

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

NULIDADE DO PROCESSO CIVIL POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUMÁRIO

1. O M.P. como órgão interveniente
2. Cominação de nulidade do processo
3. Nulidade por ausência de intervenção
4. Intimação regular e ausência de intervenção
5. Suprimento da ausência de intimação
6. Espécie de nulidade tendo em consideração a natureza do vício
7. Limites à extensão da decretação da nulidade

Art. 246. É nulo o processo quando o M.P. não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver ocorrido sem conhecimento do M.P., o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

1. *O M.P. como órgão interveniente.* Como sabido, o M.P., no processo civil, tem sido visualizado sob uma tríplice função: (a) titular da ação civil pública (art. 81); (b) substituto processual (art. 9º, parágrafo único); e (c) órgão interveniente ou *custos legis* (art. 82)¹.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

Nas primeiras duas, age a instituição como parte, cabendo-lhe, ordinariamente², no processo, os mesmos ônus e poderes que às partes competem (art. 81). Assim sendo, resta manifesto que o dispositivo em exame dirige-se ao M.P. enquanto órgão interveniente, como fiscal da lei ou *custos legis*, conforme denominações usuais.

Prevê o Código as hipóteses em que a intervenção do M.P. faz-se necessária no art. 82, embora do modo não exaustivo, como bem o lembra CELSO AGRÍCOLA BARBI³). Os casos de intervenção elencados por esse dispositivo, modo genérico, são os seguintes: (a) causas em que há interesses de incapazes; (b) causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; (c) em todas as causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Nessas hipóteses todas, em que necessariamente deve desenvolver-se a atividade do M.P.⁴, incumbe à parte o promover a intimação do órgão, pena de nulidade do processo (art. 84). Essa a regra.

2. *Cominação de nulidade do processo.* Dispõe a lei, modo expreso, que há nulidade do processo quando o M.P. (através do agente competente, por suposto) *não for intimado* a acompanhar o feito em que deva intervir. Há, na espécie, pois, *nulidade cominada*, isto é, na lição de PONTES DE MIRANDA, ‘nulidade(s) derivada(s) da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídico-processual, a sanção seria a nulidade’⁵.

(¹) – Cf., v.g., JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, O M.P. e o Processo Civil, p. 3; R.J.T.J.R.G.S., 60/356.

² - Por vezes, expressamente, afasta a lei algum ônus. V.g., o art. 302, parágrafo único, quanto ao ônus de manifestação especializada dos fatos narrados na inicial.

³ - Comentários ao C.P.C., Tomo II, 1/377. Lembra o autor os processos de conflito de competência e os de usucapião de terras particulares (arts. 116, parágrafo único, e 944).

⁴ - O em que consiste a atividade do M.P. encontra-se expressamente previsto pela lei processual, em seu art. 83, onde se visualizam os direitos (art. 83, I) e os poderes (art. 83, II). A distinção é de importância, como se verá, para a solução de acirrada discussão em torno da nulidade por ausência de intimação e/ou por ausência de intervenção.

⁵ - Comentários ao C.P.C., III/324.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

A distinção entre nulidades não cominadas ⁶ e nulidades cominadas, conforme já analisado, importa para o fim de se reconhecer a incidência, ou não, da regra constante do art. 224, a qual consagra o princípio da finalidade do ato processual. Sendo a nulidade da espécie cominada, há – *juris et de jure*, segundo alguns ⁷ - presunção de inatingimento do fim; cominada a nulidade, pois, inaplicável o princípio da finalidade ou instrumentalidade.

3. *Nulidade por ausência de intimação.* A nulidade (do processo), note-se, decorre da ausência de intimação e não da ausência (ou deficiência) de intervenção do M.P.

Parte da doutrina brasileira, presa ainda aos dizeres dos arts. 80, § 2º, e 84, do Código de 1939, tem insistido em não distinguir o distinguível, hoje, face aos precisos termos dos arts. 84 e 246, do vigente diploma processual civil. Lá, tinha-se por ‘obrigatória a intervenção do órgão do M.P.’ (art. 80, § 2º), reputando-se ‘nulos os atos realizados com preterição’ da ‘formalidade’ (art. 84, *caput*); no vigente, não: nesse, a nulidade é consequência da não intimação, da ausência, pois, de oportunidade ao desenvolvimento da atividade própria do M.P. A regra, atualmente, portanto, é algo diversa; e deve ser compreendida em consonância com o previsto pelos arts. 83, I, e 84.

