

344.963:342.9(81)  
344.9:342.963(81)

344.933(81)  
344.921.5(81)

## Nulidade processual e instrumentalidade do processo (a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo)

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE  
Procurador de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1 — Considerações introdutórias. 2 — Classificação das nulidades. 3 — As nulidades no Direito Italiano. 4 — A garantia do procedimento. 5 — A nulidade e o escopo do ato. 6 — A nulidade absoluta e a instrumentalidade das formas. 7 — A nulidade do processo pela ausência de atuação do Ministério Público. 8 — Bibliografia.

### 1 — Considerações introdutórias

Superadas a fase do **sincretismo jurídico**, em que o direito material e o processual não eram considerados planos diferentes do ordenamento estatal, e a postura **autonomista**, marcada pelo reconhecimento da existência dos dois ramos do direito e pela renovação dos estudos processuais, a ciência alcançou a necessária **maturidade**. Adentramos, portanto, naquele que a doutrina denomina de “**terceiro momento metodológico do direito processual**, caracterizado pela consciência da **instrumentalidade** como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”<sup>1</sup>.

Essa postura leva à conclusão de que os estudos de direito processual devem desenvolver-se, sempre, segundo uma visão instrumental. Isto é, inobstante a autonomia do direito processual, não se pode olvidar que sua existência se justifica tão-somente à luz do direito material. Trata-se de um novo **método de pensamento**, ao qual o processualista moderno deve estar atento, sob pena de não acompanhar a evolução de sua ciência<sup>2</sup>.

1. DINAMARCO, A **instrumentalidade**, pp. 13/23.

2. DINAMARCO adverte que, insistir “na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo”. (A **instrumentalidade**, p. 20.)

Daí por que parece importante repensar todos os princípios e institutos processuais, adaptando-se a técnica já desenvolvida a essa postura instrumentalista.

Por esse prisma é que se pretende analisar o tormentoso problema das nulidades no direito processual civil<sup>3</sup> com especial destaque para a não intervenção do Ministério Público na relação processual, quando obrigatória.

A visão instrumentalista do direito processual faz com que, na análise do tema nulidades, ganhe destaque especial o princípio da instrumentalidade das formas. Na medida em que todo o sistema processual deve ser estudado à vista do seu escopo, da sua função perante o direito material e para a pacificação social, também os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que têm a alcançar. É por isso, e somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A forma do ato serve como meio para a consecução de seu escopo; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas.

Assim, o princípio da instrumentalidade das formas constitui um valioso método de análise interna do procedimento. Representa ele aquilo que, de um ângulo externo, pretende-se exteriorizar com a expressão **instrumentalidade do processo**<sup>4</sup>.

### 2 — Classificação das nulidades

O problema das nulidades no direito processual civil brasileiro pode ser estudado a partir de construção doutrinária elaborada na vigência do Código de 1939, mas adotada por comentadores do novo diploma processual<sup>1</sup>.

Os vícios do ato processual, em razão da sua maior ou menor gravidade, podem acarretar conseqüências de três ordens: inexistência, nulidade ou irregularidade.

Atos inexistentes e irregulares não merecem atenção especial no estudo do sistema das nulidades. Os primeiros são aqueles que sequer chegam a adentrar o mundo jurídico: uma sentença proferida por quem não esteja investido da função jurisdicional. Tal vício jamais convalesce. Quanto aos atos irregulares, apresentam vícios de mínima gravidade, sem qualquer conseqüência para sua validade e eficácia: falta de numeração e rubrica das folhas dos autos pelo escrivão (art. 167).

A nulidade do ato, por sua vez, também pode ser classificada em três categorias, que se distinguem em função da natureza da norma violada.

3. Segundo MONIZ DE ARAGÃO, este é “um dos mais árduos capítulos do Código... Foi sempre, e ao mesmo tempo, um dos pontos altos e baixos do Direito. Alto, no sentido de, através dele, se procurar resguardar a inteireza do ato jurídico processual; baixo, no sentido de servir a abusos e deformações. Ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios”. (**Comentários**, p. 321).

4. Vale a pena transcrever, integralmente, a lição de DINAMARCO: “Sob esse aspecto, a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si mas pelos objetivos que é chamado a atuar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo...”. Conclui que a “visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados” (**Instrumentalidade**, p. 384).

1. Segundo MONIZ DE ARAGÃO, ao abordar o tema nos **Comentários ao Código**, foi Galeno Lacerda quem, em tese de cátedra apresentada em 1953, “logrou desvendar o sistema adotado pela lei, num trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa” (p. 323). Segue essa orientação GRECO FILHO, **Direito processual civil**, p. 39.

Se o dispositivo afrontado está voltado para o interesse público, sua violação acarreta a nulidade absoluta. Trata-se de vício insanável no curso do processo, que pode ser declarado de ofício pelo juiz.

Há normas processuais, porém, que se dirigem, predominantemente, para o interesse das partes. Podem elas ser cogentes ou dispositivas.

A violação de uma norma cogente implica nulidade relativa do ato. Se a norma é dispositiva, estaremos diante da anulabilidade. No primeiro caso, o juiz tem a faculdade de proceder de ofício; no segundo, a atuação do magistrado depende de provocação da parte interessada<sup>2</sup>.

Há quem limite as nulidades a duas categorias: absoluta e relativa. Se a exigência da forma do ato processual tem por escopo a preservação de interesses de ordem pública, a nulidade é absoluta, devendo o juiz decretá-la de ofício, independentemente de provocação. Se o interesse visado pela norma é exclusivamente da parte, trata-se de nulidade relativa, cuja decretação depende de iniciativa da parte prejudicada, devendo fazê-lo na primeira oportunidade, sob pena de ficar convalidado o ato pela preclusão temporal<sup>3</sup>.

