

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

TEORIA GERAL DO PROCESSO

De acordo com o Código
de Processo Civil de 2015

6^a
edição

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA GERAL DAS NULIDADES PROCESSUAIS

Sumário: 1. Existência, eficácia e validade dos atos processuais. 2. Vícios dos atos processuais: as nulidades. 3. Princípios que norteiam o reconhecimento das nulidades. 3.1. Presunção de regularidade. 3.2. Aproveitamento dos atos defeituosos. 3.3. Interesse na arguição. 3.4. Instrumentalidade das formas. 3.5. Existência de prejuízo. 3.6. Causalidade. 3.7. Conservação. 3.8. Convalidação do vício. 3.9. Preclusão das nulidades relativas. 3.10. Interpretação estrita. 4. Consequências que derivam da imperfeição dos atos processuais. 5. As nulidades e a coisa julgada; situações supervenientes.

1. EXISTÊNCIA, EFICÁCIA E VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Como os atos jurídicos em geral, os atos processuais devem ser considerados nos planos da existência, da eficácia e da validade.

O ato processual só adquire a feição que lhe é própria quando tem existência no mundo jurídico. Importa, pois, identificar no ato praticado com finalidade processual os elementos que compõem o núcleo do seu suporte fático ou que se destinem a completá-lo³⁹⁹. Assim, o juiz que dirigirá o processo há de estar investido do poder jurisdicional e achar-se no exercício das respectivas funções, já que esses são pressupostos da sua atuação no feito. Por isso, o magistrado estranho ao juízo competente (por ser outra a sua Vara, comarca ou unidade da federação), não pode praticar atos em processos que por ele tramitem, salvo, nas duas primeiras hipóteses, em substituição regular. Se o fizer, o ato processual considerar-se-á inexistente. Da mesma forma, a citação feita ao réu mediante mera comunicação verbal transmitida pelo oficial de justiça, sem exibição do mandado respectivo e entrega da contrafé, será um ato carecedor de existência jurídica, uma vez que não chegou a revestir nem sequer a forma exigida para esse ato de comunicação processual. Os atos postulatórios praticados por bacharel em direito sem inscrição regular no quadro de advogados da OAB serão tidos, igualmente, como inexistentes. Os atos correspondentes a um processo simulado,

399 Cf. MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96, § 21.

composto com o fito exclusivo de servir ao aprendizado dos estudantes no curso jurídico, não podem, evidentemente, num passe de mágica, transformar-se em atos processuais, porque não têm, como outrora se dizia, *forma nem figura de juízo* – isto é, são, do ponto de vista jurídico, atos inexistentes para o processo.

A sentença a que falte o *dispositivo* ou conclusão será também ato inexistente. O recurso interposto fora do prazo considera-se, em princípio, inexistente, salvo se se verificar a devolução do prazo, por justa causa reconhecida pelo juiz (Cód. de Processo Civil, art. 223). Do mesmo modo, como inexistente se tem o recurso interposto em petição a que faltou a assinatura do advogado, consoante iterativa jurisprudência⁴⁰⁰.

Além de conforme ao seu suporte fático – ou seja, existente do ponto de vista jurídico –, o ato processual há de ser apto a produzir efeitos, no momento próprio – o que significa ter eficácia. A sentença sujeita a apelação com efeito suspensivo não pode ser, ainda, executada, porque a lei processual priva-a, enquanto isso, de efeitos práticos. Às vezes sucede de a eficácia do ato processual ser sustada, por decisão judicial superior, como é o caso da liminar ou da sentença concessiva no mandado de segurança que deixam de produzir efeitos imediatos quando o Presidente do Tribunal a que competir apreciar o recurso cabível contra o ato, por despacho, lhes suspende a execução. Essa medida não afeta o conteúdo da decisão ou da sentença, implicando, apenas, diferir para outro momento a produção dos seus efeitos, se for o caso. A ineficácia do ato processual não induz, pois, a sua imperfeição, significando, apenas, a falta de um atributo, que pode ser temporária.

