicos, é possível falar dos *atos jurídicos em sentido estrito* e dos *negócios jurídicos*. Os primeiros se dão quando o próprio ordenamento jurídico já delimita os efeitos decorrentes de uma emissão volitiva consciente por parte do sujeito⁸; os negócios jurídicos, por outro lado, decorrem de encontro de vontades apto à produção de um efeito não delimitado previamente pelo ordenamento jurídico. Dá-se quando “a ordem jurídica abdica de definir consequência imputável à conduta, deixando essa definição à vontade dos próprios sujeitos envolvidos na situação qualificada como suposto normativo. Cuida-se da vasta área reservada ao que se denomina de *autonomia privada*”⁹. Assim, os negócios jurídicos diferenciam-se dos atos jurídicos na medida em que estes têm o seu efeito pré-determinado pela ordem jurídica, enquanto aqueles dependem de emissão volitiva no *ato antecedente* (como elemento do suporte fático), de forma a condicionar o seu *consequente*, quais sejam, os efeitos do negócio na esfera subjetiva dos envolvidos.

Os conceitos acima tratados são estudados na teoria geral do direito. São tidos, nesse sentido, como conceitos jurídicos fundamentais ou lógico-jurídicos¹⁰ e, por isso, com pretensão de validade universal. É, em resumo, aquilo que se esquematiza no estudo dos fatos com repercussão no direito.

Pois bem.

Feito o esboço inicial da *teoria do fato jurídico*, importa delimitar o que os faz adquirir o qualificativo *processual ou material*. Se a teoria dos fatos jurídicos é elemento de teoria geral do direito, significa que terá aplicação e desdobramento dentro de cada um dos ramos do Direito. Os ensinamentos de teoria geral do direito se aplicam aos ramos do direito a depender da norma que reconheça o *fato do mundo real* como *fattispecie* ou suporte fático de incidência.

Assim, para se qualificar um fato, ato ou negócio jurídico como *processual*, é indispensável que este sirva como suporte fático da norma prévia que regule o processo. Em outros termos, é preciso que a eficácia daquele ato (ao menos potencialmente) atinja uma relação jurídica processual e para tal seja direcionado. Veja-se: não é elemento necessário que o fato, o ato ou o negócio seja aperfeiçoado como

6 “Quando o fato tem como seu agente causador o homem, dizemos que se trata de um *ato*. Podemos, portanto, distinguir no gênero fato, o *fato natural*, em que o agente causador é algo que não o homem, do *fato do homem*, chamado *ato*, justamente por ser agente causador da transformação ocorrida o homem com sua conduta”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 20.

7 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 28.

8 “O normativamente previsto como consequência, por conseguinte, só é imputável ao sujeito que, agindo, o fizesse em função de um seu ato de vontade, vale dizer, perseguisse voluntariamente determinado objetivo”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29

9 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29. O autor, mais adiante, problematiza a análise da *vontade* como elemento diferenciador: “Por conseguinte, tanto nos atos jurídicos em sentido estrito, quanto nos negócios jurídicos, os efeitos são determinados pela lei; não podendo ser encontrada a diferença entre o ato e o negócio jurídico no poder criador da vontade, presente neste último e ausente naquele” (p. 55).

10 DIDIER Jr., Fredie. A reconstrução da teoria geral do processo. In.: DIDIER JR. Fredie (org.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 22.

ato do procedimento, mas que seja apto a produzir efeitos dentro do feixe de relações jurídicas que é o processo^{11,12}.

Sobre os *atos jurídicos processuais*, então, podemos apontar a classificação adiante.

Fatos jurídicos processuais em sentido estrito: fatos jurídicos não humanos que repercutem no processo. Por exemplo: a morte (art. 110); a relação de parentesco (art. 144, III e IV); ocorrência calamidade pública (art. 222, §2º).

Atos jurídicos em sentido estrito: emissão volitiva consciente visando à produção de efeitos no processo em virtude de previsão legal. São a maioria dos atos praticados no processo. Por exemplo: a citação, a apresentação de petição incidental, a produção de provas, os atos constitutivos, etc.

Atos-fatos processuais: são atos reconhecidos pelo direito como fatos. Portanto, decorrentes do comportamento humano, ao direito é irrelevante qualquer exame ou discussão a respeito da existência ou o conteúdo da emissão volitiva. Por exemplo: o adiantamento de custas e do preparo (art. 1.007); a revelia (art. 344); a admissão (art. 341).

Negócios jurídicos processuais: emissão volitiva consciente e direcionada à produção de efeitos específicos. O novo CPC consagra, no art. 190, a *cláusula geral de negociação processual*, admitindo negócios jurídico processuais atípicos. Há, todavia, a previsão de diversos negócios processuais típicos, como por exemplo: eleição negocial do foro (art. 62); calendarização do processo (art. 191); saneamento consensual (art. 357, §2º); acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), adiamento negociado da audiência (art. 362, I).

A teoria do fato jurídico, pois, aplica-se ao processo do mesmo modo que aos demais ramos do direito, sem quaisquer distinções relevantes. Um estudo dos defeitos, portanto, deve ser construída a partir da teoria do fato jurídico.

2.1. Noções a respeito dos planos da existência, validade e eficácia

Atos jurídicos (em sentido estrito) processuais, como se disse, caracterizam-se pela emissão volitiva consciente visando a produção de efeitos no processo. Trata-se da grande maioria dos *fatos* (=como gênero) ocorridos no processo. Não é sem razão que o Livro IV da Parte Geral do novo CPC é intitulado de “*Dos Atos Processuais*”.

Em uma perspectiva ampla da categoria, os *atos processuais* abarcam tanto os atos que compõem a cadeia de *atos do procedimento* (por exemplo: recorrer, desistir, postular, peticionar) quanto atos que não fazem parte da cadeia procedimental, mas que possam interferir de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual (por exemplo: convenção de foro negocial, transação extrajudicial, outorga de poderes ao advogado).

É totalmente aplicável ao processo a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral, tendo em vista que os atos processuais são, inegavelmente, espécies de ato

11 Tem-se a lição de Pontes de Miranda: “*Atos processuais* são todos os que constituem a seqüência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se pratiquem à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – *em processo*” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 16. A partir das mesmas lições de Pontes, Fredie Didier Jr. afirma: “O conceito de *ato processual* deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interfiram de algum modo no desenvolvimento do processo.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 475. Pedro Henrique Nogueira ao definir o *negócio jurídico processual*: “o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre (sic) dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 137.