Convém observar, por último, que mesmo os atos absolutamente nulos podem convalidar-se, ou com a coisa julgada, ou com o decurso do prazo para a ação rescisória, o que não ocorre com os atos inexistentes<sup>4</sup>.

A compreensão do problema depende, ainda, da observância dos princípios relacionados às nulidades. Costuma a doutrina relacionar quatro: instrumentalidade das formas, interesse, causalidade e preclusão.

Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, inspirado no brocardo francês *pas de nullité sans grief*, só devem ser anulados os atos viciados, cujo objetivo não for alcançado (CPC, art. 244).

O princípio de interesse impede que o vício seja alegado pela própria parte que deu causa ao vício (CPC, art. 248).

Princípio da preclusão é aquele, segundo o qual o vício deve ser alegado pela parte interessada, em tempo hábil, sob pena de não mais ser possível a invalidação do ato (CPC, art. 245).

Tanto o princípio do interesse, quanto o da preclusão, só se aplicam às anulabilidades, visto que as nulidades absolutas e relativas não precluem e podem ser declaradas pelo juiz de ofício.

Por último, temos o princípio da causalidade, pelo qual a nulidade de um ato contamina todos os demais que dele dependam (CPC, art. 248)<sup>5</sup>.

### 3 — As nulidades no Direito Italiano

Ao regular as nulidades processuais, o legislador italiano preocupou-se bastante

2. Cfr. GALENO LACERDA, *Despacho saneador*, pp. 72/73; MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários*, pp. 324 e ss.

3. Cfr. DINAMARCO E OUTROS, *Teoria geral*, p. 311.

4. "È inesistente l'atto processuale che manca d'un elemento essenziale per la sua esistenza; vi è quindi qui qualche cosa di più della nullità assoluta, in quanto l'atto viziato da nullità assoluta è pur tuttavia esistente, mentre nel caso contrario l'atto neppure esiste. La differenza ha una grande importanza perché l'atto affetto da nullità, anche insanabile, può essere poi sanato dalla cosa giudicata: il che non avviene per l'atto inesistente". (SERGIO COSTA, *Manuale*, p. 225).

5. Cfr. DINAMARCO E OUTROS, *Teoria geral*, pp. 309/311; OVÍDIO B. SILVA, *Curso*, pp. 168/169; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual*, pp. 42 e ss; MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários*, pp. 321 e ss; TERESA A. PINTO, *Nulidades da sentença*, pp. 74 e ss.

com o princípio da instrumentalidade das formas. Deixa nítida a idéia da forma como mero instrumento para o ato atingir o seu escopo no artigo 156 do Código, que contém basicamente três regras:

1 — a nulidade de um ato processual, por inobservância das formas, só pode ser declarada se cominada em lei;

2 — se o ato não preencher as formalidades necessárias para atingir seu escopo, a nulidade pode ser decretada;

3 — jamais se declara a nulidade de um ato, se seu escopo foi alcançado<sup>1</sup>.

A doutrina distingue a nulidade processual em duas espécies: relativa e absoluta<sup>2</sup>.

Tratando-se de nulidade relativa, extraem-se três conseqüências do artigo 157:

1 — o reconhecimento do vício depende de provocação da parte interessada, salvo se a lei determinar que seja declarada de ofício;

2 — somente a parte interessada pode requerer a decretação da nulidade do ato e deve fazê-lo na primeira oportunidade após tomar conhecimento dele;

3 — a nulidade não pode ser alegada por quem lhe haja dado causa ou tenha renunciado a ela, mesmo que tacitamente<sup>3</sup>.

Os princípios da causalidade e da conservação dos atos processuais foram acolhidos pelo legislador italiano. O artigo 159 estabelece que a nulidade atinge os atos posteriores que dele dependam, mas somente eles; não afeta os anteriores e os independentes, como também pode produzir outros efeitos não obstados pelo vício<sup>4</sup>.

Mereceu destaque especial a nulidade da sentença (art. 158), que pode ser causada, entre outros motivos, pela falta ou irregularidade da intervenção do Ministério Público, nos casos legais. Trata-se, segundo a doutrina, de nulidade absoluta<sup>5</sup>.

Também existe dispositivo expresso sobre as causas de nulidade da intimação (art. 160)<sup>6</sup>.

A diferença entre nulidade relativa e absoluta está relacionada, para a doutrina italiana, com a possibilidade, ou não, de o magistrado decretá-la de ofício. A absoluta é taxativa e típica, expressamente prevista em lei<sup>7</sup>.

1. Cfr. LIEBMAN, *Manual*, p. 259.

2. Cfr. LIEBMAN, p. 261.

3. Tais regras, sem dúvida nenhuma, estão presentes no direito brasileiro. Expressam elas os princípios do interesse e da preclusão, acolhidos pelos artigos 243 e 245 do estatuto processual pátrio.

4. LIEBMAN, *Manual*, p. 262. Ambos os princípios estão estampados no artigo 248 do Código de Processo Civil.

5. Cfr. LIEBMAN, p. 264.

6. Não há no direito brasileiro qualquer regra disposta sobre os casos de nulidade da citação ou da intimação. O artigo 247 não contém uma cominação, pois, "em cada caso, é preciso confrontar com o modelo legal a citação ou intimação feita, decorrendo da desconformidade a nulidade do ato; e toda nulidade não cominada decorre mesmo, sempre, da inobservância de alguma prescrição posta pelo direito positivo". (DINAMARCO nota 168 ao *Manual de Liebman*, p. 270.)