O que a lei reputa essencial – embora objetive a real e efetiva atuação – é que se oportunize ao órgão do M.P. o intervir naquelas causas em que a própria lei reputa necessária a sua intervenção.

Não tendo sido o M.P., na pessoa do agente competente, cientificado do ato realizado ou a realizar-se (‘intimação’), ou não se lhe tendo dado ciência de atos realizados pelas partes (‘vista’), em processo em que a sua intervenção é prevista expressamente, há nulidade, que alcança todo o processado (os limites à extensão da invalidade estão previstos no parágrafo único, do art. 246), ressalvada a hipótese de suprimimento pela presença, como se verá a seguir.

⁶ - ‘Nulidades não cominadas – di-lo PONTES DE MIRANDA – isto é, nulidades que resultam da infração de regras jurídico-processuais, mas para as quais não se disse, explicitamente, que a sanção seria a nulidade’ ob., loc. e p. cits.).

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

Intimação regular e ausência de intervenção. Trava-se discussão na doutrina, que já chegou aos Tribunais, a respeito da ocorrência, ou não, de vício que leve à nulidade quando, intimado regularmente o agente do M.P., permaneça ele inerte.

O caso mais comum, e por isso amiúde lembrado, é o da ausência do promotor público à audiência para a qual tenha sido regularmente intimado⁸. Em tese, no entanto, não nos devemos ater apenas à hipótese, procurando resolver o problema genericamente. Diga-se-o de logo, lembrando o retroanalísado (90.3): a questão se impôs porque, claramente, a nulidade do processo é prevista apenas quando incorrente a cientificação do M.P. Basta a leitura dos arts. 84 e 246 para se evidenciar como correta a assertiva.

A *quaestio*, na doutrina, tem merecido análise, inclinando-se uns pela parificação das hipóteses de ausência de intimação e de ausência de intervenção do órgão do M.P. – nulidade haveria em qualquer caso⁹; outros, entre os quais nos situamos¹⁰, realizando a distinção das hipóteses, diferenciam: há nulidade apenas quando não intimado (e não presente, não atuante) o M.P.; se, intimado (regularmente), não age o órgão do M.P., nada há¹¹.

Ao M.P. compete intervir nos feitos de que cuida o art. 81, do Código. A regra, evidentemente, não se destina apenas à instituição, mas, indiscutivelmente,

⁷ - Cf. v.g. HÉLIO TORNAGHI, Comentários ao C.P.C., II/232; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Manual de Direito Processual Civil, 2º/122; EDSON RIBAS MALACHINI, Das Nulidades no Processo Civil, *in* R.B.D.P., 12/13 (cf., quanto ao ponto, p. 20, conclusão 5ª).

⁸ - Cf., v.g., R.J.T.J.R.G.S., 85/356; 83/440 (aqui, inclusive, com ausência de intimação do M.P.).

⁹ - Cf., v.g., MONIZ DE ARAGÃO, Comentários ao C.P.C., II/298-300; HÉLIO TORNAGHI, *ob. e loc. cit.*, p. 236; EDSON RIBAS MALACHINI, *est. cit.*, *loc. cit.*, p. 23/24; ANTÔNIO EDVING CACCURI, O M.P. e o Art. 82, n. III, do C.P.C., *in* R.T., 480/17 (no que importa, p. 25); também *in* R.T., 497/17.

¹⁰ Equivocam-se ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (Comentários ao C.P.C., Tomo III, VIII/691, n. 615) e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (voto no ven. acórdão publicado *in* R.J.T.J.R.G.S., 85/356) em situar-nos entre os que defendem a legalidade ou a legitimidade de nomeação e promotor *ad hoc*, quando intimado para a audiência o agente do M.P. a ela não compareça. No estudo lembrado por ambos (Comunicação dos Atos no Processo de Usucapião, AJURIS, 15/107), em nota – a de n. 27 – alertávamos apenas para a posição, então aparentemente dominante, ao menos no T.A. RS (v.g., Julgados no T.A.R.G.S., 20/240) – aliás, lisamente, dilo o segundo processualista ter sido a sua própria em época passada – quanto à obrigatoriedade de intervenção do M.P., pena de nulidade, nos processos de usucapião, sendo de se nomear *ad hoc*, na ausência do M.P. intimado. No texto, porém, admitíamos a possibilidade de ausência do órgão do M.P. na audiência, reputando, no caso, necessária a intimação pessoal daquele, quando exarada decisão justificadora da posse (*v. est. cit.*, *loc. cit.*, p. 125, n. 3.4., *in fine*). De qualquer sorte, diante do ocorrido, manifesto que não fomos suficientemente claros, do que nos penitenciaríamos aqui.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

