

INVALIDIDADE DERIVADA E INVALIDIDADE PARCIAL **- Exegese do art. 248 do CPC -**

1. Legislação anterior

Das regras abrigadas pelo art. 248 do CPC, a primeira encontra antecedentes em leis processuais em vigor no passado; a segunda, em leis de direito material.

Com efeito, a primeira regra, que diz com a invalidade derivada, encontra similar no artigo 674 do Decreto nº 737, de 25.11.1850, que reza: ‘As referidas nulidades podem ser alegadas em qualquer tempo e instância; *anulam o processo desde o termo em que se elas deram, quanto aos atos relativos dependentes e conseqüentes*; não podem ser supridas pelo Juiz, mas somente ratificadas pelas partes’ (sem realce no original). Os Códigos estaduais a repetiram, como *exempli gratia*, o art. 477 do Código Civil e Comercial do rio Grande do Sul, onde, no que importa, estabelecia: ‘(...) anulam o processo desde o termo em que se deram, quanto aos atos relativos, dependentes e conseqüentes (...)’. A final, o art. 278, *caput*, do Decreto- Lei n. 1.608, de 18.9.39, consignava: ‘A nulidade de qualquer ato não prejudicará senão os posteriores, que dele dependam ou sejam conseqüência’.

A segunda regra, referente à invalidade parcial, encontra antecedente legislativo no vigem CC, cujo art. 153, primeira parte, estabelece: ‘A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável’. Essa regra encontrava-se, também, no Esboço de Teixeira de Freitas, art. 372, cuja primeira parte dispõe: ‘A nulidade pode

ser *completa* ou *parcial*. A *nulidade parcial* de um ato ou disposição não prejudicará sua parte válida, sempre que esta fora separável’.

2. Legislação comparada.

No direito comparado, encontram-se regras assemelhadas à vigente no país, nos arts. 159 do CPC italiano; 201, alínea 2^a, do CPC português; e 174 do Código Processual Civil e Comercial da nação argentina.

Está naquele: ‘A nulidade de um ato não importa na dos atos precedentes nem na dos atos sucessivos que sejam independentes. A nulidade de uma parte do ato não golpeia as outras partes que sejam independentes. Se o vício impede um determinado efeito, o ato pode, todavia, produzir os outros efeitos para os quais é idôneo’; no segundo: ‘Quando um ato tenha de ser anulado, anular-se-ão também os termos subseqüentes que dele dependam absolutamente. A nulidade uma parte do ato não prejudica as outras partes que dela sejam independentes’; e, a final, o último: ‘*La nulidad de un acto non importará la de los anteriores ni la de los scesivos que sean independientes de dicho acto. La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes aquélla*’.

3. Imprecisão da vigente norma (?)

Dispõe o art. 248 do CPC: ‘Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes’.

A sem-cerimônia com que o dispositivo utiliza os conceitos de anulabilidade e de nulidade pode evidenciar como o legislador, consciente ou inconscientemente, longe se encontra do acolhimento de uma mínima classificação da invalidade.

De outro lado, no entanto, pode entender-se que a indistinção sirva para demonstrar que a regra incide qualquer seja a espécie de invalidade.

4. Invalidade derivada e invalidade parcial

Bem observa Tornaghi: o dispositivo em foco ‘formula duas regras simétricas’, não devendo o intérprete impressionar-se com a conjunção ‘todavia’ empregada no texto (Comentários ao CPC, II, p. 238).

A primeira regra diz com a denominada *invalidade derivada*, assim entendida aquela que decorre não de um vício próprio do ato, mas da imperfeição que fere um ato precedente (Giuseppe Martinetto, Della Nulità Degli Atti, *in* Commentario Del Codice di Procedura Civile, dirigido por Enrico Allorio, I/1.618), ato esse reputado antecedente necessário à realização do ato sucessivo.

A segunda disciplina, a figura conhecida por *invalidade parcial*, assentando que, em se cuidando de ato decomponível, o defeito de parte dele não atinge as demais partes em que dela (da parte viciada do ato) não dependam (Martinetto, *ob. e loc. cit.*). o instituto, como lembrado retro, é também conhecido no direito privado (cf., *v.g.*, na doutrina, Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo IV, capítulo III, p. 50 e segs.).

Ambas as regras, como visto, têm similares no direito alienígena, parecendo melhormente expressas nos diplomas processuais italiano e português, inclusive por disporem esses acerca no fenômeno da ‘redução dos efeitos do ato’, encontrável no direito positivo pátrio.