A validade dos atos processuais supõe a sua prática em conformidade com os requisitos legais pertinentes. Os pressupostos processuais de ordem subjetiva, em relação ao juiz e às partes, precisam estar atendidos, assim como os pressupostos de ordem formal, que correspondem à observância da forma prescrita em lei, e, ainda, os requisitos estruturais do processo, que dizem respeito à compatibilidade do ato com o devido processo legal e à possibilidade de alcançar ele sua finalidade. “*No plano da validade* – diz MARCOS BERNARDES DE

400 Nesse sentido, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgRg no CC 90029-RJ, Segunda Seção, relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento de 11/05/2011; AgRg no Ag 1328068-MG, Segunda Turma, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA; EDcl no AgRg nos EDcl no Resp 1027975-RS, Terceira Turma, rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgamento de 26/10/2010. No mesmo sentido, o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no Ag.-AIRR 505-89.2010.5.19.0000, 4ª Turma, rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING, julgamento de 18/02/2011. Em caso análogo, de contestação não assinada, o antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na linha de vários precedentes, considerou, porém, que a falta de assinatura caracteriza simples irregularidade (Acórdão da Primeira Câmara Civil do TAMG, de 27/04/2004, na Ap. Civil nº 417.514-8, rel. o Juiz PEDRO BERNARDES).

MELLO – *é onde têm atuação as normas jurídicas invalidantes*.⁴⁰¹ Aí, portanto, é que surgirão os problemas de nulidade dos atos processuais.

A nulidade é sempre consequência de um vício, porém nem todo vício que o ato processual apresente caracterizará nulidade. O vício do ato processual, em si mesmo, revela um erro verificado ou denota uma imperfeição que o ato apresente. Genericamente, fala-se em *errores in procedendo* para indicar toda espécie de vícios do ato processual. O *error in procedendo* “compromete a forma dos atos, sua estrutura, seu modo natural de realizar-se”.⁴⁰² Assim se denomina em contraposição ao *error in iudicando*, que é o erro de julgamento.

2. VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS: AS NULIDADES

Como já foi dito, nem todos os vícios identificados no processo geram nulidades. A *inexistência* do ato é, em si mesma, um vício de consequências processuais – aliás, o mais grave de todos, uma vez que jamais convalesce. Por outro lado, a *irregularidade* é o menor dos vícios que podem ser encontrados no processo, podendo sempre ser sanada e, às vezes, dispensando qualquer ato de ratificação.

O ato inexistente é, na verdade, o não-ato ou o arremedo de ato processual, como já se viu, no item anterior. Faltando-lhe os contornos essenciais do ato processual, o vício de que padece o ato inexistente não corresponde a nulidade, não se sujeitando, portanto, aos procedimentos próprios para a declaração ou a decretação desta. A inexistência pode ser reconhecida e proclamada a qualquer tempo e por qualquer meio processual.

O ato irregular é o que resulta de simples lapso que não compromete a validade do processo nem traz consequências suscetíveis de afetar-lhe a tramitação. A falta de assinatura do juiz na sentença regularmente publicada considera-se simples irregularidade, suscetível de ser suprida. Da mesma forma, a ausência de numeração ou rubrica das folhas dos autos físicos. O processo eletrônico tende a revelar irregularidades, a que os tribunais devem ser sensíveis, sabendo interpretá-las sem rigor, notadamente nos primeiros tempos de seu emprego.

A nulidade, se não é o vício mais grave do ato processual, é, certamente, o mais complexo ou aquele cujo equacionamento no plano teórico suscita maiores divergências.

Deve-se observar, a esse respeito, preliminarmente, que o vício da nulidade apresenta, no Direito Processual, conotações distintas das que concernem aos

401 Ob. cit., p. 98, § 22.

402 ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora de Direito, 1957, verbete *error in procedendo*.

atos jurídicos em geral. No campo do direito material, costuma-se dizer que o ato nulo não produz efeito – *quod nullum est nullum producit effectum* (o que é nulo não produz nenhum efeito). Na esfera do direito processual, o ato viciado ou suscetível de gerar nulidade pode produzir efeito, conforme seja a natureza do vício identificado ou o contexto em que esse efeito se verificou. Além do mais, a coisa julgada pode representar uma forma definitiva de sanar eventuais vícios do processo, por mais graves que sejam. Tanto a nulidade dos atos jurídicos de direito material quanto a nulidade dos atos processuais precisam ser pronunciadas pelo juiz competente. Com relação à primeira, porém, pode a parte recusar-se ao cumprimento da obrigação viciada, forçando a outra, se for caso, a adotar a medida judicial cabível para fazê-la valer. Isso atribui à nulidade, no campo do direito material, efeito imediato de que ela carece no âmbito do direito processual. Neste, só se pode falar em nulidade declarada ou decretada pelo juiz. Enquanto tal não se verifica, mais correto é considerar que existe um vício ou uma imperfeição do ato suscetível de produzir nulidade. No Direito Processual, “A nulidade é a consequência jurídica prevista para o vício”, diz AROLDO PLÍNIO GONÇALVES.⁴⁰³

A teoria das nulidades dos atos processuais ainda está por ser assentada, de modo a alcançar o consenso dos estudiosos. É tal a variedade de critérios com relação a esse tema que se torna difícil adotar uma linha de orientação segura.