reconhecendo-lhe ‘independência jurídica’, impõe à parte a promoção da intimação, pena de nulidade (arts. 84 e 246). Se nenhuma atividade é desenvolvida pelo agente do M.P. – desde que, sempre que necessário, se lhe tenha oportunizado atuar – o problema desloca-se para fora do processo; é questão resolúvel no âmbito disciplinar da instituição.

Verdadeiro absurdo seria impor às partes prejuízos decorrente de eventual inércia do órgão do M.P., ainda que sejam prejuízos decorrentes apenas da mora.

Se ao M.P. foi ensejado – e nada mais do que isso impõe a lei, insistimos, embora objetive o mais: a intervenção propriamente dita – agir e ele não o fez, qualquer vício há ¹². O M.P., como assevera ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, não é órgão auxiliar do Poder Judiciário ¹³; reconhece-se-lhe independência, autonomia de ação. Destarte, se devendo agir não agiu, qualquer reflexo há se reconhecer *no processo*.

A questão é, a nosso juízo e de outro lado, resolúvel pela análise do art. 83. Enquanto o primeiro inciso *determina* (‘terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo’), o segundo abre-lhe *faculdade* (‘poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências’).

Sob esse prisma, o ponto já mereceu exame da doutrina e jurisprudência italianas, embora deva ressaltar-se que lá, diferentemente do que ocorre com o nosso direito positivo, há regra que, expressamente, reputa insanável o ‘vício’ resultante da ausência de intervenção do M.P. ¹⁴. Na Itália, o problema se coloca, pois, em nível algo diverso: discute-se se há nulidade quando, presente o M.P., não formule seu agente qualquer manifestação conclusiva ¹⁵. A jurisprudência daquele país, com apenas parcial apoio da doutrina ¹⁶, inclina-se por considerar irrelevante a falta de manifestação conclusiva do M.P., porque o escopo pretendido pelo legislador estaria alcançado com a simples presença do órgão,

¹¹ - Cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, ob. e loc. cit., p. 689-691; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Audiência de Instrução e Julgamento, p. 122-123.

¹² - ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, ob. e loc. cit., p. 690.

¹³ - Ibidem, p. 691.

¹⁴ - Dispõe o art. 158, do C.P.C. Italiano, *verbis*: ‘La nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all’intervento del pubblico ministero è insanabile e deve essere rilevata d’ufficio, salva la disposizione dell’art. 161’.

¹⁵ - Cf. GIUSEPPE MARTINETTO, Commentario del Codice di Procedura Civile (sob a direção de ENRICO ALLORIO), I, II, p. 1.612-1.614; PAOLO d’ONOFRIO, Commento al Codice di Procedura Civile, I/292.

¹⁶ - Cf. GIUSEPPE MARTINETTO, ob. e loc. cit., p. 1.613; ENRICO d’ONOFRIO, ob., loc. e p. cit.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

circunstância a lhe possibilitar o exercício dos poderes que lhe são atribuídos pela lei. E vai mais longe, em assertiva reputada justa por d'ONOFRIO: 'Porque não haveria meio de impor ao M.P. uma conduta mais ativa' ¹⁷.

Importando a solução preconizada pela jurisprudência italiana – e tal importação é de ser acolhida – é de se entender que a lei, embora objetivando a real e efetiva atuação do M.P., nos processo que expressamente contempla, sanciona com nulidade apenas a hipótese de ausência de oportunidade a que aquela intervenção se dê (com maior razão, se há intervenção mas essa é deficiente) ¹⁸.

Em resumo, com ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, 'se o M.P. deve intervir e não é intimado, nulo desde aí o processo; se, intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há' ¹⁹.

Suprimento da ausência de intimação. No trato da matéria, há que se distinguir, uma vez que a distinção é legal, conforme não tenha havido intimação mas tenha ocorrido a intervenção (do M.P., nos processo em que deva intervir), ou não tenha acontecido nem essa nem aquela.