Como o fazem Martinetto e Conso, convém aclarar que a invalidade derivada e/ou a invalidade parcial não se apresentam como

espécies do gênero invalidade, dizendo unicamente com o âmbito de extensão de uma determinada invalidade (cf. Martinetto, ob. e loc. cits.).

Aliás, é disso que cuidam as regras subsumidas no dispositivo em exame: do fenômeno da extensão da invalidade, já que o ato processual nunca se apresenta isolado, mas inserido em um procedimento, ‘cujos atos são coligados entre si por um vínculo mais ou menos estreito de dependência, de tal modo que a nulidade de um ato se comunica àqueles que necessariamente o pressupõe’ (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, p. 289).

5. Atos dependentes e atos independentes

O processo, que se exterioriza no procedimento (o procedimento é ‘forma do processo’ – art. 250 do CPC), apresenta-se como série encadeada de atos que se realizam no tempo de modo sucessivo (mais do que isso, ‘progressivo’, diria Fernando Luso Soares, *Direito Processual Civil*, p. 25).

Um vício que venha a atingir qualquer ato da série pode ter proporções de monta, na medida em que, eventualmente, atinge atos que lhe são subseqüentes.

A bem da verdade, inexistente regra como a do art. 248, primeira parte, a contaminação do vício aos atos posteriores seria inevitável. É a conclusão de Paolo d’Onofrio: *‘Gli atti succesivi do vrebbero cadere tutti, se rigorosamente esatt l’immagine della catena di cui mi sono servito (anteriormente, o processualista peninsular assentara que ‘o processo é constituído de uma série de atos ligados entre si como os anéis de uma corrente’). Ma il processo puó subire delle ramificazioni, sicchè puó logicamente concepirsi uno sviluppo di esse, che, pur facendo parte del rapporto processuale, abbia vita autonoma. Gli atti relativi restano salvi’* (Commento al Codice di Procedura Civile, I, p. 293).

No seu anseio de evitar, quanto possível, a decretação de invalidade, acolheu o Código a distinção entre *atos dependentes e atos independentes*. Desse modo, a invalidade de um ato (anterior) só contagiará o posterior (ou posteriores), se esse não for independente; ou, talvez melhor, positivamente, se for o ato sucessivo dependente do anterior inválido.

A dependência é um liame que liga o ato sucessivo ao antecedente, não apenas em razão da cronologia, mas, fundamentalmente, porque o ato antecedente evidencia-se como indispensável para a realização do ato sucessivo. É a lição de Martinetto, nestes termos: *‘Il nesso di dipendenza che determina il trasmettersi della nullità sussiste tutte le volte in cui un atto si pone come necessario antecedente di un altro. Perchè operi l’estensioni della nullità bisogna cioè che un ato sai non solo cronologicamente anteriore, ma indispensabile per la sua realizzazione’ (ob. e loc. cit., p. 1.620).*

É o que ocorre, *verbi gratia*, com a nulidade da instrução, que importa na invalidação dos debates orais e da própria sentença.

Inexistindo laço de dependência, o ato sucessivo não será contagiado (se alguma invalidade existir, é ela originária e não derivada).

Como atos independentes – independência que se visualiza sempre em relação ao ato antecedente – entendidos como tais aqueles que se podem validamente realizar prescindindo da realização dos anteriores (Martinetto, ob. e loc. cit.), são lembrados aqueles realizados no exercício de poderes dirigidos à modificação da situação substancial do objeto do juízo, como a renúncia ou o reconhecimento jurídico do pedido, e aqueles outros que não representam um componente incondicionalmente necessário da série procedimental, como os atos de aquisição probatória (um testemunho relativamente a outro, ou à própria instrução anterior) (autor, ob. e loc. cit., p. 1.624/1.625). Tanto basta que os atos tenham ‘vida autônoma’ para que estejam vacinados.

6. Contaminação do ato subsequente e sua espécie

Estabelecido que o vício do ato contamina o que lhe sucede desde que esse último seja dependente daquele, questão que se impõe, de imediato, é a que diz com a espécie de invalidade que contamina o ato subsequente. Na doutrina italiana há divisão. Há quem assevere que ‘o tratamento do vício não será o mesmo reservado ao ato precedente, mas será aquele próprio ao ato cujo vício se refere’ (Vocino, *Annulabilità del Compromesso e Sentenza Arbitrale*, p. 424) e há quem entenda que, ‘na ausência de expressa disposição em contrário, a nulidade se transmite na mesma espécie sob a qual acomete o ato anterior’ (Conso, *Il Concetto e la Specie d’Invalidità*, p. 88), derivando daí que a nulidade que se transmite é a absoluta ou a relativa, conforme seja o ato anterior golpeado com uma nulidade absoluta ou relativa (cf. Martinetto, *ob. e loc. cit.*, p. 1.621).