12 Face a toda inspiração da obra de Calmon de Passos a nós, é importante destacar que no ponto nos afastamos, para discordar, de suas lições. Para Calmon, o ato processual é “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 44. A nós, parece se tratar de conceito mais restrito, talvez coincidente com aquilo que entendemos por *ato do procedimento*.

jurídico. A prática dos atos jurídicos em geral pode ser analisada levando em conta três planos distintos: *existência, validade e eficácia*. A verificação de cada um deles respeita ao *processo de formação* de um ato jurídico, desde o nascimento até o exaurimento de seus efeitos.

No *plano da existência* se observa o preenchimento do suporte fático, sem qualquer juízo a respeito dos seus componentes. É onde se verifica que há *sujeito, objeto e forma*¹³. O ato (ou mesmo o fato em sentido lato) que não preenche o suporte fático, ou seja, que não possui algum destes elementos, é *inexistente*. Se é inexistente, não produz qualquer efeito.

A observação dos pressupostos de existência se situam em um plano anterior à análise da validade. O *inexistente simplesmente não é*¹⁴. Só é possível perquirir a respeito da validade do ato quando ele existe, pois só é válido ou inválido aquilo que é. *O existente é*. Atos inexistentes nunca se invalidam, convalidam ou sanam, pois *não são*.

Os atos juridicamente inexistentes são atos praticados de fato, mas em relação aos quais faltam elementos essenciais para sua constituição como um ato jurídico, ou seja, o suporte fático de uma norma jurídica não é preenchido, fazendo com que eventos do mundo real não se enquadrem no tipo legal¹⁵. São, pois, irrelevantes para o direito. Exemplo clássico que figura bem um ato inexistente é uma “sentença” assinada por alguém não juiz. No caso, não há sentença porque lhe falta o sujeito. Da mesma forma, “sentença” sem dispositivo é ato inexistente, pois o comando decisório deve estar presente para que o ato de *decidir* seja reconhecido como sentença.

O *plano da validade* é onde se situa a relevância jurídica da vontade manifestada no preenchimento do suporte fático e “diz respeito à eficiência com que o suporte fático foi preenchido”¹⁶.

Não basta que o ato preencha o suporte fático (o que o torna existente), é preciso que o faça de forma regular (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei). Quando se verifica o preenchimento defeituoso, é possível a invalidação do ato ou a superação do defeito. Somente se não houver defeito – ou se este defeito for irrelevante para que atinja sua finalidade – é que o ato supera o *degrau da validade*. Assim, o agente precisa ter capacidade para a prática do ato; o seu objeto deve ser lícito; e a sua forma deve ser prescrita ou não defesa em lei.

A *validade* de um ato sempre é examinada levado em conta o momento de sua formação. É que ou o defeito é contemporâneo ao nascimento do ato ou anterior a ele. Por exemplo, em uma cláusula abusiva de eleição de foro o vício *abusividade* se verifica no momento em que o ato é aperfeiçoado. Por outro lado, se um ato processual é praticado sob coação, o vício é anterior à sua prática¹⁷. A *invalidade nunca será superveniente*. Se o ato nasce válido, os fatos supervenientes o afetarão nos planos da existência ou da eficácia, mas não a validade.

O ato jurídico viciado existe, pois só assim pode ser invalidado. Enquanto não houver a decretação de sua invalidade, produz efeitos que lhe são decorrentes. É possível, sem qualquer problema, que atos eivados de vícios insuperáveis produzam efeitos até a sua desconstituição. Todo ato, por mais defeituoso que seja, produz ao menos um efeito: permitir sua invalidação. Em outras palavras, ato inválido produz efeitos.

13 “Forma, primeiramente, deve ser tida como o modo pelo qual a vontade (elemento cerne do suporte fático dos atos jurídicos) é exteriorizada. (...) Forma, nesse caso, é da própria essência do suporte fático do ato jurídico, sendo necessário, portanto, à existência deste. É por isso que se diz que todo ato jurídico tem forma. O que varia é o rigor formal (ou solenidade)”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 276. In: ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz de. *Et al* (corrds). *Novo Código de Processo Civil Comentado – tomo I – arts. 1º a 538*. São Paulo: Lualri Editora, 2017. p. 429.

14 “O ato inexistente, do ponto de vista jurídico processual, é um *não-ato processual*” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 105.

15 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27-28.

16 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 506.

17 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 507.

A *invalidação* é a sanção que sofre o ato viciado¹⁸. Trata-se da consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato processual defeituoso¹⁹, sendo cominada quando se reconhece que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante. Perceba-se: nem todo ato viciado será invalidado. Caso o defeito seja irrelevante, pode ser superado. Todavia, se um ato foi sancionado com *invalidação*, ele era necessariamente defeituoso e este vício era relevante. A invalidação não é o defeito relevante, mas a consequência dele²⁰.

Por fim, quanto ao *plano da eficácia*, refere-se às situações jurídicas, à produção de efeitos que decorre do aperfeiçoamento do ato por um *agente capaz e competente* (=legítimo), *cujos objetos são possíveis, lícitos, determinados ou determináveis e disponíveis ao agente, e cuja forma prescrita ou não defesa em lei é adequada à produção de efeitos desejada*.

O ato existente se presume válido e apto a produzir efeitos²¹. O ponto deve ser frisado (como o será também adiante): vez existente o ato, a regra é que produza efeitos regulares enquanto não eventualmente pronunciada a invalidação. Ato *eventualmente* defeituoso produz efeitos regulares enquanto não forem questionados²². Como nos ensina Calmon de Passos, “todos os atos processuais são eficazes e somente o pronunciamento judicial sancionador pode lhes decretar a invalidade, fazendo cessar sua eficácia”²³.

2.2. Forma dos atos processuais

A *forma* é o meio de exteriorização do ato jurídico. Gerado pela vontade do sujeito, exterioriza-se pela forma. O respeito às formas proporciona segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento, evitando arbitrariedades²⁴. A liberdade de atuação deve ser ordenada, ou seja, através de atos que protejam as expectativas dos demais sujeitos de direito.

Além disso, as formas também são instrumento indispensável à isonomia. Ao reduzir a discricionariedade do julgador e balizar a prática dos atos através de requisitos previamente estabelecidos na lei, as formalidades garantem a todos os sujeitos de direito um tratamento isonômico. Assim, “As

18 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 106.

19 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 507.

20 “É neste sentido muito estrito, admitida a premissa que a invalidade é o estado subsequente ao pronunciamento constitutivo negativo, que o velho adágio *nullum est quod producit effectum* retrata a realidade”. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2015. Tópico 1.245.2.

21 A doutrina fala em *presunção de regularidade dos atos*: “Os atos praticados no processo presumem-se regulares; por isso, a existência de vício que os torne inválidos tem-se como exceção”. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214. No mesmo sentido: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 276. In: ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz de. *Et al* (corrd). *Novo Código de Processo Civil Comentado – tomo I – arts. 1º a 538*. São Paulo: Lualri Editora, 2017. p. 430.