7. Segundo GIOVANNI VERDE, a lei italiana distingue a nulidade "rilevabile d'ufficio — che noi potremmo anche definire assoluta — dalla nullità rilevabile successione di parte — che noi potremmo definire relativa — fissando la regola fondamentale secondo la quale le nullità assolute sono tassative e tipiche — ossia devono essere espressamente previste dalla legge — mentre le altre nullità — che la legge stabilisce senza particolare indicazione — sono rilevabili soltanto su eccezione di parte". (Profili, p. 266.) Aliás, somente a nulidade decorrente de constituição do juízo e da não intervenção do Ministério Público podem ser declaradas ex officio. O que significa que, para o legislador italiano, todas os demais vícios dão causa, na verdade, à nulidade relativa (cfr. SERGIO COSTA, *Diritto processuale civile*, p. 22).

#### 4 — A garantia do procedimento

Ao exercer a função jurisdicional, nada mais faz o Estado do que exteriorizar uma parcela de seu poder.

De fato o poder estatal é uno e se manifesta pelas várias atividades por ele exercidas. Entre essas encontra-se, naturalmente, a jurisdicional.

Subtraindo das pessoas a possibilidade de promover a atuação coercitiva da norma de direito material<sup>1</sup>, o Estado instituiu uma função especialmente destinada a desempenhar tal mister. Trata-se da Jurisdição, que representa a vontade do Estado na atuação da lei ao caso concreto e demonstra sua “capacidade de decidir e impor decisões”<sup>2</sup>.

A Jurisdição exerce o poder estatal segundo um **procedimento** previamente estabelecido em lei, realizado em **contraditório**. É o processo jurisdicional.

A existência de um modelo legal de procedimento a ser seguido constitui garantia para as partes, pois não se pode admitir que o Estado realize a atividade jurisdicional arbitrariamente. O procedimento deve ser atendido, portanto, sob pena de nulidade dos atos por violação do devido processo legal.

O respeito à forma do ato processual é, pois, requisito de validade do processo. Aliás, parte da doutrina aponta a regularidade procedimental como um dos pressupostos processuais objetivos intrínsecos<sup>3</sup>.

A legitimidade do exercício do poder pelo Estado-Jurisdição depende, fundamentalmente, da observância das regras procedimentais. Estas visam a garantir a efetiva participação das pessoas interessadas no resultado do processo<sup>4</sup>.

Na medida em que o processo contém, necessariamente, a idéia de procedimento estabelecido pelo legislador, a nulidade decorre do afastamento dessa forma<sup>5</sup>.

Convém ressaltar, por último, que o fato de se estar enfocando apenas um aspecto do processo — o procedimento — deve-se exclusivamente aos objetivos do trabalho. Não se deve olvidar, todavia, que a idéia de processo envolve também a de relação jurídica. Os atos praticados no curso do procedimento são o resultado da atuação dos sujeitos do processo. O ato subsequente é sempre conseqüência daquele que o antecede. Isso se deve ao relacionamento mantido por aqueles que intervêm no processo: cada um dos sujeitos provoca, com a sua atividade, a atividade do

1. O ideal é que as regras de direito substancial sejam espontaneamente cumpridas. Isto é, espera-se dos destinatários da norma que eles resolvam voluntariamente seus conflitos de interesses, mediante a aplicação da lei. Tal situação representa a fisiologia da vida social. Muitas vezes, porém, essa atuação espontânea não ocorre, ou porque as próprias pessoas não respeitam o comando legal — e teremos a situação patológica que Carnelutti denominou de *lide* — ou porque o legislador retirou delas a possibilidade de fazê-lo são as hipóteses que a doutrina chama de processo necessário ou jurisdição necessária (cfr. DINAMARCO E OUTROS, *Teoria geral*, pp.4 e 9).

2. Cfr. DINAMARCO, *Instrumentalidade*, pp. 122 e ss.

3. Cfr. DINAMARCO E OUTROS, *Teoria geral*, p. 257 MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas*, p. 276. Segundo MONIZ DE ARAGÃO, vistos “sob o ângulo objetivo, os pressupostos intrínsecos à relação processual concernem à regularidade dos atos nela praticados, que deverão ser acordes com as disposições legais que os regulam. Se, por acaso, as infringirem, serão alvo de invalidação, podendo comprometer o próprio processo, quando a gravidade da infração ultrapassar os limites tolerados pela lei. (Comentários, p. 495.)

4. Exatamente por isso “é indispensável não só que cada ato do procedimento haja observado os preceitos legais definidores do modelo a ser seguido, como ainda que o procedimento mesmo, em seu conjunto, esteja íntegro. Em outras palavras, a tipicidade dos atos processuais revela-se também como tipicidade do próprio procedimento, o qual será atípico e portanto imperfeito sempre que tumultuado na ordem dos atos que o compõem, ou que haja omitido ato indispensável”. (DINAMARCO, *Liticonsórcio*, p. 190.)

5. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, p. 374. Como bem observam DINAMARCO E OUTROS, o problema da forma pela qual deve ser celebrado cada ato processual passa a ser um problema das formas do próprio procedimento. (*Teoria geral*, p. 285).

outro. Daí não ser o processo apenas uma série de atos praticados segundo o modelo legal. É também, do começo ao fim, uma relação continuativa entre as pessoas, cada uma agindo na forma prescrita pela lei, em decorrência desse vínculo jurídico, que nada mais é do que a relação processual<sup>6</sup>.