A solução a ser dada é de relevância, precipuamente considerando-se que, de acordo com o sistema do Código, o convalidamento é extremamente difícil, ou mesmo inexistente, em se tratando de nulidade absoluta. Em se cuidando dessa, portanto, o caso seria a repetição dos atos (antecedente e sucessivo), e não simples suprimento do posterior (caso a espécie própria, para ele, fosse a nulidade relativa, ou mesmo a anulabilidade).

Tratando-se o sucessivo de ato dependente, vale dizer, de ato que, para a sua realização, *depende* necessariamente de um ato antecedente, a melhor solução parece estar com a segunda corrente. Absolutamente nulo o ato anterior, igualmente absolutamente nulo será o subsequente que dele depende. Não há retificação desse último; o caso será de repetição, sem mais.

7. Contaminação do ato precedente.

Não repetiu a lei pátria regra como a do art. 159 do Código de Processo Civil italiano, ou do art. 174 do Código Processual Civil e Comercial argentino.

Tanto aquele quanto esse estabelecem, claramente, que a invalidade de um ato não importa na dos atos precedentes.

Com base nessa regra, a doutrina italiana, majoritariamente, inclina-se pelo entendimento de que *gli atti precedenti restano salvi* (Paolo d'Onofrio, ob. e loc. cit., p. 293; Martinetto, ob. e loc. cit., p. 1.618. *Contra*, Francesco Carnelutti, Instituciones del Proceso Civil, I, p. 534, para quem a extensão da nulidade não opera apenas no sentido do tempo, mas, também, apesar desse. A doutrina brasileira parece inclinar-se pelo ensinamento de Carnelutti).

Tem-se assentando que o fato jurídico tem sua própria individualidade, 'seja do ponto de vista naturalístico, enquanto alicerçado em um acontecimento, seja do ponto de vista jurídico, enquanto dotado de uma relevância própria'. Desse modo, a sua perfeição deve ser valorizada considerando-se o momento em que vem a realizar-se o fato, 'ou, mais precisamente, o acontecimento que lhe constitui o núcleo' (Conso, ob. cit., p. 78). O fato sucessivo pode ter ingerência no surtimento dos efeitos, mas em absoluto na validade do ato antecedente. Da nulidade do ato sucessivo pode gerar-se a ineficácia, ou a irrelevância, do ato anterior tão-somente.

Pedro Batista Martins, com base em Mortara, asseverava que 'a nulidade do ato posterior pode repercutir, de modo indireto, sobre os atos processuais anteriores', lembrando a hipótese de impossibilidade de repetição de ato declarado nulo em razão da preclusão (Comentários ao CPC de 1939, III, p. 208). *Data venia*, tendo-se presente a ressalva do ilustre jurista de que se trataria de repercussão 'de modo indireto', o exemplo serve bem para comprovar o acerto da doutrina defendida por Conso. A preclusão acoberta apenas a eficácia da pretensão, decorrendo da

inércia de quem deveria ter agido e não agiu. Destarte, a influência do ato posterior invalidado restringe-se aos efeitos do anterior, mas não o torna deficiente, viciado (e, por conseqüência, eventualmente inválido).

Do mesmo modo resolve-se a hipótese apresentada por Tornaghi – de invalidação do ato de outorga de mandato conferido ao advogado e da repercussão daquela declaração nos atos anteriores, realizados pelo advogado – que, aliás, acertadamente, se situa no plano da eficácia do ato anterior (ob. e loc. cit., p. 239. Tornaghi reputa ‘imprópria’ a expressão subseqüentes, como utilizada pelo texto legal, porém, pois entende que hipóteses existem de atingimento de atos anteriores).

Também desserve, com o devido respeito, o exemplo lembrado por Moniz de Aragão, relativamente à hipótese prevista pelo art. 694, III, do CPC (Comentários ao CPC, III, p. 307); invalidada a arrematação, em razão de o bem alienado já encontrar-se onerado, o ato de penhora não se contamina por essa invalidade, mas pela que lhe é própria.

Em outros termos, em espécies como essa, a invalidade não é derivada, mas originária (no exemplo dado, há que se subentender que o ônus que recaia sobre o bem impedia a sua alienação – e, portanto, anteriormente, a penhora – pois, a não ser assim, a circunstância de o edital não consignar a existência do ônus real possibilita apenas o desfazimento da hasta pública, mas em absoluto resta atingida a penhora).