22 Nesse sentido: “A existência de vícios no ato processual, como em qualquer outro ato jurídico, não inibe a geração de efeitos jurídicos. Não se confundem os defeitos com a falta de fatores para a irradiação de efeitos”. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2015. Tópico 1.244.

23 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 108. Há também, contudo e excepcionalmente, atos válidos (perfeitos) e ineficazes. São aqueles sujeitos a condição suspensiva. No processo são muito raros os exemplos de atos válidos, mas ineficazes. É possível mencionar, por exemplo: i) a alienação em fraude à execução, quando o ato se mantém válido, mas ineficaz perante o credor do alienante; ii) atos sujeitos à condição suspensiva intraprocessual (como a *impugnação de decisão interlocutória* manejada em sede de contrarrazões à apelação); iii) atos sujeitos à homologação. O tema, todavia, exigiria uma maior aprofundamento, inclusive no debate de ideias com Calmon de Passos. Fugindo ao tema do presente trabalho, todavia, nos ateremos apenas à generalidade da lição, como colocado no trecho em nota.

24 “Nessas circunstâncias, o indivíduo liberta-se da sua posição de subordinação e é o Poder Público que é limitado, operando a rigidez formal como o mais seguro e excelente instrumento de garantia individual, se de um Estado democrático de direito se trata”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 32.

formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado”²⁵.

A forma não pode ser um fim em si mesma. A supressão de formalidades necessárias à higidez dos atos e garantia dos direitos gera abusos e desmandos; o excesso de forma, por outro lado, converte *rito* em um fim em si.

Por isso, a regulação da *forma dos atos jurídicos* deve verter os olhos à proteção e garantias dos direitos inerentes à personalidade. Por outro lado, os atos *processuais* devem sempre se destinar à prestação de uma atividade jurisdicional que respeite o devido processo legal e todos os seus corolários²⁶. Mormente com a consagração do *autorregramento da vontade* no processo, deve-se pensar a formalidade processual sob um aspecto valorativo, sempre tendo em vista os problemas práticos e as situações processuais que pretendem proteger.

Há de se balancear as exigências formais – como elementos garantidores dos direitos fundamentais – com a liberdade dos indivíduos, inclusive no que tange ao modo como se dá o tratamento das invalidades e dos limites dos atos e negócios jurídicos.

É levando em conta esta lição que o legislador consagra a liberdade das formas, dispondo que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial. Importa que o ato cumpra sua finalidade, independentemente de forma, salvo quando a lei expressamente a exigir para sua validade (art. 107 do CC c/c art. 188 do CPC). Em suma, a *forma* serve de instrumento à proteção das garantias fundamentais do processo, sendo informado pelo *princípio da finalidade* para evitar que a exigência formal vazia acabe por suplantar a prestação da atividade jurisdicional justa e efetiva. Bem arremata a doutrina:

O ato imperfeito, alcançando o fim a que se destinava, cumpriu sua função, produzindo os efeitos que lhe eram próprios, foi apto. Seria imperdoável in consequência invalidá-lo. A consecução do fim, apesar da imperfeição do ato, constitui um *equivalente* dos requisitos que faltaram ou foram defeituosos.²⁷

Esta ideia é de suma importância para a análise que segue adiante.

3. Regramento geral das invalidades processuais

No processo, o sistema de invalidades é construído para que não haja invalidades²⁸. Ao magistrado cabe sempre buscar a solução de mérito do processo, mormente com o advento do novo CPC e do *princípio da primazia do julgamento de mérito* inscrito em seu art. 4º. A invalidação dos atos processuais, assim, deve ser vista como a última opção a ser seguida, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato defeituoso.

Uma das principais diferenças que tradicionalmente afastam o sistema das invalidades processuais do sistema das invalidades do direito material é a ideia de que o “ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação de sua invalidade”²⁹. Não há para o processo aquilo que se chama de “nulidade

25 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 132.

26 AVELINO, Murilo Teixeira. A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros et al. (Coords.). Relações e Influências Recíprocas entre Direito Material e Direito Processual – Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 379-380.

27 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 130.

28 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 509; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III (arts. 154 – 281)*. São Paulo: Forense, 1974. p. 321.

29 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 510.

de pleno direito”. Qualquer invalidade processual precisa ser decretada. Não pode haver sanção (e a invalidade é uma sanção) sem decreto³⁰.

E a decretação da invalidade processual exige a verificação de um binômio: *defeito mais prejuízo*. Não há invalidade sem prejuízo³¹. A invalidade é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação de um ato processual viciado (atípico ou defeituoso) com a observância do prejuízo. Incide aqui o brocardo *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há invalidade sem prejuízo. Trata-se do chamado *princípio do prejuízo*, com previsão legal nos arts. 282, §§1º e 2º, do CPC. Como anota Calmon de Passos:

(...) a imperfeição do ato ou do tipo, por si só, é apenas um *signal de perigo* que reclama sua análise para ponderar-se a necessidade de transformar-se a imperfeição em invalidade, pelo que a invalidade deixa de ser uma decorrência necessária da imperfeição para se tornar sanção imposta exclusivamente ao que denominado de *atipicidade relevante*, imperfeição que compromete a proatividade do jurídico.³²

Haverá prejuízo à parte quando o defeito impedir que o ato processual atinja sua finalidade. Se o ato atinge a sua *finalidade*, respeitando-se as normas fundamentais do processo, nem os defeitos mais graves levam à invalidação³³. A dificuldade está em identificar violação às normas fundamentais sem que haja a reboque o prejuízo.

Normalmente se adota uma relação íntima entre o prejuízo e a mitigação do contraditório e do direito de defesa³⁴. É que ao atingir sua finalidade, a prática do ato não pode ferir o devido processo legal e os princípios e regras a ele corolários, sob pena de não oferecer, com justiça, a atividade jurisdicional.

De toda sorte, *sempre* deverá ser demonstrado o prejuízo, mesmo que decorrente de violação de normas constitucionais. É como anota o enunciado nº 279 do FPPC: “Para os fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação a norma constitucional”. O prejuízo deve *sempre* ser demonstrado, jamais presumido. Ainda quando o código prevê o respeito à determinada forma sob pena de “nulidade”, mesmo assim se impõe demonstrar o prejuízo.

Por outro lado, caso reste vitoriosa a parte a qual a decretação de invalidade beneficiaria, não há falar em decretação de nulidade. Não é oportuno que atos processuais sejam invalidados, alargando-se no tempo o processo e retardando o oferecimento da tutela jurisdicional efetiva, quando o sujeito *eventualmente* beneficiado sai vencedor mesmo em face do defeito.