A teoria mais elaborada é, certamente, aquela que o Prof. GALENO LACERDA expôs, em tese de concurso para cátedra, na linha do pensamento de CARNELUTTI. Tomando por base a classificação das normas processuais, do ponto de vista da sua eficácia, em cogentes e dispositivas, e estabelecendo distinção de grau de obrigatoriedade entre as normas da primeira categoria, conforme o imperativo impostergável do interesse público ou a sua permeabilidade ao interesse particular, o citado processualista concebeu três tipos de nulidade: nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade. A nulidade é absoluta quando resulta da violação de norma cogente em que prevalece o interesse público (como sucede com as regras de competência absoluta); é relativa, quando decorre de infração a norma que, embora cogente, esteja voltada para o atendimento do interesse das partes (como sucede com as regras de competência relativa, com as normas atinentes à autorização para acionar e com aquelas relativas à representação das partes) e o vício é de simples anulabilidade quando desatendida norma dispositiva (como sucede com a desobediência à ordem dos bens para a penhora). A nulidade absoluta é de ordem pública e produz efeitos *ex tunc*, podendo ser declarada, de ofício, pelo juiz. Havendo nulidade relativa, o ato considera-se, em princípio, viciado, mas se a parte eventualmente prejudicada

403 *Nulidades no Processo*, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: AIDÊ EDITORA, 2000, p. 95.

a ele não se opuser no prazo e segundo a forma estabelecida em lei, o ato se convalida. Trata-se, portanto, de um caso de ato processual cuja validade está subordinada a condição suspensiva; se esta não ocorrer, o ato considerar-se-á válido, desaparecendo o vício de origem. Quando se verifica a anulabilidade, o ato nasce válido, produz normalmente os seus efeitos, mas estes podem ser sustados por uma reação da parte a quem prejudica. Sua validade está sujeita, pois, a uma condição resolutiva. A nulidade relativa, tanto quanto a absoluta, pode ser declarada de ofício pelo juiz, salvo se a lei estabelecer exigência especial para a arguição do vício pela parte, como ocorre no caso da incompetência territorial; já a anulabilidade pressupõe a iniciativa da parte prejudicada para que o ato seja desconstituído.⁴⁰⁴

Teoria mais simples e pragmática sobre as nulidades processuais foi concebida pelo Prof. CALMON DE PASSOS. Para este autor, a classificação das nulidades peculiar ao Direito Civil, que se exprime em duas categorias – *nulidades absolutas e nulidades relativas* –, não se ajusta ao Direito Processual, que, sendo “*predeterminador de uma forma de comportamento*”, só permite falar em “*ato processual típico*” – ou seja, “*o que se ajusta, com perfeição, ao modelo legal*” – e *ato processual atípico* – que é o ato nulo e, por isso, ineficaz. Em vista disso, não havendo por que distinguir entre os vários tipos de nulidade, ao juiz é dado pronunciar, de ofício, a nulidade, sempre que identificar a prática de ato imperfeito ou em desconformidade com os cânones processuais.⁴⁰⁵

Nessa mesma linha de orientação, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO asseveram: “*Parece-nos adequado, todavia, trabalhar nos domínios do direito processual civil*”⁴⁰⁶ *simplesmente com o termo invalidade (ou nulidade). O ato processual será nulo sempre que a infração à forma comprometer os fins de justiça do processo.*” Depois de invocarem, em prol de sua tese, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acrescentam os processualistas

404 Sobre a teoria de GALENO LACERDA, v., deste autor, *Despacho Saneador*, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1953, pp. 70/74. É bastante elucidativa a exposição que faz dessa teoria, acolhendo-a, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, coleção Forense. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pp. 263/268, n.º 346, 347 e 348. Ressalve-se, porém, que este último autor sustenta que a nulidade relativa pode sempre ser pronunciada, de ofício, pelo juiz, sem consignar a exceção por nós acima apontada, coerente, aliás, com o seu ponto de vista de que a incompetência relativa pode ser declarada de ofício (v. ob. e vol. cits., p. 359, n.º 480 e nota de rodapé n.º 23). Também perfilha a teoria exposta ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 246/247, § 7º.