#### 5. A Nulidade e o Escopo do Ato

A necessidade de observância às regras procedimentais não significa, porém, culto ao formalismo, isto é, apoio irrestrito ao princípio da legalidade das formas. Estas são necessárias enquanto garantia do resultado do processo. A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas conseqüências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional.

Não obstante a preferência pelo sistema da legalidade, é necessário abrandar o seu rigor com aplicação de um princípio, que deve servir de orientação básica para o intérprete, na análise do ato processual praticado em desconformidade com o modelo legal: o **princípio da instrumentalidade das formas**<sup>1</sup>.

Não se deve invalidar o ato se os objetivos para os quais ele foi instituído chegaram a ser alcançados.

A principal crítica sofrida pelo legislador brasileiro, quanto ao problema das formas, diz respeito exatamente à adoção de um rigor formal exagerado<sup>2</sup>.

Há, todavia, quem considere o sistema da legalidade imprescindível ao devido processo legal, já violado pela extrema liberdade adotada em determinadas leis especiais<sup>3</sup>.

Parece, porém, que a liberalização das formas, dentro de limites razoáveis, e o aumento do poder do magistrado na avaliação dos objetivos do ato, assegurando às partes, sempre, a efetividade do contraditório, constituem o caminho mais idôneo para se adequar as regras procedimentais à postura instrumentalista da moderna doutrina processual.

O sistema das nulidades deve ser analisado em função de duas premissas básicas: a previsão legal e o fim do ato. Isso, evidentemente, implica conferir ao juiz maiores poderes na avaliação da validade do ato processual, o que se coaduna com a idéia de assegurar-lhe maior participação no processo<sup>4</sup>.

6. Cfr. BEDAQUE, *Poderes instrutórios* p. 60 v. tb. DINAMARCO, *Instrumentalidade*, p. 178, nota 2; *Liticonsórcio*, p.189, nota 357.

1. Para DINAMARCO E OUTROS, a solução ideal é, também, a previsão legal das formas do procedimento, do que depende, em grande parte, o bom resultado do processo. Mas a “experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender a critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostos e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é manifestação do princípio da **instrumentalidade das formas**, o qual (associado a algumas regras contidas na teoria das nulidades) vem dar a justa medida do sistema da legalidade formal”. (*Teoria geral*, p. 286).

2. Cfr. DINAMARCO, *Instrumentalidade*, p. 181. O autor defende o sistema da liberdade das formas, adotado na Lei das Pequenas Causas, acompanhado de “indispensáveis salvaguardas de segurança destinadas a evitar o arbítrio judicial e assegurar a plena realização das exigências constitucionais relativas ao **due process of law**. Liberdade, igualdade das partes e participação em contraditório — a trilogia inspiradora do moderno processo de feições e compromissos democráticos estão presentes no processo que perante o Juizado das Pequenas Causas terá lugar”. (*Manual das pequenas causas*, p. 3.)

3. CALMON DE PASSOS, em conferência na Associação dos Advogados de São Paulo, em 23.11.89, discordou radicalmente da liberalização das formas adotada na Lei das Pequenas Causas. Segundo ele, tal orientação acaba resultando em prejuízo da parte mais fraca.

4. Cfr. BEDAQUE, *Poderes, Dinamarca, Instrumentalidade*, pp. 274 e ss.; TERESA A. PINTO, *Nulidades processuais*, p. 4.

Esse comportamento mais ativo do magistrado deve ser acompanhado da garantia de um contraditório real. Com a observância desses postulados, não fica difícil solucionar os problemas decorrentes das nulidades processuais<sup>5</sup>.

Não se nega o valor do procedimento, como fator de segurança para as partes litigantes. Tanto que a definição de processo quanto procedimento realizado em contraditório tem recebido maciço apoio da doutrina processual mais moderna e comprometida com os objetivos de sua ciência. Todavia, desde que a liberalização das formas não implique alijamento das garantias constitucionais, mal nenhum há em adotá-la.

Essa é a razão por que assume grande importância no sistema das nulidades o princípio da instrumentalidade das formas<sup>6</sup>.

A maior flexibilização das nulidades, tornando mais abrangente a possibilidade de convalidação dos defeitos do procedimento, é apontada pela doutrina até mesmo como fator importante na facilitação do acesso à justiça<sup>7</sup>.

## 6 — A nulidade absoluta e a instrumentalidade das formas

Algumas considerações quanto ao princípio da instrumentalidade das formas devem ser feitas, para melhor compreensão do problema.

O artigo 244 do Código de Processo Civil diz que apenas as nulidades não cominadas podem ser desconsideradas, caso o ato atinja seu objetivo. Isto é, o dispositivo não se aplicaria às nulidades absolutas, ou, pelo menos, aos casos de nulidade absoluta cominada.

Tal conclusão não parece correta, visto ser perfeitamente possível que o interesse tutelado pela norma violada, inobstante público, seja atendido<sup>1</sup>.

Há quem negue tal possibilidade, por considerar extensão exagerada ao princípio<sup>2</sup>.

Na verdade, o problema das nulidades processuais continua relegado a um plano inferior, visto que poucos se propõem a enfrentar as dificuldades inerentes ao tormentoso tema.

Enquanto o direito material reproduz abstratamente algumas situações verificadas na vida real, emprestando a elas conseqüências e transformando-as em acontecimentos juridicamente relevantes, o processual opera de forma diferente: ele

5. Referindo-se à Lei das Pequenas Causas, DINAMARCO afirma: "A ampla liberdade formal estabelecida lá e defendida aqui não é ilimitada; nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para inocular princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização". (*Instrumentalidade*, p. 180)

6. "Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato". (DINAMARCO, *Instrumentalidade*, pp. 182/183)

7. Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *Acesso*, p. 79, nota 158.