Por exemplo, não há falar em decretação de invalidade no caso de processo cujo réu não foi citado e, por consequência, não apresentou defesa, caso o mérito seja julgado a seu favor. Ora, como o magistrado julgou favoravelmente o mérito da causa para a parte que se beneficiaria caso a nulidade fosse decretada, atrai-se a incidência do art. 282, §2º, mantendo-se incólume a decisão. O contrário significaria invalidade uma decisão *defeituosa, mas benéfica*.

3.1. Classificação tradicional dos vícios dos atos processuais

Como se disse, a *invalidação* de um ato *é sempre uma sanção*. Ocorre que os defeitos que levam à invalidação de um ato são classificados em *nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades*. A doutrina diverge bastante a respeito das características de tais categorias, sendo muito difícil descrever

30 No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol. 1*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 291.

31 O suporte fático da norma invalidadora (=decisão que decreta a invalidação) é a verificação do binômio. O simples defeito ou o prejuízo não são aptos, individualmente, a gerar invalidação. É preciso sua observância cumulativa.

32 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 124. Em outro trecho e no mesmo sentido: “A *nulidade*, diversamente, é sempre o resultado de um pronunciamento judicial sancionatório, alicerçado na atipicidade relevante do ato, pelo que dele se retira a eficácia” (p. 127).

33 Nesse sentido: “O princípio do prejuízo ilumina a decretação da sanção de invalidade por parte do juiz e reafirma o compromisso de *preservação dos atos processuais*. A invalidação deverá ser a exceção, e voltada para aquelas hipóteses em que não há possibilidade de sanção do vício processual”. ARAUJO, Fábio Caldas de. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 941.

34 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52. No mesmo sentido: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Art. 8º. In: ALVIM, Teresa Arruda *et al* (coords). *Breves comentários do código de processo civil – 1ª ed. em e-book*. São Paulo: RT, 2015. Tópico 12.

uma uniformidade no estudo do tema. Todavia, ainda que esta separação seja tecnicamente ruim, é sempre abordada pela doutrina, adotada pela jurisprudência e pela própria lei.

Nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade são, portanto, hipóteses de invalidação do ato processual, diferenciando-se pelo regime jurídico adotado. O ponto é que não há uniformidade no estudo destas categorias.

O próprio Calmon de Passos já percebia a dificuldade de categorização ou classificação das *nulidades*. Anota que “atribua-se talvez ao apego às classificações de nulidades, distinções de matizes ou de intensidades de efeitos, quase sempre sob a inspiração dos prestigiosos ensinamentos do direito privado, que tem feito do tema um eterno motivo de polêmicas”³⁵. O autor anota, na oportunidade, distintas perspectivas trazidas por Carnelutti, Redenti, Liebman e Batista Martins.

Vejamos, em exercício semelhante e exemplificadamente, posições doutrinárias divergentes.

Para Humberto Theodoro Júnior³⁶, seguindo as lições de Couture, há três espécies de *vícios do ato processual*: a) atos inexistentes; b) atos absolutamente nulos; c) atos relativamente nulos.

O ato inexistente é aquele que não preenche os requisitos mínimos para existir como ato jurídico. O ato sequer é recepcionado pela ordem jurídica. Trata-se de *fato* irrelevante. Não se convalida nem precisa ser invalidado. Não produz efeitos.

O ato absolutamente nulo existe, mas sua formação fere preceitos de ordem pública. O juiz pode conhecer da nulidade de ofício. Trata-se de vício insanável, admitindo-se a invalidação a qualquer tempo (não há preclusão para arguição do vício). Não produz efeitos, mas exige que o juiz a decrete³⁷.

O ato relativamente nulo existe, mas sua formação fere preceitos de ordem privada (disponíveis). O juiz não pode conhecer da anulabilidade de ofício. Exige-se iniciativa da parte prejudicada. O prejudicado exerce juízo de conveniência sobre a anulação. O ato se convalida caso o interessado não argua o vício na primeira oportunidade (incide preclusão). Produz efeitos até que seja anulado.

O autor menciona, ainda, os atos “apenas *irregulares*”, referindo-se aqueles em que o vício de forma é irrelevante. Traz os seguintes exemplos: i) inexistência material da sentença, que pode ser corrigida de ofício; ii) decisão proferida fora do prazo legal (art. 226).

Por fim, anota que o advento do novo CPC fez de diminuta relevância as diferenças propostas, justificando-se a divisão dos defeitos apenas em *sanáveis* e *insanáveis*.

Para Fábio Caldas de Araújo³⁸, há três espécies de *nulidades processuais*: a) nulidades absolutas; b) nulidades relativas; c) meras irregularidades.

A nulidade absoluta se caracteriza pela possibilidade de ser conhecida de ofício e a qualquer tempo. A nulidade relativa exige provocação da parte interessada e deve ser arguida em momento oportuno, sob pena de preclusão. Já a mera irregularidade é o defeito sem potencial de causar qualquer prejuízo, incapaz de gerar invalidação.

Todas as espécies, para o autor, admitem convalidação.

Alexandre Freitas Câmara³⁹ identifica três espécies de *invalidades processuais*: a) nulidades absolutas; b) nulidades relativas; c) anulabilidades.

35 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 138.

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 606 – 616.

37 Isto posto, o próprio autor elenca exemplos de atos processuais absolutamente nulos que podem produzir efeito caso não gerem prejuízo: i) ausência de intervenção do MP nas hipóteses obrigatórias (art. 279); ii) ausência de citação do cônjuge em litígios relativos à propriedade imobiliária (art. 74, p.ú.).

38 ARAUJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 945-947.

39 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol. I*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 291-294.

A nulidade absoluta se dá quando o ato viola norma cogente de proteção de interesse público. Trata-se de vício insanável. A nulidade pode ser reconhecida de ofício ou mediante requerimento, a qualquer tempo.

A nulidade relativa ocorre quando o ato viola norma cogente de interesse privado. Trata-se de vício sanável. A nulidade pode ser reconhecida de ofício ou mediante requerimento, a qualquer tempo.

Por fim, a anulabilidade se caracteriza pela violação de norma dispositiva. O vício é sanável. Não pode ser conhecida de ofício, devendo-se arguir o vício na primeira oportunidade que, sob pena de preclusão.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, nos comentários ao CPC/73⁴⁰, identifica três *grandes categorias* de vícios dos atos processuais: a) inexistência; b) nulidades, dividindo-se entre absoluta, relativa e *anulabilidade*; c) simples irregularidade.

O ato inexistente é aquele que existe no mundo dos fatos, mas não no mundo do Direito. Não há, assim, como se falar em convalidação pelo decurso do tempo.