A doutrina, com certa dose de razão, considerando o lado prático das coisas e dos fatos, tem-se maiormente preocupado com a segunda hipótese. Para bem situarmo-nos, porém, reputamos de valia ter presente a diferença de situações. Não intimado e, por conseqüência, não intevindo o M.P. em processo em que deveria tê-lo feito, o processo é nulo, nulidade que há de ser decretada a partir do momento em que deveria ter sido intimado. Se, porém, ainda que não intimado, tenha o M.P. intervindo – a hipótese,

¹⁷ - Ob., loc. e p. cits.

¹⁸ - A questão da presença meramente formal – e, lamentavelmente, algumas vezes fictícia – do agente do M.P. não tem sido enfrentada com freqüência. A solução, a nosso juízo, outra não deve ser, com maior razão e em princípio, senão a que se dá à não intervenção, presente a intimação. Eventual incúria do órgão do M.P. poderá merecer a censurado órgão disciplinar a que está subordinado, sem que qualquer irregularidade se reconheça a nível do processo – o que é outro, e bem outro, problema. Na jurisprudência pátria, colhe-se: 'Promotor que não participa dos debates. Estando o órgão do M.P. presente à audiência, o simples fato de não oferecer razões orais não é motivo de nulidade do processo' (R.J.T.J.R.G.S., 83/509). Como o leciona CALMON DE PASSOS: 'Não se deve, pois, confundir participação obrigatória, que existe, com atuação obrigatória, que inexistente' (Intervenção do M.P. nas Causas a que se refere o art. 82, III, do C.P.C., Separata da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, n. 12, São Paulo).

¹⁹ - Ob. e loc. cits., p. 691.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

também aqui, mais comum, embora não a única, é de ausência de intimação para a audiência, mas presença do órgão nessa – dir-se-á que nulidade não há a decretar. Por quê?

Por atingida a finalidade? Evidentemente que não, uma vez que, em se tratando de nulidade cominada, afastada está a regra do art. 244, inincidindo, portanto, o princípio da finalidade.

Por inocorrência de prejuízo? Também não, porque, como veremos a bom tempo, a espécie é de nulidade absoluta, ininvocável a norma subsumida no art. 249, § 1º. Porque, simplesmente, nada há a sanar.

Os princípios lembrados são próprios para a indireta sanação dos vícios dos atos, supondo-se, destarte, a existência de atos deficitários. Ora, ausência de intimação é o não-ato; e o não-ato não pode estar viciado porque *não é*, não existe. O vício é sempre, por suposto, de algo existente. Não pode haver vício do que juridicamente inexistir (no caso, mais do que juridicamente, faticamente). Nulidades, se decorrentes de vícios sanáveis, sanam-se (em realidade, não se sanam nulidades; sanam-se os vícios); à existência não se sana, supre-se.

‘Suprir’, como temo-lo dito, no sentido em que é utilizado, significa ‘preencher a falta de’²⁰. Não se cuida sequer de suplementar, que outra significação não tem. Suplementar é adicionar, acrescer. Suplementa-se idade para casamento; supre-se o consentimento do responsável que falta ou que o nega indevidamente²¹.

De igual modo, como em geral, quando se está a cuidar de inexistência do ato (v.g., art. 214, § 1º), admite-se o suprimento, que se dá com um comportamento ativo e espontâneo. A ausência de intimação do M.P., pois, supre-se como se supre a ausência de qualquer intimação²²; pela ação espontânea, pelo desenvolvimento da atividade devida, pelo exercício.

²⁰ - AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Novo Dicionário Aurélio, verbete *suprir*.

²¹ - Cf. PONTES DE MIRANDA, Tratado das Ações, III/29-30.

²² - Embora não contenha o Código, quanto às intimações, regra do teor da abrigada pelo art. 214, § 1º, que se refere a ausência de citação, dúvida alguma há que idêntica solução há de se dar no caso de falta de intimação. Cf., v.g., HÉLIO TORNAGHI, ob. e loc. cit., p. 238 (inadvertidamente, o ilustre autor refere-se ao art. 213, quando deveria tê-lo feito ao art. 214); MONIZ DE ARAGÃO, ob. e loc. cit., p. 305.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

Em matéria de invalidade por ausência de intimação e intervenção do M.P., há que se não olvidar que a nulidade não é de algum ato específico, mas do processo. Não se trata, na espécie, de deficiência de intimação, que essa há de se resolver como se resolvem os vícios dos atos em geral.