405 J. J. CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 140/146, *passim*.

406 *Código de Processo Civil comentado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 240, n.º 3.

citados: “Do contrário, o ato processual é válido. Não há nulidade se os fins de justiça do processo forem alcançados; não há nulidade se realizada a finalidade do ato processual; não há invalidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). O sistema do Código de Processo Civil em tema de nulidades foi pensado e construído para que não se decretem invalidades.”⁴⁰⁷

FREDIE DIDIER JR. compartilha desse entendimento. Para este autor, “Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada, (...) não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades.”⁴⁰⁸

É sedutora, do ponto de vista prático, essa concepção simplificada das nulidades processuais. Sem dúvida, a questão fundamental a considerar, nesse tema, é a de saber se os atos processuais questionados ajustam-se, ou não, ao padrão do *devido processo legal*. Este resulta do figurino traçado pela lei processual e leva em conta, de um lado, o fim que a prática do ato tem em vista, de outro a observância dos direitos que às duas partes devem ser assegurados. Quando o ato expressamente viola disposição de ordem pública ou quando, em razão do vício que apresenta, não pode atingir o fim que se propõe ou, para alcançá-lo, impõe sacrifício ou prejuízo a alguma das partes, esse ato não se ajustará ao devido processo legal e, por conseguinte, estará eivado de vício, devendo ser tido por inválido.

Mas, a divisão das nulidades em duas categorias – a das nulidades absolutas e a das nulidades relativas – tem o mérito de facilitar a identificação dos casos em que domina o imperativo da ordem pública, ao lado daqueles em que a decretação da nulidade atende ao interesse das partes, possibilitando, assim, ao juiz saber quando deve agir de ofício no pronunciamento da nulidade e quando a sua arguição é de interesse predominante da parte. Até mesmo no que se refere ao uso da terminologia adequada a distinção entre as duas categorias é importante, sabido que a nulidade absoluta há de ser declarada, enquanto a nulidade relativa deve ser decretada. E a terminologia técnica, no Direito, tem sentido pedagógico, contribuindo para tornar mais claras as noções dos fenômenos jurídicos. Por derradeiro, cumpre ter em vista que as duas categorias em foco 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, acha-se concebido em função dessas duas categorias⁴⁰⁹.

407 *Código de Processo Civil comentado*, ob. cit., *ibidem*.

408 *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, vol. 1. 6ª edição. Salvador: Edições Juspodivm, 2006, p. 233, nº 3.3.

409 A distinção entre as duas categorias, no processo penal, revela-se, por exemplo, nas seguintes súmulas do STF: Súmula 523 – *No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta,*

As nulidades processuais são também classificadas em *nulidades cominadas* e *nulidades não cominadas*. A distinção tem a ver, exatamente, com a concepção clássica das duas categorias de nulidades – nulidades absolutas e nulidades relativas. As nulidades absolutas seriam nulidades cominadas e as nulidades relativas, nulidades não cominadas. A melhor doutrina, no entanto, é, hoje, no sentido de que a configuração da nulidade absoluta transcende os limites da previsão legal, uma vez que haverá nulidade absoluta sempre que ocorrer uma das situações já indicadas, ou seja, violação do devido processo legal, vício que impeça a realização do fim que o ato se proponha ou prejuízo substancial a uma das partes.⁴¹⁰

De resto, como observa AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, “*Tanto nos casos de nulidade cominada como nos de nulidade não-cominada, pode-se afirmar que não há nulidade sem prejuízo.*”⁴¹¹ Nos casos de nulidade absoluta, o prejuízo, em geral, se presume, uma vez que a regra violada é de ordem pública. Mas, haverá hipóteses de nulidade absoluta que poderão ser relevadas pelo juiz, como sucede nos processos de natureza civil em que a atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição poderá suprir a não intimação do representante do *Parquet* para atuar no feito, em primeiro grau, desde que não demonstrado prejuízo⁴¹².

Cumprindo ainda observar que em relação à sentença transitada em julgado não se deve falar em nulidade, senão em rescindibilidade – conceito mais próximo, aliás, do de anulabilidade⁴¹³. A sentença transitada em julgado pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, quando se verificam as hipóteses

mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 706 – É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

410 Referindo-se às nulidades cominadas, escrevem ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “*Tais não são, no entanto, os únicos casos de nulidade absoluta; é preciso, caso por caso, verificar se a exigência formal foi instituída no interesse da ordem pública e então, ainda que inexistia cominação expressa, a nulidade será absoluta (p. ex., a falta de indicação da causa de pedir na petição inicial, ou a omissão, pelo juiz, do saneamento do processo).*” (Teoria Geral do Processo. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 369/370, nº 222). Na mesma linha de entendimento, assevera EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA: “*Configuram, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da imparcialidade do juiz, a exigência de motivação das sentenças judiciais etc., implicando todos eles a nulidade absoluta do processo.*” (Curso de Processo Penal. 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 815, nº 15.2).