O ato absolutamente nulo existe no mundo jurídico. Todavia, o vício não admite convalidação, salvo pelo decurso do tempo, findo o prazo para ação rescisória. Viola norma de interesse público, permitindo-se conhecer de ofício do defeito.

Na nulidade relativa o ato existe no mundo jurídico. O defeito, aqui, admite convalidação. Viola norma cogente de interesse privado, permitindo-se conhecer de ofício do defeito.

No caso da anulabilidade, o ato existe no mundo jurídico. O defeito, da mesma forma, admite convalidação. Viola norma dispositiva de interesse privado, não se admitindo seja o defeito conhecido de ofício.

Por último, nas irregularidades os atos existem, apresentando vícios de diminuta importância, incapazes de comprometer a ordem jurídica de qualquer forma. As necessárias correções podem ser feitas de ofício, a qualquer tempo.

Araken de Assis, após apresentar críticas à classificação tradicional dos vícios, propõe a definição de três espécies de invalidades⁴¹: a) nulidade absoluta; b) nulidade relativa; c) anulabilidade.

Na nulidade absoluta a norma violada é cogente, imperativa ou proibitiva. Predomina a tutela do interesse público. O vício é insanável. É possível, todavia, em razão de outros interesses em ponderação, desaparecer a pretensão à desconstituição do ato viciado. O juiz pode conhecer do vício de ofício. Quaisquer das partes podem arguir o defeito. Afasta-se a incidência do art. 276. Não há preclusão para alegação do defeito.

A nulidade relativa se caracteriza pela violação de norma cogente. Predomina a tutela do interesse privado. O vício é sanável. O juiz pode conhecê-lo de ofício. Quaisquer das partes podem arguir o defeito. Incide o art. 276. Há preclusão para alegação do defeito.

A anulabilidade é uma figura residual. Tutela a aplicação de normas dispositivas. O vício é sanável. O juiz não pode conhecer de ofício. Quaisquer das partes podem arguir o defeito. Incide o art. 276. Há preclusão para alegação do defeito.

Inovando de certa forma, Fredie Didier Jr. (em posição que adotamos aqui) aponta que o estudo das classificações das nulidades exsurge de pouca ou nenhuma utilidade. Nada obstante o legislador tenha previsto regimes diferenciados para diferentes *tipos* de nulidade, não há qualquer referência a quais vícios se enquadrariam em uma ou outra categoria.

O autor desenvolve uma tipologia das invalidades processuais fugindo da classificação tradicional. Para ele, “Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais”⁴², pois sua configuração depende sempre do sistema de direito positivo que se observe. É que tais classificações, como já dissemos

40 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 260-269.

41 ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2015. Tópico 1.250 – 1.253.

42 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 510.

acima, são pautadas em conceitos *jurídico-positivos*, alvos tranquilos de mudanças legislativas. Assim, *por uma penada do legislador* é possível que “um defeito que, antes, gerasse invalidez sob certos pressupostos, passe a gerar invalidez submetida a outro e bem diverso regramento”⁴³.

Propõe então quatro *tipos de defeitos processuais*.

Há defeitos que não geram qualquer invalidez, normalmente chamados de *meras irregularidades*. Há defeitos que geram invalidez que não podem ser decretadas de ofício, pois identificam situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de proteger interesse particular.

Por outro lado, identifica defeitos que geram invalidez que podem ser decretadas de ofício. São invalidez normalmente decorrentes de *defeitos do procedimento, ausência de pressupostos processuais*. Nesses casos, enquanto pendente o processo, não haveria preclusão do poder de invalidar nem restrição quanto à quem poderia apontar o defeito, tendo em vista que o magistrado pode atuar *ex officio*.

Por fim, trata dos defeitos que podem ser conhecidos de ofício, conquanto admitam a ocorrência de preclusão. Mitiga-se a regra de que toda invalidez que pode ser decretada *ex officio* pode sê-lo a qualquer tempo.

4. Crítica à classificação tradicional dos vícios – a *invalidez* como conceito jurídico fundamental

Calmon de Passos, em sua obra, não parece trabalhar distinção conteudística relevante na utilização dos vocábulos *nulidade* e *invalidez*. O autor, talvez, sem se aperceber, todavia, apresenta as ideias fundamentais, exatamente ao criticar a tradicional classificação das *nulidades* ou *invalidades*. Aborda diretamente a utilização das categorias de *nulidades absolutas* e *nulidades relativas*:

Essa transposição de categorias de nulidades, já muito bem trabalhadas no direito privado, carece de adequabilidade no espaço do direito público, máxime no campo do direito processual. Sempre se entendeu residir a diferença básica entre ambas as em duas características fundamentais: (a) a absoluta, opera *ex tunc*, enquanto a relativa teria eficácia *ex nunc*; a par disso, (b) as absolutas podem ser conhecidas de ofício e as relativas exigem provocação do interessado. Pois bem, nenhuma das duas cabe no campo do direito processual. (...) Falar-se em nulidade relativa, portanto, no campo da teoria do processo, será algo a pedir uma específica teorização, que ainda não foi feita nem poderá sê-lo, enquanto persistir o estado atual de coisas.⁴⁴

É exatamente este o ponto em que se pretende contribuir: *invalidez* é um conceito jurídico fundamental. Nulidade, anulabilidade, nulidade relativa, etc., são conceitos jurídico-positivos.

O estudo dos *conceitos jurídico fundamentais e dos conceitos jurídico-positivos* é mesmo um exercício de aplicação do método científico ao Direito. Trata-se, assim como se dá tipicamente com o exercício de *classificar*, de desenhar os espaços onde as formas serão encaixadas. Em outros termos, é preciso delimitar o que se entende como *conceito jurídico fundamental* e como *conceito jurídico-positivo*, para que possamos adequar certos fenômenos em uma das duas classificações e, a partir daí compreender os seus contornos.

É dizer: quando afirmarmos que o conceito de *invalidez* é *fundamental*, comunicarmos ao nosso interlocutor a que características e repercussões estamos nos referindo. Reduz-se, assim, a complexidade inerente ao sistema.

Vejamos.

Conceitos *jurídicos fundamentais* ou *lógico-jurídicos* são aqueles que, em Direito, possuem pretensão de universalidade. Diz-se que estas ideias, recepcionadas na ciência jurídica, possuem o mesmo significado em todo e qualquer ordenamento sobre o qual se debruce o investigador. Tratam-se de conceitos construídos pela Filosofia do Direito, universais, inacessíveis ao legislador que, nada obstante

43 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 511.

44 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 141-142.

possa regular o seu âmbito de eficácia ou mesmo eleger requisitos de validade dos fatos aos quais dizem respeito, não pode alterar a sua formulação⁴⁵⁻⁴⁶. São conceitos que estão no plano filosófico, não no plano normativo⁴⁷. São conhecidos *a priori*, independentemente da análise do Direito Positivo.