Mestre GALENO LACERDA divisou o problema, mas, ainda assim, inclinou-se por resolvê-lo, em caso de nulidade ou falta de citação, indistintamente, à luz do princípio do prejuízo²³. Se podemos concordar, no que se refere à hipótese de nulidade (relativa ou anulabilidade, bem entendido, porque assim o faz GALENO LACERDA), no que diz com a inexistência, a falta, não nos podemos alinhar. Falta não se sana, supre-se.

Para finalizar o item, fixe-se: há nulidade do processo em que deva intervir o M.P. quando tenha faltado a intimação e a intervenção. Se aquela se deu, regularmente, e essa não, nada há; se a intervenção operou-se, apesar da inexistência da intimação, supriu-se a ausência do ato científico, e nada há. Fora dessas conclusões, com o devido respeito, está-se fora do sistema legal positivo.

6. *Espécie de nulidade tendo em consideração a natureza do vício.* Vimo-lo retro (90.2) que tendo em vista o critério da existência, ou não, de previsão explícita da sanção, classifica-se a nulidade por ausência de intimação (e conseqüente não intervenção; dá-se por suposto a partir de agora) do M.P., nos processos em que deva intervir, como *cominada*, frente ao disposto nos arts. 84 e 246. E no que se refere ao critério, utilizado por GALENO LACERDA²⁴, que tem presente a natureza do vício?

Recordemo-lo: para o insigne mestre, lembrando CARNELUTTI²⁵, os vícios processuais distinguem-se, em um primeiro momento, em *essenciais* e *não essenciais*. Apenas aqueles interessam à teoria restrita da invalidade²⁶, uma vez que os vícios não essenciais não trazem como conseqüência a nulidade, relativa ou absoluta, ou a anulabilidade; tornam os atos irregulares, tão-só. Em um segundo momento, considerando-

²³ - Despacho saneador, p. 131.

²⁴ - Ob. cit., p. 71 e seguintes.

²⁵ - Cf., v.g., Sistema de Derecho Procesal, II/561, n. 549.

²⁶ - Ousamos denominar 'Teoria restritiva da invalidade' aquela que, não confundidos os planos da existência, validade e eficácia dos atos em geral, deixa de considerar como problema seu o da existência, pois, quanto a essa, não se há de falar em vício, que supõe o existente, de um lado; de outro, também não absorve a questão

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

se os vícios essenciais, há que se distinguir os *sanáveis* dos *insanáveis*, ‘constituídos’ esses pelas nulidades absolutas e aqueles pelas *nulidades relativas* e pelas *anulabilidades*²⁷. A distinção das espécies tem em vista a ‘natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico’²⁸. Prevalendo fins ditados pelo interesse público, o afastamento do modelo legal ‘provoca a nulidade absoluta’; ao contrário, prevalecendo fins ditados pelo interesse particular, ocorrem a nulidade relativa, quando cogente a norma, ou a anulabilidade, quando de caráter dispositivo a regra legal²⁹.

A sanabilidade do vício, pois, está jungida ao fenômeno da nulidade relativa ou da anulabilidade; a insanabilidade, ao contrário, ao da nulidade absoluta. À base da classificação – e isso é de extrema importância – a *prevalência* de tutela de interesses públicos ou de interesses particulares. No que se refere às normas que tutelam, em caráter preferencial, interesses privados, há que se verificar a sua natureza, insistimos: se cogentes, a violação leva à nulidade relativa; se dispositiva, o desrespeito conduz à anulabilidade, eventualmente. A concepção é primorosa, não é demasiado afirmá-lo.

Pois tendo em vista essa classificação, de razoável aceitação na doutrina pátria, como qualificar a nulidade prevista pelo art. 246? A doutrina brasileira, majoritariamente, dúvida não tem em concluir que se trata a ausência de intimação e

dos atos irregulares, pois a irregularidade não afeta a validade do ato. Em poucas palavras, uma teoria que se preocupe, fundamentalmente, com os *vícios essenciais*.