1. DINAMARCO chega à conclusão semelhante, com outros argumentos (cfr. notas 162 e 163 ao *Manual de Liebman*, pp. 260 e 261).

2. MONIZ DE ARAGÃO, *Coment.*, p. 340. O ilustre processualista admite, porém, o aproveitamento da citação irregular, quando seu efeito foi alcançado e o réu apresentou resposta. Ora, a nulidade da citação é absoluta, podendo até ser invocada em ação rescisória. Não obstante, o ato pode atingir o objetivo para o qual foi instituído. Em síntese: o princípio da instrumentalidade também se aplica à nulidade absoluta.

predetermina uma forma de conduta. Todos os que desejarem se valer desse direito instrumental, a fim de conferir eficácia ao outro — o material — devem atuar segundo os padrões impostos pelo legislador. Enquanto o direito material é resultado de uma seleção de comportamentos preexistentes, o processual é uma predeterminação de comportamentos.

Verifica-se, pois, que o direito material visa a regular conflitos de interesses com relação aos bens da vida, dizendo, abstratamente, qual o interesse deve prevalecer e qual deve subordinar-se. Somente têm direito subjetivo material as pessoas que se encontram, na vida real, naquela situação prevista pelo legislador. A desconformidade descaracteriza a incidência da norma, impossibilitando qualquer eficácia.

Já o direito processual, muito mais do que a necessidade da subsunção do ato à norma, preocupa-se com os resultados visados por esse ato, que lhe são exteriores. Procura-se, através do procedimento previamente estabelecido pelo legislador, a atuação daquelas normas de direito substancial, que não foram aplicadas espontaneamente pelos destinatários.

Muito mais importante do que a atipicidade do ato ao modelo legal, são os fins deste, é o sem escopo<sup>3</sup>.

Somente a atipicidade relevante produz a nulidade do ato. Para tanto, não importa o fato de se tratar de nulidade cominada ou não, absoluta ou relativa. Em qualquer hipótese, somente a ocorrência de prejuízo determina a decretação da invalidade do ato. E o prejuízo deve ser avaliado em função do escopo deste.

**Prejuízo e escopo**, duas noções essenciais à compreensão do problema das nulidades<sup>4</sup>.

Em síntese: toda vez que se estiver diante de um ato atípico, mesmo que o legislador imponha a pena de nulidade expressamente, deve-se verificar se aquele ato atingiu o seu objetivo. Se isso ocorreu, trata-se de atipicidade irrelevante<sup>5</sup>.

A regra geral é que nenhum defeito do ato processual acarreta a sua nulidade, se o fim a que ele se destinava foi alcançado. O sistema das nulidades processuais deve ser construído, portanto, à vista do princípio da instrumentalidade das formas<sup>6</sup>.

3. O problema foi magistralmente versado por CALMON DE PASSOS: "Se o ato processual é atípico, isto é, defeituoso, ou seja, imperfeito quanto a sua conformidade com o modelo posto na lei, cumpre verificar-se o resultado obtido com sua prática. Se esse resultado se identifica com o resultado que seria logrado com o ato típico, diz-se que a atipicidade é irrelevante. Se diversamente ocorre, ou seja, se o resultado obtido não foi o que se objetivava alcançar com o ato típico, há uma atipicidade relevante. Esta relevância, entretanto, é posta não com vistas exclusivamente ao fim particular do ato, uma série de atos do procedimento, sim com referência aos já mencionados fins de justiça do processo, ou seja, seu fim de pacificação e seu fim de efetivação do direito material". (*Comentários*, pp. 402/403.)

4. Existe prejuízo toda vez que a atipicidade acarretar dano aos interesses tutelados no processo, que estão diretamente ligados ao escopo do próprio ato, "porquanto é na finalidade posta para o ato que se consubstancia o interesse juridicamente tutelado no processo. E só esse interesse é relevante". (CALMON DE PASSOS, *Comentários*, p. 405.)

5. (Cfr. CALMON, p. 405. Para GIOVANNI VERDE, escopo significa função típica do ato desejada pela lei e este é o parâmetro para considerar a sua validade: "ciò vuol dire che un elemento sostanziale prende il sopravvento sul dato meramente formale in ossequio all' esigenza ora messa in rilievo, al punto tale che si è prevista una fattispecie alternativa — quella in cui si è raggiunto lo scopo — rispetto al modello legale, ovvero, nelle ipotesi in cui la nullità non è prevista dalla legge, si è fatto riferimento allo scopo per individuare le forme idonee". (*Profili*, p. 266.)

6. Cfr. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, p. 165. Embora afirme não serem passíveis de sanção as nulidades absolutas cominadas, conclui que "os defeitos porventura existentes nos atos processuais jamais causarão uma nulidade absoluta e insanável, no sentido em que esta categoria é considerada em direito material, uma vez que, em processo, a sanção do ato nulo sempre será possível". (p. 169). Para DINAMARCO, tanto a nulidade relativa, quanto a absoluta rege-se pelo princípio da instrumentalidade (v. nota 162 ao *Manual de Liebman*, p. 260).

Exemplo típico é a falta de citação, considerada pela doutrina como vício gravíssimo, motivo de nulidade absoluta, ou mesmo de inexistência da sentença<sup>7</sup>. Inobstante isso, a falha pode ser sanada com o comparecimento espontâneo do réu (CPC, art. 214, § 1.º).