Por outro lado, os conceitos *jurídico-positivos* são aqueles que, em Direito, não possuem um valor a si intrínseco. Diz-se então que a compreensão do significado daquela categoria depende, necessariamente, que o investigador se debruce sobre o ordenamento específico, objeto de sua pesquisa. Não são conceitos genéricos, mas sim construídos a partir da atuação de um determinado Direito (=como ordem jurídica particular)⁴⁸, e somente àquela realidade normativa aplicáveis⁴⁹. O legislador não apenas regula sua eficácia ou seus requisitos de existência e validade; regula mesmo o conteúdo semântico daquela categoria⁵⁰. Tratam-se de noções perceptíveis apenas *a posteriori*, pois dependem da análise do Direito Positivo.

Tais lições aplicam-se ao estudo das invalidades.

A caracterização do fenômeno invalidade como sanção de um ato defeituoso, apta a excluí-lo da ordem jurídica é a mesma, em todo e qualquer ordenamento que se observe. Da mesma forma, o conceito é universal. Sempre estaremos tratando “da exata correspondência entre o ato, no plano dos fatos, e o modelo do ato descrito normativamente”⁵¹.

Por outro lado, são jurídico-positivos os conceitos de *nulidade e anulabilidade*. Tratam-se, dentro do estudo das invalidades, de subdivisões ou subclassificações, aptas qualificarem um ato defeituoso.

45 Anota Edvaldo Brito que “quando se formula um conceito lógico, que serve de base para a conceituação jurídico-positiva, essa noção se formula com pretensão de validez universal, o que significa ser a mesma conceituação positiva nas diversas ordens jurídicas (...)”. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 27. O autor traz como exemplo o conceito de Teoria da Constituição.

46 Anota Didier Jr., para esclarecer sobre os conceitos lógico-jurídicos: “Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo”. DIDIER Jr., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* – 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 53.

Todavia, é importante atentar, em vista que tais conceitos lógico-jurídicos são formulados a partir do fenômeno jurídico, sendo também produto cultural, não se pode entender que a característica da *invariabilidade* significa que sejam permanentes, eternos. Não se deve compreender assim, e não é isto que o autor afirma. Em verdade, a *invariabilidade* refere-se, no tempo, a sua aplicação universal. Todavia, não se nega que, como produto cultural, a “elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo (...) são convencionalmente construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos” (p. 56). Conceitos lógico-jurídicos que se tornam obsoletos são substituídos, pois nada obstante *invariáveis*, são *provisórios*.

Esta compreensão serve para rejeitar as duras crítica formuladas por Mateus Pereira à obra de Fredie Didier Jr. em PEREIRA, Mateus Costa. Da Teoria Geral do Direito à Teoria Geral do Processo: um ensaio sobre possíveis *formas de pensar* o fenômeno processual brasileiro e seus vínculos ideológicos. In. DE SOUZA JR., Antonio Carlos *et al.* (coords). *Diálogos de Teoria do Direito e Processo*. Salvador: JusPodivm, 2018.

Acrítica, que aqui se reputa injusta, tem ares herméticos, demonstrando que o autor, nada obstante tenha se proposto, não dialogou com a obra criticada.

47 “São estes obtidos *a priori*, com validade constante e permanente, sem vinculação, portando, às variações do Direito Positivo. São conceitos lógico-jurídicos – ou seja, correspondem a considerações de ordem lógica (...) nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas. Valem para todo conteúdo juridicamente possível, e por isso são universais e absolutos”. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário* – 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 94-95.

48 Trabalhando tais conceitos, Edvaldo Brito esclarece que “os conceitos jurídico-positivos somente são aplicáveis a uma esfera de validez determinada quanto ao espaço e quanto ao tempo (...) a validez de um conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do direito mesmo em que se apoia”. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 27.

49 DIDIER Jr., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* – 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Pp. 49-52.

50 “(...) corresponde apenas a uma construção dessa categoria normativa pelo Direito Positivo brasileiro. É uma noção – a de lançamento – que somente pode ser obtida *a posteriori*, no sentido de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo”. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário* – 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94.

51 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 123.

Saber o que significa alcunhar determinado ato de *anulável* ou *nulo*, demanda conhecer o Direito Positivo. Demanda analisar individualmente o respectivo fenômeno em um certo espaço-tempo⁵².

Diz-se, então, que a Teoria Geral do Direito cuida dos conceitos *jurídicos fundamentais*, ao passo que o Direito Positivo cuida dos conceitos *jurídico-positivos*. Há íntima relação entre eles, na medida em que aqueles inspiram e servem de ponto de partida à formulação destes⁵³. Para compreender a *nulidade* é preciso antes conhecer a *invalidade*.

Tais temas são epistemologia, mas aplicados à Teoria Geral do Direito. Como um de seus ramos, temos a Teoria Geral do Processo.

Parte-se do seguinte pressuposto: “A invalidade é sanção prevista no ordenamento jurídico para punir determinados atos contrários ao direito (que contenham ilícitos), impedindo que atinjam o fim colimado”⁵⁴.

A doutrina civilista (e de direito material em geral) parece situar as espécies de invalidade como conceitos jurídicos fundamentais. Ou seja, *nulidade* e *anulabilidade* seriam conceitos gerais, universais, aplicáveis a todo e qualquer ordenamento. Assim, sempre que nulo ou anulável um negócio jurídico, as consequências decorrentes do vício são, no primeiro caso, a impossibilidade de convalidação e o retorno ao *status quo ante* em face da impossibilidade de produção de efeitos; no segundo caso, a possibilidade de convalidação do vício, necessitando que se decida sobre a invalidade, para que se interrompa a produção de efeitos do ato, respeitando o que fora produzido. O próprio código civil delimita e avalia a gravidade do vício, dando o ato jurídico viciado por nulo ou anulável.

Para o direito material a decisão judicial é tida como meramente declaratória, pois se o vício é anterior à decisão judicial que o reconhece, o ato jurídico (em sentido amplo) inválido *nunca* teve aptidão para produzir efeitos, devendo ser *declarado nulo*⁵⁵.

Para o processualista é diferente. O conceito jurídico fundamental é o de *invalidade*⁵⁶, refletindo a decretação da interrupção de produção de efeitos de um ato, expulso do ordenamento. Para o processualista não há aquilo que os civilistas costumam tratar de invalidade *de pleno direito*, pois que a invalidade, como sanção, deve ser decretada. Quanto às suas espécies, nulidade e anulabilidade, a regulação depende do ordenamento jurídico observado, podendo o legislador regular a classificação e

52 “Considero de fundamental importância a distinção entre conceitos ou nomes universais e individuais. Toda aplicação da ciência assenta-se numa inferência de casos singulares a partir de hipóteses científicas (que são universais); isto é, baseia-se na dedução de predições singulares. Em todo enunciado singular devem ocorrer conceitos ou nomes individuais. Os nomes individuais que ocorrem nos enunciados singulares da ciência aparecem, frequentemente, sob feição de coordenadas espaço-temporais”. POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 57.