²⁷ - GALENO LACERDA, ob. cit., p. 71. Afastamo-nos da lição apenas neste aspecto: não entendemos que os vícios sejam as invalidades, mas que essas decorram daquelas, relativas e anulabilidades’ (ob. cit., p. 124), mas aqueles têm, ou podem ter, como consequência a decretação de qualquer das espécies de invalidade. CARNELUTTI, já dissera, no Sistema, ‘que vicio y nulidad son el mismo fenómeno visto bajo diversos aspectos’, embora não deixasse de concluir que, ainda assim, ‘los dos conceptos se dividen’ (Sistema de Derecho Procesal Civil, II/561, n. 549). No fundo, parece-nos, encontra-se a cisão a respeito da natureza da manifestação judicial a respeito do vício do ato: *declaratória*, para uns (v.g., JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, II/311, que reputava declaratório o pronunciamento no que se refere às nulidades e constitutivo no que diz com as anulabilidades. HÉLIO TORNAGHI, ob. e loc. cit., p. 230, na mesma linha de entendimento), para outros é, sempre, *constitutiva* (v.g., PONTES DE MIRANDA, Tratado das Ações, IV/35; CALMON DE PASSOS, A Nulidade no Processo Civil, p. 102 e seguintes). Entre aqueles e esses, situamo-nos entre os últimos: o juiz conhecendo do vício, decreta (resolução constitutiva) a nulidade (relativa ou absoluta) ou a anulabilidade ‘(...) a nulidade não existe antes de sua pronúnciação pelo juiz. Esquecer isso é fazer tormentoso um dos mais relevantes problemas do direito processual. A nulidade não é a pronúnciação do juiz, exato, mas constitui-se com ela, nasce com ela, somente existe depois dela’ (CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 104).

²⁸ - Idem, ibidem, p. 72.

²⁹ - Idem, ibidem, p. 72-73.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

intervenção do M.P. no processo em que deva intervir de vício (do processo, entenda-se!) essencial insanável, portanto, gerador de nulidade absoluta³⁰.

A conclusão é de importância, vez que implica em não se reconhecer incidente o princípio do prejuízo, conforme consagrado pelo art. 249, §§ 1º e 2º³¹. Não dissentimos da doutrina dominante, no que se refere no aspecto, quando, à base da exigência da intervenção do M.P., encontra-se a tutela de interesses públicos, de modo prevalente, sejam esses evidenciados pela natureza da lide (art. 82, II e III), sejam pela qualidade da parte (art. 82, III).

Ousamos dissentir, com todo o respeito e a devida cautela, porém, quando se trata de intervenção em causas em que há interesses de incapazes. *Data venia*, a doutrina, embora eventualmente acolhendo as lições de GALENO LACERDA, não recorda, ordinariamente³², a distinção que está à base da classificação das nulidades oferecidas pelo mestre gaúcho.

Naquelas causas em que a intervenção do M.P. dá-se, única e exclusivamente, porque há interesses de incapazes (se, *cumulativamente*, outra causa há para a intervenção, por evidente, a solução deve ser idêntica à comum), tal exigência tem em vista, *ex vi legis*, os interesses *particulares* dos incapazes, ao menos prevalentemente. Em outros termos, a regra que exige a intervenção do M.P. quando há interesses de incapazes – cogente, sem dúvida – visa tutelar, preferencialmente, interesses da parte. Aí está, com a devida vênica, a distinção que se há de fazer. A circunstância de a regra de exigibilidade encontrar-se no corpo do mesmo artigo de lei (art. 82) é secundária.

Conseqüência de tal posicionamento é a de que, em se cuidando de ausência de intimação e intervenção do M.P. em causas em que há interesses de incapazes, a nulidade é *relativa*, invocável, destarte, o princípio do prejuízo, na forma como consagrado pelo art. 249, §§ 1º e 2º.

³⁰ - Cf., v.g., HÉLIO TORNAGHI, ob. e loc. cit., p. 235; MONIZ DE ARAGÃO, ob. e loc. cit., p. 298; ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil, I/278.

³¹ - Já era essa a lição de GALENO LACERDA, sob a égide do Código de 1939. Cf., ob. cit., p. 131.

³² - Ressalve-se MONIZ DE ARAGÃO, que lembrou a distinção, acata a lição do mestre gaúcho, de um modo geral, mas, no aspecto, conscientemente, afastou-se da orientação de GALENO LACERDA (ob. e loc. cit., p. 295).

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

Correta e coerentemente outra não é a posição de GALENO LACERDA, que escreve: ‘os atos processuais não serão anulados se não tiver havido prejuízo, respectivamente, para o réu (se vencedor), para os litisconsortes *ou para a parte que deveria ter sido assistida pelo representante do M.P.*’³³.