411 AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, ob. cit., p. 64.

412 V., a esse respeito, THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 46ª edição. Nota 4a ao artigo 246 do CPC de 1973. São Paulo: Saraiva, 2014.

413 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, coleção Forense. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pp. 106/109, nº 68.

enumeradas, em *numerus clausus*, no Código de Processo Civil e uma vez que a ação seja proposta no prazo decadencial de dois anos.

3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O RECONHECIMENTO DAS NULIDADES

No exame dos vícios suscetíveis de gerar nulidades processuais, guiam o intérprete alguns princípios que podem ser assim compendiados:

3.1. Presunção de regularidade

Os atos praticados no processo presumem-se regulares; por isso, a existência de vício que os torne inválidos tem-se como exceção⁴¹⁴.

3.2. Aproveitamento dos atos defeituosos

A nulidade de um ato ou do procedimento só deve ser declarada quando não for possível aproveitá-lo. Daí decorre o *princípio da fungibilidade*, aplicável, sobretudo, em matéria de recursos.⁴¹⁵

3.3. Interesse na arguição

Só pode suscitar nulidade a parte a quem aproveite o seu reconhecimento e desde que não lhe tenha dado causa.

3.4. Instrumentalidade das formas

A validade de um ato processual não se subordina à observância da forma, senão à finalidade a ser alcançada; assim, se, a despeito do vício formal, o ato cumprir o seu objetivo, será dado como válido. Ademais, podendo o juiz julgar o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, esta não será pronunciada.

3.5. Existência de prejuízo

Nenhuma nulidade será declarada ou decretada pelo juiz se não houver prejuízo para a apuração da verdade ou para a atuação de alguma das partes no

414 Cf. JOÃO MONTEIRO, *Teoria do Processo Civil*, tomo I. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 269, § 72.

415 Cf. FREDIE DIDIER JR., ob. e vol. cit., p. 237, nº 3.6.

processo e, ainda, se o vício não influir, de alguma forma, na decisão da causa (*pas de nullité sans grief*). Presume-se, em geral, o prejuízo quando se trata de nulidade absoluta.

3.6. Causalidade

A nulidade de um ato contamina os atos posteriores dele dependentes⁴¹⁶, mas, não afeta os que dele não decorram necessariamente. Deve o juiz, por isso, ao pronunciar a nulidade, declarar os atos a que ela se estende.

3.7. Conservação

A nulidade parcial de um ato não prejudica as suas outras partes, que deverão ser conservadas, sem que seja preciso ratificá-las ou repetir o ato.

3.8. Convalidação do vício

A nulidade do ato não será pronunciada se o vício puder ser sanado, mediante retificação, ratificação, repetição ou suprimimento⁴¹⁷.

3.9. Preclusão das nulidades relativas

Em se tratando de nulidade relativa, a parte deverá alegá-la na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão.

3.10. Interpretação estrita

As nulidades processuais devem ser interpretadas de forma estrita ou nos limites do necessário.⁴¹⁸

416 Cf. HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 240, nº 17.9.

417 Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “O suprimimento é mais do que a mera ratificação, pois implica acréscimo naquilo que já existia”. Os autores observam que, de acordo com o art. 569 do Cód. de Processo Penal, por exemplo, há possibilidade de “suprimimento, a todo tempo, antes da sentença final, das omissões da denúncia, da queixa e da representação”. (*As Nulidades no Processo Penal*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 32, nº 7).

418 Cf. ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 389.

4. CONSEQUÊNCIAS QUE DERIVAM DA IMPERFEIÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

Conforme a sua natureza, os vícios identificados nos atos processuais acarretarão uma ou outra consequência.

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER concebeu, a esse respeito, método de estudo muito útil, pela sua lógica e pelo seu sentido didático, cuja divulgação se deu, originariamente, em livro individual⁴¹⁹, a que se seguiu nova versão incluída em obra publicada juntamente com LUCAS PEREIRA BAGGIO⁴²⁰, já agora constante, também, de outro recente livro⁴²¹

Com pequena adaptação, perfilhamos a classificação correspondente ao citado método, nos seguintes termos:

1. *Vícios irrelevantes* – são os que não impedem o julgamento do mérito, seja porque inexistiu ofensa a preceito de ordem pública e a finalidade do ato foi alcançada (Cód. de Processo Civil, art. 277), seja porque o juiz pôde decidir do mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação da nulidade (Cód. de Processo Civil, art. 282, § 2º).
2. *Vícios preclusivos* – são aqueles que geram nulidade relativa e devem, por isso, ser alegados pela parte interessada na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de, não o fazendo, perder a possibilidade de invocá-los, em virtude da preclusão consumativa (Cód. de Proc. Civil, art. 278, *caput*).
3. *Vícios rescisórios* – são vícios de maior gravidade, que sobrevivem à sentença e subsistem pelo prazo de dois anos, podendo ser alegados por via de ação rescisória; correspondem, no direito vigente, às hipóteses enunciadas no Cód. de Processo Civil (art. 966).
4. *Vícios transrescisórios* – são os que jamais convalidam, podendo, por isso, ser alegados a qualquer tempo, seja em embargos de execução (Cód. de Processo Civil, art. 914), seja mediante o exercício da *querella nullitatis* – forma de impugnação de vícios dos atos processuais que pode ser exercitada tanto por via de exceção quanto por via de ação, assim na esfera do processo civil (mediante ação declaratória, por exemplo), como na órbita do processo penal (mediante ação de revisão criminal ou por meio de *habeas corpus*). Têm-se em vista, no

419 JOSÉ MARIA TESHEINER, *Pressupostos processuais e Nulidades no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 280 e seguintes.

420 *Nulidades no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 215 e seguintes.

421 *Teoria Geral do Processo (Em conformidade com o novo CPC)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 166/172). Obra em coautoria com RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY.

caso, o ato processual inexistente, no processo civil ou certos vícios suscetíveis de invalidar a sentença, no processo penal.⁴²²

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER e RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY resumem na seguinte fórmula as situações em que ocorrem os chamados *vícios transrescisórios*:

- “a) inexistência da sentença proferida por órgão sem jurisdição;
- b) nulidade da sentença por impossibilidade do objeto;
- c) ineficácia da sentença em relação a quem apenas aparentemente foi parte, bem como em face de quem não foi validamente citado.”⁴²³.

5. AS NULIDADES E A COISA JULGADA; SITUAÇÕES SUPERVENIENTES

A coisa julgada representa a *sanatória geral* de todos os vícios porventura existentes no processo. Mas, a sentença transitada em julgado pode ser invalidada mediante ação rescisória, nas hipóteses e no prazo previstos em lei, como já foi dito. Só após o decurso do prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 975), estabelecido para o ajuizamento de ação rescisória, é que se pode falar em *coisa soberanamente julgada* – isto é, na coisa julgada, em princípio, insuscetível de revisão.

A questão que, ultimamente, passou a ser suscitada é a de saber se a sentença transitada em julgado poderá ser impugnada, em face de situações de grave injustiça, reveladas por prova produzida posteriormente, ou em decorrência de manifesta inconstitucionalidade da lei em que se fundara a decisão, consoante acórdão do Supremo Tribunal Federal, em caso análogo. A resposta afirmativa a essa questão traduziu-se na tese da *relativização da coisa julgada*.

Como procuramos mostrar em artigo de doutrina sobre o assunto⁴²⁴, a tese não merece prosperar. O princípio da segurança jurídica recomenda que se prestigie o instituto da coisa julgada. Os problemas que suscitaram a referida tese podem encontrar solução, especialmente, à luz da antiga doutrina em torno do tema que já considerava inexistente a sentença que contenha prestação

422 A *querella nullitatis* é uma criação do processo romano-canônico ou processo comum, constituindo, então, a via adequada à alegação de *errores in procedendo*, uma vez que, na apelação, somente se podiam alegar os *errores in iudicando* (Cf. ELIÉZER ROSA, *Dicionário, cit.*, verbete *Querella Nullitatis*).

423 *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 172.

424 PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, *Coisa julgada: garantia constitucional*, in *Revista de Processo*, nº 146 (abril/2007), pp. 11/31.

impossível. Para as hipóteses que se prendem à revelação ou negação da paternidade, por meio do exame de DNA, a solução é a de ter-se o laudo respectivo como documento novo, suscetível de ensejar o ajuizamento de ação rescisória a partir da data em que a parte interessada o obteve. O Código de Processo Civil consagra essa orientação, conforme se vê do seu art. 975, § 2º.

Sumário: 1. O advogado e o *jus postulandi*. 2. O advogado como representante da parte ou como defensor do acusado. 3. O mandato judicial. 4. Conduta ética do advogado e suas implicações processuais. 5. Responsabilidade civil do advogado. 6. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

1. O ADVOGADO E O *JUS POSTULANDI*

Como já vimos, anteriormente, a parte para atuar em juízo deve atender a determinados pressupostos, um dos quais é o da *capacidade postulatória*. Esta pressupõe, a rigor, formação jurídica e habilitação profissional, que se adquirem mediante o aprendizado do Direito e subsequente inscrição no órgão competente de seleção profissional da advocacia. O primeiro requisito da capacidade postulatória é, pois, o da graduação em Direito, obtida em curso de nível superior, reconhecido na forma da legislação vigente. O segundo é o da inscrição no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, entidade pública a que o Estado atribui o exercício do poder de polícia administrativa sobre a profissão da advocacia, em todo o território nacional.