Inadmissível relacionar, então, a insanabilidade do ato com a nulidade absoluta; ou afirmar que o princípio da instrumentalidade não se aplica à nulidade absoluta<sup>8</sup>.

A idéia da instrumentalidade das formas como diretriz principal do sistema das nulidades não constitui inovação alguma. A doutrina estrangeira há muito já sustenta que não é a mera inobservância da forma a causa da nulidade. Qualquer vício deve ser analisado em função do escopo do ato. Nulo seria apenas aquele que, em razão do vício, não pôde atingir seu objetivo<sup>9</sup>.

De tudo, conclui-se que a distinção entre nulidade absoluta e relativa, em direito processual, é totalmente irrelevante para a questão da sanabilidade do ato viciado.

## 7 — A Nulidade do Processo pela ausência de atuação do Ministério Público

### 1 — Espécie de Nulidade. Direito brasileiro e estrangeiro.

Dúvida não há quanto à natureza do vício decorrente da não intervenção do Ministério Público nas relações processuais civis, naqueles casos em que o legislador brasileiro a considera obrigatória. Trata-se de nulidade absoluta, que pode ser decretada de ofício pelo magistrado, não está sujeita à preclusão temporal e, em face da sua gravidade, enseja a propositura de ação rescisória. Somente após o decurso do prazo para esta medida judicial é que o vício se considera sanado<sup>1</sup>.

Ressalte-se, todavia, que, para alguns, a regra do artigo 82, III do estatuto processual não torna obrigatória a intervenção do Ministério Público, sendo inaplicável, nesses casos, a sanção do artigo 84<sup>2</sup>.

Na Alemanha não se vislumbra o problema da nulidade do processo por ausência do Ministério Público, visto que sua intervenção no âmbito civil é mínima e facultativa<sup>3</sup>.

7. Cfr. LIEBMAN, *Nulidade da sentença*, p. 182.

8. VICENTE GRECO fala genericamente em impossibilidade de aplicação do princípio do prejuízo quando se trata de nulidade absoluta, porque "o prejuízo é do interesse público e presumido em caráter absoluto". (*Direito processual*, p. 41.) Assim também quanto ao princípio da instrumentalidade (p. 42). Afirmando que não há incompatibilidade entre nulidade absoluta e sanabilidade, cfr. DINAMARCO, *Litiscônscio*, p. 192, nota 359.

9. Essa é a lição de LIEBMAN que, versando especificamente a nulidade absoluta no Direito italiano, conclui: "mas a consideração do escopo, se de um lado permite identificar a nulidade, mesmo quando não expressamente cominada, em outros casos impede que ela seja pronunciada, ainda que cominada; (grifei). Assim, o princípio fundamental acaba sendo o do escopo, que às vezes amplia e às vezes restringe o elenco dos casos de nulidade expressamente previstos pela lei. (*Manual*, p. 259.)

1. Cfr. artigos 84, 246, 485, V e 487, III do Código de Processo Civil.

2. ANTONIO CELSO DE CAMARGO FERRAZ argumenta exatamente com o artigo 84 para sustentar a facultatividade da intervenção na hipótese do artigo 82, III. Se aquele dispositivo prevê a nulidade do processo quando a parte não promove a intimação do Ministério Público, nos casos em que sua intervenção é considerada obrigatória, é porque há situações em que inexistente a obrigatoriedade "e a omissão de sua intimação não acarreta a nulidade do processo" (cfr. *A intervenção do Ministério Público*, pp. 4/5). Também CELSO AGRÍCOLA BARBI considera facultativa a intervenção prevista no artigo 82, III, não se aplicando a regra do artigo 84 a essa hipótese (cfr. *Comentários*, p. 383). Contra, ANTONIO CLAUDIO COSTA MACHADO, *A intervenção*, pp. 377 e ss. Assim também MENDONÇA LIMA, *Atividades*, p. 73.

3. "A princípio, o que se debate no processo civil é assunto exclusivo das partes e do Juiz e cabe a este manter intactos os interesses públicos" (ROSA MARIA B. B. A. NERY, *Notas*, p. 95). Acrescenta a autora que o Ministério Público pode intervir em processos de anulação de casamento e interdição. Trata-se, pois, de intervenção facultativa.

A doutrina italiana considera absoluta a nulidade, em face do disposto no artigo 158 do Código<sup>4</sup>.

Nos Estados Unidos da América do Norte também quase não existe o problema. O curador norte-americano jamais intervém de forma desvinculada dos interesses em conflito. Atua ele como verdadeiro representante de uma das partes. Não há a figura do *custos legis*.

Nos feitos que envolvem menores e incapazes, seus interesses são defendidos pelo Guardian ad litem ou pelo Public Guardian, órgãos auxiliares do Poder Judiciário, sem qualquer ligação com o Ministério Público.

Este não intervém nas ações de divórcio, registros públicos, falências e acidentes de trabalho, nem no chamado *writ of mandamus*, figura semelhante ao nosso mandado de segurança. Neste último, poderá atuar como autor, na defesa do Poder Público.

A participação do Ministério Público no processo civil americano se dá mais como autor, exercendo funções especializadas, como a defesa do meio ambiente, do consumidor, dos deficientes e das vítimas de crime.

Assim, raras são as anulações de processos por ausência de curador, pois poucos são os casos de intervenção<sup>5</sup>.

### 2 — Aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas

Existe tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, por se tratar de nulidade absoluta, não há possibilidade alguma de se considerar válido o processo em que a intervenção do Ministério Público, apesar de obrigatória, não se verificou. O vício é insanável, estando absolutamente afastada a incidência do princípio da instrumentalidade das formas<sup>6</sup>. Fala-se em inaplicabilidade do artigo 249, § 2.º do Código de Processo Civil, visto que o vício torna o processo absolutamente nulo, sem possibilidade de convalidação. Seria até mesmo impossível a ratificação pelo órgão ministerial em 2.º grau de jurisdição<sup>7</sup>.