8. Regra em matéria de invalidade derivada

Em suma, a regra sobre invalidade derivada pode ser assim posta: a invalidade de um ato não contagia os anteriores, nem os subseqüentes que não o tenham por antecedente necessário; mas contamina os atos sucessivos que dele dependam (*id est*, aqueles que não apenas são cronologicamente posteriores, mas que tenham o ato invalidado como indispensável para a sua própria realização).

9. Invalidade parcial

A segunda regra abrigada pelo dispositivo em análise, tal como a anterior, é inspirada no princípio da conservação dos atos jurídicos (cf. Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil*, III, p. 111).

Aqui, no entanto, não se considera o ato em sua série procedimental, mas o ato processual isolado.

Os atos processuais apresentam-se *simples* ou *complexos* (cf., v.g., Paolo d’Onofrio, *ob. e loc. cit.*, p. 292; Moniz de Aragão, *ob. e loc. cit.*, p. 307/308, que, adotando a classificação de Carnelutti – que distinguia dos simples os complexos, subclassificando esses últimos em coletivos e compostos (cf. *Instituciones*, cit., I, p. 434/435) – agrega ainda o ato composto).

Os primeiros não permitem decomposição, justamente em razão de sua simplicidade, singularidade ou unitariedade. Compreendem apenas uma manifestação de vontade ou de ciência; uma conduta só, pois.

Já os atos complexos importam em um feixe de manifestações, cada qual mantendo a sua singularidade (cf. Moniz de Aragão, *ob. e loc. cit.*, p. 307).

Ora, havendo independência, nos mesmos termos em que examinada retro, entre uma parte e outra, não há porque admitir o contágio de vício que eventualmente golpeie uma das partes do ato. Salva-se o que é possível salvar, tal e qual ocorre, no direito material, com as cláusulas de um contrato (cf. Tornaghi, *ob. e loc. cit.*, p. 239).

Se as partes do ato, entretanto, estiverem ligadas por um liame de dependência, vale dizer, se uma das partes se apresenta como

antecedente necessário de outra, a invalidade daquela contamina essa (*rectius*, a causa da invalidade, o vício, o defeito é que contagia).

Se, em uma audiência de instrução e julgamento, ocorre acareação entre um incapaz e um capaz, inválido é o ato de acareação, inequivocamente. Tal vício, porém, não há de contagiar os demais atos que compõem o complexo ato da audiência. *Utile per inutile non vitiatur*.

Em matéria de invalidade parcial, de relevância as considerações feitas por Conso, e acolhidas por Martinetto (ob. e loc. cit., 1626-1628), que distingue o ato que seja apenas aparentemente único – quando, em realidade, se trata de muitos atos formalmente reunidos – do ato que seja único na forma e na substância.

No que se refere à primeira hipótese, é lembrado o exemplo da acareação entre capaz e incapaz. A nulidade das declarações do segundo contagia as do primeiro, porque, em realidade, há dependência entre os atos singulares, encontrando-se os depoimentos incidivelmente ligados entre si. Já o mesmo não ocorre no caso de citação de mais de um réu, quando o vício situa-se unicamente na comunicação a um deles, como ocorreria se o Oficial de Justiça não deixasse a esse a contrafé.

Na segunda hipótese, é lembrada nulidade que incide sobre ‘uma fração do comportamento’, como ocorreria com a simultânea tomada de depoimento de duas testemunhas, a partir de determinado ponto da prestação de declarações de uma delas. A invalidade incidira apenas a partir do momento em que ocorreu o ingresso da testemunha, salvando-se o anteriormente testemunhado pela primeira.

Também a sentença, ato formal e substancialmente uno, acaso viciada em parte, vem a contaminar o todo, como ocorreria com defeito substancial da motivação que contagiaria o dispositivo.

Relativamente ao exemplo da sentença, no entanto, há que se ter cuidado. Esse ato processual pode, por vezes, ser apenas formalmente uno. Isso ocorre, por exemplo, quando resolve quanto a duas relações jurídico-processuais diversas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve oportunidade de, através de sua 5ª Câmara Cível, Relator o Des. Tito Hesketh, em apreciando apelação interposta contra sentença que excluía da lide uma das partes ré e condenara outra, decretar a nulidade do provimento jurisdicional de primeiro grau apenas parcialmente, restando atingida assim, tão-somente, a parte da sentença (considerada formalmente) que resolvera sobre o mérito. Em outros termos, a decretação atingiu o provimento condenatório, e não o meramente declaratório (considerada a sentença em sua substancialidade) (cf., na íntegra, *in* Jurandir Nilsson, Nova Jurisprudência de Processo Civil, X/290-291, n. 3.235; excerto em Alexandre de Paula, O processo Civil à Luz da Jurisprudência, III/16, n. 4.681).