Consoante o disposto no art. 133 da Constituição da República, *O advogado é indispensável à administração da justiça*. Disso decorre que, em regra, ninguém pode postular em juízo senão por intermédio de advogado. O *jus postulandi* ou direito de postular em juízo cabe ao advogado, na generalidade dos casos, só podendo ser reconhecido à própria parte nas hipóteses expressamente previstas em lei, que têm caráter excepcional. A primeira de tais hipóteses é a que diz respeito à impetração de *habeas corpus*, decorrendo da própria natureza dessa garantia constitucional⁴²⁵. No Juizado Especial Cível da Justiça Estadual a parte

425 A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), no art. 1º, § 1º, dispõe: *Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal*. RUI BARBOSA, em página lapidar, disse que, em relação ao *habeas corpus*, “o mandato é universal; todos o recebem da lei”, uma vez que se trata de garantia que envolve um “dever de todos pela defesa comum”, podendo o *habeas corpus* ser impetrado no próprio interesse ou em favor de terceiro, independentemente da vontade desse (Cf. sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal, in *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Editora Aguilar, 1960, pp. 509/510).

pode postular pessoalmente, se o valor da causa não ultrapassar o montante de vinte vezes o salário mínimo (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 9º), o mesmo acontecendo no Juizado Especial Cível da Justiça Federal, nas causas, de um modo geral, atribuídas à sua competência, independentemente do valor (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, art. 10). Na Justiça do Trabalho, por força do disposto no art. 791 da CLT, reconhece-se à parte o exercício do *jus postulandi*. Mas a súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho impõe limites a essa faculdade⁴²⁶. Por fim, também se dispensa a exigência de representação por advogado para requerer revisão criminal (Código de Processo Penal, art. 623), embora, na prática, a complexidade da ação de revisão dificilmente permita que isso se verifique.

A titularidade do *jus postulandi* conferida ao advogado torna a advocacia uma função pública, na medida em que faz do profissional habilitado a exercê-la o elo indispensável entre as partes e o Poder Judiciário⁴²⁷. Por isso, a Lei nº 8.906/1994 declara, no art. 2º, § 1º: *No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social*.

Para exercer esse múnus, que transcende os limites de uma profissão meramente privada, o advogado há de estar inscrito, regularmente, na Ordem dos Advogados do Brasil, pressupondo tal inscrição, além do atendimento de outros requisitos, aprovação em Exame de Ordem (Lei nº 8.906/1994, art. 8º, IV). Ao longo de sua atividade, deverá o advogado “*aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica*”, como preceitua o preâmbulo do Código de Ética e Disciplina da OAB. A desobediência a esse mandamento gera consequências de duas ordens. De um lado, na medida em que desatende a tais prescrições, o advogado poderá incorrer na prática de infração ética. Esta caracteriza-se pela *violação a preceito do Código de Ética e Disciplina*, segundo o disposto no art. 36, II, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994, cit.). De outro lado, se perder o domínio da ciência jurídica e *incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional* – o que caracteriza infração disciplinar –, o advogado ficará sujeito a suspensão das atividades até que preste novas provas, isto é, até que se submeta a novo Exame de Ordem e seja aprovado (Lei nº 8.906/1994, art. 34, XXIV, c/c art. 37, § 3º).

Por aí se vê que um dos deveres do advogado é o de conhecer o Direito. O princípio *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) não tem, pois, caráter

426 É do seguinte teor a citada súmula 425 do TST: *O jus postulandi das partes, estabelecido no artigo 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho*.

427 Já entre os romanos, a advocacia era considerada *officium publicum* (cf. MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo Civil e Commercial*, vol. I. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1921, p. 252).

absoluto, significando, apenas, uma técnica de julgamento segundo a qual às partes basta expor os fatos, uma vez que se pressupõe esteja o juiz habilitado a dar-lhe o direito. Esse o sentido da máxima correspondente àquele princípio: *da mihi factum dabo tibi jus* (dê-me os fatos e dar-te-ei o direito ou *exponha os fatos que eu me pronunciarei sobre o direito aplicável*). O princípio e a máxima referidos não dispensam, contudo, a atuação do advogado, no processo, segundo rigorosos padrões técnicos. Aliás, em alguns casos, a máxima em questão fica afastada pela exigência da exposição juridicamente técnica da pretensão, como sucede na interposição dos recursos de caráter extraordinário – o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

A tendência é a de que a prática dos atos postulatórios pelo advogado se revista, cada vez mais, de apuro técnico, seja para evitar a repetição de atos praticados, seja para prevenir a ocorrência de nulidades.