A nulidade é, evidentemente, absoluta. Isso não significa, todavia, impossibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. A conclusão da doutrina dominante, em sentido contrário, não parece correta.

Imagine-se, por exemplo, um processo em que o incapaz saiu-se vencedor. Por que anulá-lo apenas pela ausência do curador, se a função deste era exatamente defender tal interesse?<sup>8</sup>

Há determinadas situações, definidoras da atuação do Ministério Público no processo que, por sua natureza, afastam a possibilidade de convalidação. Em todos os casos em que o curador intervém de forma imparcial, desvinculada dos interesses em conflitos, não parece possível a incidência do princípio aqui versado. Não se

4. Cfr. SÉRGIO COSTA, *Manuale*, p. 225.

5. Cfr. JOHN ANTHONY SIMON, RT 640/7-18. Muitas das referências dizem respeito, especificamente, ao Ministério Público do Estado de Illinois que, em vista das peculiaridades do sistema americano, podem ser diversas em outro Estado da Federação.

6. Oportuna a observação de TERESA ALVIM, no sentido de que o princípio da instrumentalidade e o do prejuízo (não há nulidade sem prejuízo), no fundo, significam a mesma coisa (cfr. *Nulidades da sentença*, p. 80). Também CALMON DE PASSOS nega qualquer diferença entre tais princípios (cfr. *Comentários*, p. 404).

7. Cfr. MONIZ DE ARAGÃO, ob.cit., p. 357; RT 496/92, 582/215, 592/72; JTA 40/102. Assim também JOSÉ FERNANDO SILVA LOPES, *O Ministério Público*, p. 67. Cfr. ainda MARIO VELLANI, pp. 213 e ss.

8. Sobre a natureza da função do curador de incapazes cfr. BEDAQUE, *O Ministério Público no processo civil brasileiro*, pp. 7 e ss.

pode dizer, nessas hipóteses, que o escopo dos atos do procedimento foi atingido, o que impediria a anulação do processo. O legislador exige a presença do Ministério Público para, imparcialmente, verificar se as normas de direito material estão sendo corretamente aplicadas.

Verifica-se, pois, que as conseqüências da não intervenção do Ministério Público no processo civil, quando obrigatória, dependem basicamente da natureza de sua atuação.

Se ele está no feito para tutelar o direito objetivo, a nulidade absoluta é insanável pela aplicação de qualquer princípio. Se se trata de intervenção vinculada à defesa de uma das partes da relação processual, possível a incidência do princípio da instrumentalidade<sup>9</sup>.

Assim, nos casos de atuação vinculada, não obstante a ausência do curador implique nulidade absoluta do processo, com todas as suas conseqüências (possibilidade de reconhecimento *ex officio*, não passível de preclusão no curso do processo, motivo ensejador de ação rescisória), o princípio da instrumentalidade das formas não deve ser afastado de maneira absoluta. Se a nulidade não acarretou prejuízo ao interesse cuja defesa competia ao curador, não há por que decretá-la<sup>10</sup>.

Não se trata de relativizar a nulidade. Continua ela sendo absoluta. Apenas admite-se a incidência do princípio da instrumentalidade nesse tipo de vício<sup>11</sup>.

Mais acertado dizer, portanto, que, embora se trate de nulidade absoluta, cominada, aplica-se o princípio, pois nada impede a convalidação de um ato processual absolutamente nulo, desde que seu escopo seja alcançado<sup>12</sup>.

Isto porque tal princípio nada mais é do que a aplicação, no interior do processo, de um postulado maior, orientador de todo o sistema processual: o processo é um instrumento voltado para a pacificação social; não tem um fim em si mesmo.

Assim, ainda que a falta de intervenção do Ministério Público dê origem à nulidade absoluta *sempre*, em alguns casos, é possível a incidência de princípios, cuja função é, exatamente, orientar o intérprete na aplicação das normas. Se a ausência do curador no processo acarretasse mera nulidade relativa ou anulabilidade, estaria ela sujeita à preclusão e não ensejaria ação rescisória<sup>13</sup>.

9. Segundo DINAMARCO, o Ministério Público pode assumir no processo a tutela do direito objetivo ou a defesa de determinada pessoa (cf. *Teoria geral*, p. 267). Essa distinção é fundamental para o entendimento do problema da nulidade absoluta decorrente da não intervenção do curador no processo civil.

10. Como bem observa DINAMARCO, "se tiver deixado de oficiar o curador, mas aquele em cujo favor ele oficiaria obteve ganho de causa, o processo não é nulo. Sua intervenção seria para proteger o incapaz, ou o ausente — e se o possível curatelado obteve sem o seu concurso o que seu concurso visava a lhe proporcionar, então não houve o prejuízo. Não se concebe a anulação do feito, que irá favorecer a parte adversa (*Fundamentos*, pp. 335/336).

11. Para ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO, as peculiaridades da intervenção do curador de ausentes e incapazes tornam necessária a relativização da nulidade, uma vez que "o interesse que anima o Ministério Público a intervir é o interesse de uma das partes a quem a sentença de mérito pode favorecer ou desfavorecer; o prejuízo da parte não deixa de ser potencialmente o espelho do prejuízo do próprio interesse público nesses casos" (*A Intervenção do Ministério Público*, p. 593, cf. ob. pp. 594/596).