De igual modo a jurisprudência que, com freqüência, tem aplicado o dispositivo em hipóteses em que o incapaz é vencedor na ação, ou seja, nos casos em que o mérito da causa é resolvido ‘a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade’³⁴. É verdade, diga-se-o, nem sempre as decisões primam pela clareza de posicionamento quanto à matéria; bem pelo contrário, as há que, no caso concreto; ignoram a classificação lembrada pela doutrina, embora, indubitavelmente, estejam de acordo com o sistema das nulidades conforme adotado pelo direito positivo brasileiro (segundo entendemos).

Por essas considerações, fundamental a inferência de que nulidade cominada não se confunde com nulidade absoluta, assim como nulidade não cominada com nulidade relativa, ou anulabilidade³⁵. Nulidades relativas existem que são cominadas, bem o sabemos. É o caso dos defeitos que afetam citações e intimações: vícios que importam (*rectius*, podem importar) em nulidade relativa, cuja sanção está expressamente prevista em lei (art. 247): nulidade cominada e relativa, portanto. Outro caso, a nosso juízo, é a hipótese que vem de ser examinada.

Subjaz a essas considerações e conclusões – permitam-nos, porque algo fora do tema – uma constatação que se deve realizar: a de que o M.P., quando intervém em causas em que há interesses de incapazes, fá-lo em função algo diversa da que ocorre quando atua em causas em que estão em jogo interesses de ordem pública, quer evidenciada pela natureza da lide, quer evidenciada pela qualidade da parte. Menos do que *custos legis* atua o M.P., em casos que tais, como ‘órgão protetivo’ – ou, como o denominou o Des.

³³ - Ob. cit., p. 131.

³⁴ - Cf., e.g., R.J.T.J.R.G.S., 53/302; 68/365; 72/517; 77/415; 79/468; JULGADOS DO T.A.R.G.S., 16/256; 22/243; R.T., 495/233. Também, com proveito, vejam-se acórdãos recolhidos por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em O Novo C.P.C. nos Tribunais do RS e SC, I/208-221; igualmente, ALEXANDRE DE PAULA, C.P.C. Anotado, I/549-550. Ementa de acórdão proferido pela 2ª Turma do S.T.F., Rel. Min. THOMPSON FLORES, dá bem a idéia: ‘Omitida a intervenção do M.P., a instância recursal só decretará a nulidade se o julgamento se vier a fazer em desfavor do incapaz, cabendo, por isso, invertendo a ordem processual do julgamento, apreciar o merecimento do recurso’ (R.T., 485/231).

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

MÍLTON DOS SANTOS MARTINS, ‘pró-representante’ – dos *legítimos* interesses dos incapazes³⁶.

A distinção, convimos que eventualmente sutil, mas de suma importância, é-nos fornecida por mestre ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, não havendo como furtar-nos à transcrição de excerto de sua obra ‘Audiência de Instrução e Julgamento’, cujo valor ainda está, pensamos, por ser devidamente reconhecido: ‘Naquelas hipóteses em que o M.P. intervém para tutelar interesses impessoais e de ordem pública, a não intimação de seu agente acarreta, realmente, a nulidade do processado, qualquer que seja o teor da sentença proferida.

‘Mas se o M.P. intervém no processo menos como *custos legis* do que para o resguardo dos interesses – *se legítimos* – de determinadas pessoas consideradas pelo legislador especialmente merecedoras de tutela, então a nulidade não deve ser decretada se a sentença concedeu integral ganho de causa a tais pessoas (incapazes, pessoas de direito público)’³⁷.

Tal e qual o processualista nominado por último (que, aliás, o lembra), pronuncia-se CELSO AGRÍCOLA BARBI: ‘(...) se o M.P. não foi intimado para a causa em que há interesse de incapaz, deve o juiz deixar de declarar a nulidade, no caso de poder decidir, no mérito, a favor daquele’³⁸.

Já ARRUDA ALVIM, que realiza distinção entre as nulidades absolutas³⁹, e que tem por absoluta a nulidade decorrente da ausência do M.P. em processo em que deveria ter intervindo, assevera: ‘Nestas (entenda-se: nas hipóteses de nulidades

³⁵ - Cf. EDSON RIBAS MALACHINI, est. e ver. Cits., 12/22 e 31, 8ª conclusão. *Contra*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, Manual de Direito Processual Civil, 2/119.