53 Cabe à ciência do direito processual a elaboração dos conceitos *jurídico-positivos*. Esses conceitos são formulados a partir dos conceitos jurídicos fundamentais. São, por isso, concretizações dos conceitos *lógico-jurídicos*. DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* – 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 143.

54 BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 63. Ainda: “O negócio jurídico válido é aquele cujo suporte fático é perfeito, concretizando-se despido de vícios e defeitos, de acordo com o ordenamento jurídico. Mas se o ato negocial tem o seu suporte fático formado com imperfeição em seus elementos constitutivos nucleares (como a vontade manifestada por incapaz ou inquinada por vícios como dolo ou erro, por exemplo) ou com a ausência de elemento constitutivo complementar (como a inobservância da forma legal, por exemplo), será contrário ao ordenamento jurídico, e conterà, pois, ilícito. E sua ilicitude será punida com a sanção de invalidade”.

55 Sobre o tema, tratando especificamente do ato simulado: AVELINO, Murilo Teixeira. A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros et al (Coords.). *Relações e Influências Recíprocas entre Direito Material e Direito Processual – Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: JusPodivm, 2017.

56 Fredie Didier Jr. apresenta tal perspectiva. Para o autor: “O conceito jurídico fundamental (*lógico-jurídico*, jurídico próprio ou categorial) é aquele construído pela Filosofia do Direito (é uma das tarefas da *Epistemologia Jurídica*), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão da validade universal.” DIDIER JR., Fredie. A reconstrução da teoria geral do processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.) *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 16. Dentre eles está a invalidade.

a produção de seus efeitos⁵⁷⁻⁵⁸. Seriam, assim, conceitos jurídico-positivos. Para o processualista, mesmo que grave e relevantíssimo o defeito apresentado, é necessário pronunciamento judicial para expurgar o defeito do ordenamento jurídico.

Desta forma, a decisão judicial que exclui da ordem jurídica o ato viciado seria *constitutiva negativa*, na medida em que desconstitui o ato, sancionando-o como inválido⁵⁹. Não é incomum a menção à sentença que decreta a nulidade de negócio jurídico com enquadrada entre as constitutivas negativas.

Assim, o juiz *decreta* a invalidade. Se os efeitos decorrentes desta decisão serão *ex tunc* ou *ex nunc*, depende da forma pela a qual o legislador tratou do vício⁶⁰. É que, como já se disse, a invalidade é a sanção pelo defeito, sendo *livre* a escolha do legislador para delimitar as consequências da invalidação.

Deve-se ir além: até que seja *decretada* a invalidade, o ato inválido produzirá seus efeitos regularmente, ainda que posteriormente as partes devam retornar ao *status quo ante*. Isso basta à demonstração de que, nulo ou anulável, o ato defeituoso produz efeitos. Daí, a decisão que anota a invalidade do ato é constitutiva negativa. Nulidade e anulabilidade são categorias objeto de regulação legislativa, potencialmente diferente de ordenamento para ordenamento. Já em 1989 Calmon de Passos atentava para esta realidade:

O ato é ou não é ferido de atipicidade relevante. E se for, a certificação dessa atipicidade relevante operará, em termos de ineficácia, *ex tunc* ou *ex nunc*, tendo em vista sempre aquela necessidade de preservar o alcance da consequência objetivamente posta pela ordem jurídica. Dizer-se relativa a nulidade que opera *ex nunc* e absoluta a que opera *ex tunc* seria um qualificar-se classificatoriamente a posteriori para nada.⁶¹

De fato, é inútil buscar uma sistematização ou classificação das diversas espécies de invalidades, eis que o regime jurídico das invalidades dependerá das regras postas pela ordem jurídica observada. Os efeitos decorrentes da invalidação são opções feitas pelo legislador, no momento de *qualificar* a gravidade do vício⁶².

57 Dando a devida importância à forma de regulação procedida pelo legislador, merece destaque a lição clássica de Calmon de Passos: “poderíamos, à guisa de conclusão, tentar uma definição analítica do que seja nulidade. Ela é uma desqualificação procedida pela ordem jurídica, no tocante a determinado suposto, por entendê-lo inapto para justificar a imposição da consequência que lhe seria própria, inaptidão essa derivada da atipicidade relevante desse suposto, vista essa relevância em consonância com o enlace que a mesma ordem jurídica estabelece entre a vontade do sujeito agente e o resultado normativamente previsto. Desqualificação, porque a nulidade não é algo ínsito à própria conduta juridicizada, sim o resultado de um juízo prescritivo que retira, na espécie, a imputabilidade do suposto.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). *Ensaio e Artigos – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 25.

58 Em sentido contrário: “(...) cumpre ter em vista que as duas categorias em foco [nulidades absolutas e nulidades relativas] pertencem à teoria geral do direito e não podem ser ignoradas pela teoria geral do processo. E, na verdade, não o são, uma vez que o sistema de nulidades, tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal, achase concebido em função dessas duas categorias”. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 212.

59 Pontes de Miranda, há muito, já percebia a diferença: “Qualquer nulidade, seja cominada ou não no seja, tem de ter a decretação do juiz, porque todo ato judicial a respeito é constitutivo negativo (quem diz que juiz declara nulidade confunde invalidade com inexistência) (...)”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III (arts. 154 – 281)*. São Paulo: Forense, 1974. p. 346.

60 No mesmo sentido: “As eficácias *ex nunc* ou *ex tunc* são aplicáveis ao regime das nulidades. E não há coincidência necessária entre nulidade absoluta e eficácia *ex tunc* ou nulidade relativa e anulabilidade e eficácia *ex nunc*”. ARAUJO, Fábio Caldas de. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 937.

61 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). *Ensaio e Artigos – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2014., p. 27.

62 É esta a posição de Ovídio Baptista da Silva: “Não se pode negar, evidentemente, que todas as tentativas feitas no sentido de conceituar e classificar os defeitos dos atos processuais são válidas e podem oferecer resultados apreciáveis, mas estão sem dúvida longe de solucionar, com a segurança que seria desejável, todos os problemas encontráveis na prática forense. Muitas vezes, uma determinada hipótese que, teoricamente, teria de ser classificada como um dessas categorias [nulidade absoluta, nulidade relativa ou anulabilidade] de defeitos do ato processual, tem tratamento legislativo diverso”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 204.