12. Inexiste "rígida correspondência entre a nulidade absoluta e nulidade insanável (nem, logicamente, entre relativa e sanável)" (DINAMARCO, nota 163 ao *Manual de Liebman*, p. 261).

13. TERESA ALVIM percebeu o problema: "não é porque se têm considerado válidos os processos em que interesse de menor e de que não participou o Ministério Público, caso o menor tenha sido beneficiado pelo resultado da demanda, é que se poderá dizer, em face da letra da lei, (arts. 84 e 246 do CPC), que se trata de uma anulabilidade. Se esta circunstância tivesse o condão de alterar a natureza do vício, em outros processos, o regime jurídico da intervenção do Ministério Público deveria passar a ser o de que a sua ausência não pudesse dar origem à decretação da nulidade do processo de ofício, isto é, deveria passar a ser o regime das anulabilidades, o que não ocorre" (*Nulidades da sentença*, p. 120).

Não obstante a opinião de considerável parcela da doutrina, que relaciona a nulidade absoluta com a impossibilidade de aproveitamento do ato viciado<sup>14</sup>, a regra do artigo 249 e §§ do Código de Processo Civil aplica-se perfeitamente aos casos de intervenção vinculada do Ministério Público<sup>15</sup>. Se a intenção do legislador é conferir maior proteção àquela parte presumidamente mais fraca, não se justifica decretar a nulidade do processo quando os interesses desta não sofreram qualquer prejuízo<sup>16</sup>.

## 8 — Bibliografia

ARRUDA ALVIM e TERESA ARRUDA ALVIM PINTO — *Nulidades processuais*, RT, São Paulo, 1986.

BARBI, CELSO AGRÍCOLA — *Comentários ao CPC*, Forense, Rio de Janeiro, vol. I, tomo II, 1977.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS — *Poderes instrutórios do juiz, dissertação de mestrado*.

— O MP no processo civil brasileiro, algumas considerações, trabalho apresentado no curso de pós-graduação da FADUSP, 1.º semestre de 1989.

CALMON DE PASSOS, J.J. — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, Forense, 1.ª ed.

CAPPELLETTI, MAURO e BRYANT GARTH, *Acesso à Justiça*, trad. bras., Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1988.

COSTA, SERGIO — *Manuale di diritto processuale civile*, 5.ª ed. UTET, Torino.

COUTURE, EDUARDO J. — *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL — "O Ministério Público na Curadoria de Ausentes e Incapazes" in *Fundamentos do processo civil moderno*, RT, 2.ª ed.

— Notas à tradução brasileira do *Manual de direito processual civil* de ENRICO TULLIO LIEBMAN, Forense, vol. I, 1984.

— *A instrumentalidade do processo*, RT, 1987.

— *Teoria geral do processo*, RT, 1986.

— *Manual de pequenas Causas*, RT, 1986.

— *Litisconsórcio*, RT, 1986.

ESTELLITA, GUILHERME — *Ministério Público e o processo civil*, Freitas Bastos, 1956.

14. Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., pp. 353/354 e 366/367.

15. Para CELSO AGRÍCOLA BARBI, "se o Ministério Público não for intimado para a causa em que há interesse de incapaz, deve o juiz deixar de decretar a nulidade, no caso de poder decidir, no mérito, a favor daquele" (*Comentários*, p. 384). No mesmo sentido, MENDONÇA LIMA: "Se, porém, o julgamento aproveitar a posição defendida pelo Ministério Público, então a nulidade não será decretada, em face do art. 249, § 2.º do CPC, como norma universal na matéria" (REPRO, p. 77). Assim também ESTELLITA, na vigência do Código de 39, invocando princípio geral do sistema das nulidades (cf. *O Ministério Público*, p. 58).

16. O Min. Athos Carneiro negou provimento a agravo de despacho que indeferiu sob o fundamento de que, acolhida a pretensão do menor, não há nulidade pela não intervenção do Ministério Público, aplicando-se o art. 249, § 2.º, do CPC (cf. AI n.º 885-SP, in *DOU* 26.10.89, pp. 16.368/9).

FERRAZ, ANTONIO CELSO DE CAMARGO — A intervenção do Ministério Público em favor do "interesse público", in Reuniões de estudos de direito processual civil, PGJ e APMP, 1974.

GREGO FILHO, VICENTE — Direito Processual Civil Brasileiro, vol. II, Saraiva, 1981.

LOPES, JOSÉ FERNANDO DA SILVA — O Ministério Público e o processo civil.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO — "Nulidade de sentença proferida sem citação do réu" in Estudos sobre processo civil brasileiro, José Bushatsky ed., São Paulo, 1976.

— Manual de Direito processual civil, Forense, tradução brasileira, 1985.

MACHADO, ANTONIO CLÁUDIO COSTA — A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, Saraiva, 1989.

MENDONÇA LIMA, ALCIDES DE — Atividades do Ministério Público no processo civil in REPRO, vol. 3, n.º 10.

— Ministério Público e o interesse público in Ministério Público direito e sociedade, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1986.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, Forense, 1976.

NERY, ROSA MARIA B. B. A. — Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental, in "Justitia" 132/42.

PINTO, TERESA ARRUDA ALVIM — Nulidades da sentença, RT, 1989.

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA DA — Curso de processo civil, vol. I, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.

SIMON, JOHN ANTHONY — Considerações sobre o Ministério Público norte-americano in RT 640/7-18.

VELLANI, MARIO — Il pubblico ministero nel processo, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1970.

VERDE, GIOVANNI — Profili del processo civile, Jovene Editore, Napoli, 1978.