O exercício do *jus postulandi* ou do procuratório judicial é apenas um dos segmentos da atividade profissional do advogado – de todos, certamente, o mais relevante. O advogado pode exercer também essa função, como representante de partes, perante tribunais arbitrais, embora, aí, não se trate de uma prerrogativa, que tornasse indispensável sua presença na solução dos litígios submetidos àquele sistema de julgamento. A par da função postulatória, o advogado atua, ainda, nas atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que são, do mesmo modo, inerentes à advocacia e consideram-se, por isso, atividades privativas de advogado (Lei nº 8.906/1994, art. 1º, II).

Para exercer regularmente qualquer dessas atividades, o bacharel em Direito inscrito no quadro de advogados da OAB⁴²⁸ há de satisfazer os pressupostos estabelecidos na sua lei básica – a citada Lei nº 8.906/1994, que contém o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Entre tais pressupostos, há aqueles de ordem negativa, em que o inscrito não poderá incidir, sob pena de ter cancelada sua inscrição ou restringida sua atuação: são as *incompatibilidades e impedimentos*, prescritos na citada Lei, nos arts. 27 a 30. Diz o referido art. 27: *A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia*. As hipóteses de incompatibilidade estão definidas no art. 28 do Estatuto; as de impedimento, no art. 30. O exercício concomitante da advocacia e de determinadas funções públicas é incompatível porque suscetível de comprometer a isenção do titular

428 Ao lado do quadro de advogados, a OAB mantém o quadro de estagiários, franqueado aos alunos dos últimos anos do curso jurídico (Lei nº 8.906/1994, art. 9º). A inscrição como estagiário é facultativa, não constituindo, pois, pressuposto para a ulterior inscrição como advogado.

dessas, gerar conflitos de interesses ou facilitar a captação de clientela. Quanto ao impedimento, a proibição decorre, da mesma forma, da necessidade de evitar que o servidor público possa patrocinar causas contra a própria entidade a que se acha vinculado, comprometendo, de um lado, o dever de lealdade funcional e reduzindo, de outro, a independência profissional.

2. O ADVOGADO COMO REPRESENTANTE DA PARTE OU COMO DEFENSOR DO ACUSADO

O advogado tem, na relação processual civil, a posição de representante da parte. Postula e fala em seu nome, agindo, porém, com independência. Assume, assim, o papel de sujeito especial do processo.

Sobre o advogado recaem deveres de ordem ética e obrigações processuais, assim como lhe assistem direitos e prerrogativas. Essa circunstância revela que, entre o advogado e os demais integrantes da relação processual, se estabelecem vínculos jurídicos, ainda que de ordem secundária. O advogado tem direito a um determinado tratamento por parte do juízo; dele, por sua vez, pode o magistrado, que dirige o processo, exigir obediência às normas processuais. Há deveres do advogado para com o seu constituinte e para com o *ex adverso*, no plano da conduta ética. Isso permite situá-lo, portanto, como um dos sujeitos da relação processual.

No processo penal, uma vez que o acusado, como parte, é o alvo da *persecutio criminis*, não cabe falar, propriamente, em representante seu, mas, sim, na figura de um assistente. Tal é a posição que o advogado, defensor do acusado, assume na relação processual penal. O acusado apresenta-se – ou apresenta-se –, não se representa. Mas, é assistido, do ponto de vista técnico-jurídico, pelo advogado por ele constituído ou que lhe seja designado, como defensor dativo. Aliás, isso tanto mais claramente se evidencia quando se considera que a defesa do acusado por intermédio de advogado – a chamada *defesa técnica* – não é a única forma por que o acusado se manifesta em face da acusação, uma vez que, ao lado dela, há também oportunidade para a *autodefesa*, que se dá no interrogatório, ato essencial do procedimento penal.

ENRIQUE VÉSCOVI, observando que para definir a posição do advogado no processo penal “já se deu toda sorte de soluções”, sustenta que é de dupla natureza o papel por ele desempenhado – tanto a de representante, quanto a de assistente –, aludindo, em abono de seu ponto de vista, às disposições pertinentes do Código de Processo Penal do Uruguai (arts. 75 e 77)⁴²⁹.

429 *Teoría General del Proceso*, segunda edição. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial TEMIS S. A., 1999, p. 202, nº 8.