Por tudo isso, a invalidade do ato deve se dar sempre por pronunciamento judicial. O vício, como já pudemos atentar, nascem juntos com o ato, contudo, como se presumem preenchidos os requisitos para sua constituição, deve-se requer em juízo a invalidação. É que, até o momento da decretação de invalidade, produzirá efeitos regulares, devendo quem tiver interesse jurídico em sua invalidação, requerê-la judicialmente⁶³.

Toda invalidade é decretada. Não há invalidade sem pronunciamento judicial. “Decretar é pronunciar constitutivamente, compor, estabelecer, dar vida, ser base ou parte essencial de alguma coisa. Decretar a nulidade é dar-lhe vida, que sem tal pronunciamento *não ocorrerá*. Declarar é apenas reconhecer o já existente, proclamá-lo, esclarece-lo”.⁶⁴

Atente-se, nesse sentido, ao cuidado terminológico que teve o legislador do novo CPC, ao substituir apenas um termo no §2º do art. 277, cuja referência é ao antigo art. 249, §2º do CPC/73: substituiu-se o termo *declaração* por *decretação*. Trata-se, portanto, de decisão constitutiva negativa. *Invalidade* não é qualidade do ato. É sanção em razão de um defeito relevante verificado em sua formação.

Da mesma forma, não há invalidade sem prejuízo. Nem mesmo nos casos tradicionalmente ditos como *nulidades cominadas*, haverá a decretação da invalidade sem a verificação do prejuízo. É esta a conclusão de Calmon de Passos⁶⁵, com a qual concordamos integralmente.

Conforme anota o autor:

Realmente, a nulidade não existe antes de sua decretação pelo juiz. Esquecer isto é fazer tormentoso um dos mais relevantes problemas do direito processual. *A nulidade não é o pronunciamento do magistrado, é exato, mas constitui-se com ele, nasce com ele, surge com ele e somente existe depois dele. Assim sendo, a sanabilidade ou insanabilidade jamais é da nulidade, sim das repercussões que ela determina. O que tem relevo, isso sim, e antecede a decretação da nulidade, é o juízo sobre a repercussão da imperfeição do ato no pertinente ao fim que lhe destinou o sistema, dele resultando a necessidade ou desnecessidade da cominação de sua nulidade*⁶⁶.

Deve restar clara a posição aqui defendida: o juiz decreta a invalidade do ato. O tratamento do defeito recebe uma carga de *declaração*, na medida em que o defeito é anterior ao pronunciamento judicial; contudo, a decisão que o invalida apresenta com prevalência uma carga constitutiva negativa, pois a partir daquele momento expurga o ato viciado do mundo jurídico. Perceba-se, é opção legislativa dar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* a esta decisão, propondo o retorno ao *status quo ante* ou não. De fato, o juiz, tendo limitada sua atuação pelas normas jurídicas que regem o instituto, deve impor as medidas necessárias a este retorno se for o caso, ou regular os efeitos pretéritos se for o outro caso.

Para o processualista, o pronunciamento judicial que *reconhece* o vício e *decreta* a invalidade do ato é constitutiva negativa, expurgando-o da ordem jurídica a partir de então. Os efeitos decorrentes dessa expulsão são aqueles que o legislador prescreve. O ato produz efeitos até que a jurisdição atue. Daí sua desconstituição não impede que se protejam terceiros ou que se modulem os efeitos da decisão. Trata-se, como já exaustivamente tratado, da forma como a ordem jurídica regula a sanção.

Por isso, *invalidade* é conceito jurídico fundamental caracterizado pelo binômio “defeito mais prejuízo”. As consequências dele advindas dependem do direito positivo e tornam artificiais quaisquer tentativas de classificação.

63 No mesmo sentido: “(...) é de se afirmar que o ato processual inválido é apto a produzir efeitos até que a invalidade seja reconhecida (pois, como visto, não há invalidade processual sem pronunciamento judicial). Assim sendo, apenas após a decretação da invalidade é que o ato processual deixará de produzir seus regulares efeitos”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol. 1*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 295.

64 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 128-129.

65 “(...) *mesmo quando expressamente cominada a nulidade*, não será ela pronunciada, caso inexistente o prejuízo. *Isto é, o ato imperfeito, mesmo quando tal imperfeição haja sido sancionada expressamente com a consequência da nulidade, é ato ineficaz, desde que a imperfeição não haja ocasionado prejuízo*”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131.

66 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 139-140.

5. Conclusão

Não há interesse científico em classificar os vícios em nulidades, anulabilidades, nulidades relativas, irregularidades, etc. Não há uniformidade na doutrina a respeito de suas características por uma simples razão: são resultado de arbítrio. Cabe ao legislador, ao direito positivo, elencar as consequências dos vícios nos atos processuais e coloca-los em suas respectivas *caixas*. Universalmente, vertendo-se os olhos aos diversos ordenamentos jurídicos, o mesmo fenômeno caberia em diversas *caixas*, ou seja, em diversas e distintas classificações, a depender de como ordenasse o direito positivo.

A obra de Calmon de Passos é um marco fundamental na estruturação da teoria das invalidades do processo. O tema é clássico e já foi objeto de análises supervenientes de suma qualidade para compreensão do tema⁶⁷. Nossa intenção é acrescentar, talvez sugerir talvez uma nova fase no estudo das invalides. Mais um nível na construção. Não colocar por terra ou desconstruir, mas complementar, avançar. E o fazemos, portanto, a partir das bases classicamente construídas por Calmon de Passos em sua obra e em sua homenagem.

Referências

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2015.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A simulação em dupla perspectiva: direito material edireito processual. In.: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros et al (Coords.). *Relações e Influências Recíprocas entre Direito Material e Direito Processual – Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* - 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário* – 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol. I*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Art. 8°. In. ALVIM, Teresa Arruda et al (coords). *Breves comentários do código de processo civil* – 1^a ed. em e-book. São Paulo: RT, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie. A reconstrução da teoria geral do processo. In.: DIDIER JR. Fredie (org.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- _____. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* – 3^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 276. In: ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz de. *Et al* (corrds). *Novo Código de Processo Civil Comentado – tomo I – arts. 1° a 538*. São Paulo: Lualri Editora, 2017.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

67 Destacando-se, nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades*. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). *Ensaio e Artigos – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- PEREIRA, Mateus Costa. *Da Teoria Geral do Direito à Teoria Geral do Processo: um ensaio sobre possíveis formas de pensar o fenômeno processual brasileiro e seus vínculos ideológicos*. In: DE SOUZA JR., Antonio Carlos *et al.* (coords). *Diálogos de Teoria do Direito e Processo*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2013.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.