No acórdão, lê-se: ‘A unidade formal da sentença não implica, *per se*, em unidade da prestação jurisdicional, no sentido de se considerarem inseparáveis prestações distintas, decorrentes, como no caso *sub judice*, de relações jurídicas processuais distintas perante o auto’.

10. O fenômeno da redução dos efeitos do ato

O CPC italiano, em seu art. 159, última alínea, *in verbis*: ‘*Se il vizio impedisce un determinato effetto, l’atto può tuttavia produrre gli altri ai quali è idoneo*’. Por sua vez, o CPC português, em seu art. 201, última alínea, consigna: ‘Se o vício de que o acto sofre impedir a produção de determinado efeito, não se têm como necessariamente prejudicados os efeitos para cuja produção o acto se mostre idóneo’.

A doutrina italiana cinde-se no reconhecer, na regra, (a) verdadeira aplicação do princípio da conversão (v.g., d’Onofrio, ob. e loc. cits., p. 292) ou (b) o fenômeno da redução dos efeitos do ato (v.g., Martinetto, ob. e loc. cits., p. 1.624/1.625).

Em Portugal, Anselmo de Castro, que reputa imprópria a primeira solução, também não se resolve pela segunda, por entendê-la ‘bastante duvidosa’ (ob. cit., p. 111/112). Escreve o professor luso: ‘A propósito desta anulação somente parcial, sempre que possível, dos efeitos do acto nulo, costuma a doutrina estabelecer certo paralelo entre esta figura e a conversão ou redução dos negócios jurídicos de direito substantivo, embora sem grande propriedade, uma vez que, para a conversão se realize, é necessário que ela esteja de acordo com a vontade hipotética ou conjuntural das parte, isto é, a conversão só se opera quando seja de admitir que as partes teriam querido o negócio sucedâneo caso se tivessem apercebido da deficiência do negócio principal e não pudessem ter realizado com a observância do requisito infringido. Ora no domínio processual, não se pode dar um tal relevo à vontade das parte, havendo antes que tomar em linha de conta apenas a função do acto e a sua influência na decisão e no exame da causa. Daí que o paralelismo indicado se mostre claudicante.

‘O que se poderá, talvez, prossegue, dizer é que se está em presença de uma redução dos efeitos do acto processual, convindo, embora que a relevância da vontade do agente é bem diversa da que se verifica no domínio da redução dos negócios jurídicos, dado o carácter prevalentemente formal do acto processual. Todavia, ainda esta construção é bastante duvidosa, uma vez que também a figura da redução, tal como a da conversão, faz apelo à vontade hipotética ou conjectural das parte, o que se não compagina com o espírito dos actos processuais, não obstante o correctivo que lhe introduz Micheli’.

A razão parece estar com a segunda corrente – não deslembradas as considerações do mestre português por último nominado –

pois, afora a dúvida sobre a admissibilidade do fenômeno da conversão em sede processual, há que se ter presente que esse ‘se verifica quando um ato imperfeito vem a ser utilizado para efeitos diversos do correspondente ato perfeito’ (Martinetto, ob. e loc. cit., p. 1.628).

Verifica-se, de logo, que, no ponto, está-se, mais propriamente, no campo da eficácia do ato, e não no de sua validade (*idem, ibidem*), motivo por que bem andou o Código em não abrigar, no dispositivo em foco, a regra prevista pela legislações processuais italiana e portuguesa.

De qualquer sorte, o assunto vem à baila porque, indiscutivelmente, embora inexistente regra expressa em nosso direito processual, o fenômeno não lhe é desconhecido.

Com efeito, ao dispor o Código que a citação, ‘ainda que ordenada por Juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição’ (art. 219, segunda), nada mais está a reconhecer do que redução de eficácia do ato de citação, justamente por esse não se encontrar com o esquema normativo. Por ser imperfeito o ato não se lhe reconhece todas as conseqüências (= efeitos); mas, mesmo assim, algumas delas ocorrem. Dado a excepcionalidade, por suposto, o fenômeno apenas ocorre mediante expressa previsão legal.