³⁶ - A locução ‘órgão protetivo’ buscamos-la em PONTES DE MIRANDA, que a utiliza para o curador à lide (Comentários ao C.P.C., I/292). ‘Pró-representante’ foi utilizada pelo eminente Des. MÍLTON DOS SANTOS MARTINS em acórdão de que foi Relator, publicado, em ementa, na R.J.T.J.R.G.S., 75/468.

³⁷ - Audiência de instrução e Julgamento, p. 124.

³⁸ - Ob. e loc. cit., 384 (Tomo II).

³⁹ - A concepção apresentada por ARRUDA ALVIM é totalmente diversa da acolhida e desenvolvida no texto. Escreve o mestre de São Paulo: ‘A regra primordial relativa às nulidades absolutas é a seguinte: a) as nulidades ligadas à atividade jurisdicional, como a ausência de legitimação processual, os casos em que falta autorização do marido à mulher, ou a outorga dela ao marido, na incompetência absoluta, etc., ou seja, naquilo que respeita a atividade jurisdicional, em si mesma, são absoluta e irremissivelmente insanáveis; b) já as nulidades absolutas, e, portanto, também cominadas, deverão ser decretadas, como exemplificativaemnte, a

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

absolutas e cominadas, decorrentes de casos de ausência do M.P., que, a seu ver, ‘devem sempre ser decretadas’, todavia, como dizem respeito ao direito de uma das partes, segue-se que, se a parte não foi prejudicada, *ipso facto*, ligando-se o problema à idéia de efetivo prejuízo – conceito esse compreendido no sistema – segue-se que a nulidade não deverá ser decretada. Já, se se tratar de uma anulação de casamento, como o bem jurídico – vínculo matrimonial – não é só ligado a uma parte, mas é, em si mesmo, um bem indisponível, se não tiver estado presente o M.P., dever-se-á dar pela nulidade. Tanto no caso da atividade jurisdicional⁴⁰ como neste exemplo afloram indiscutíveis facetas da mesma realidade indisponibilidade do bem – além, o jurisdicional; aqui, o material. *Se, porém, se disputou algum direito relativo a menor e este venceu, não haverá razão para a decretação de nulidade, diante da inexistência do prejuízo.* Este raciocínio encontra apoio expresso no art. 249, §§ 1º e 2º, do Código vigente⁴¹.

Mais adiante, na mesma obra, volta a afirmar o processualista de São Paulo a sua posição: ‘O legislador, ao lado de prescrever, sem quaisquer distinções, a intervenção do M.P., faz determinação de sanção expressa (nulidade do feito), no caso de sua desobediência. Mais exata, entretanto, se nos afigura a posição que entende que, conquanto não tenha havido a intervenção do M.P., em causas onde houvesse de intervir, não se deve decretar a nulidade do feito se a causa for decidida em favor daquele a quem a intervenção provavelmente beneficiaria. Tal posição no sistema do Código antigo encontrava apoio no art. 273, I; atualmente, no art. 249, § 2º. Ao reverso, e afinando-se com a jurisprudência dominante, será nula a causa em que somente venha a ocorrer a intervenção do M.P. em segundo grau, desde que a decisão tenha sido, por exemplo, contra o menor’⁴².

As lições lembradas, e conscientemente reproduzidas tal e qual proferidas, menos do que para servir de reforço a argumentos aqui despendidos – uma vez

ausência do M.P. em processo em que deveria ter estado presente e isto incoerreu (...) – *in ob. cit.*, I/270. O excerto constante do texto segue imediatamente após ao ora transcrito.

⁴⁰ - Cf. a nota imediatamente antecedente.

⁴¹ - *Ob. e loc. cit.*, p. 270/271.

⁴² - *Ibidem*, p. 313.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

que há, devemos reconhecê-lo, discordância em pontos fundamentais⁴³ - servem para demonstrar o esforço doutrinário que se vem fazendo para sustentar, a nível teórico, o reiterado pronunciamento dos Tribunais, ao qual se tem, no mínimo, por justo (embora, eventualmente, por inadequado, aqui e ali, frente ao direito positivo).

Pessoalmente, inclinamo-nos por entender que o vício (do processo) é sanável, *pela simples ausência de prejuízo*, incidindo, assim, o regrado pelo art. 249, § 2º (que é mera particularização do § 1º), na hipótese prevista pelo art. 82, I, ou seja, em processo em que a intervenção do M.P. deve ocorrer em razão de interesses de incapaz, desde que a atuação do órgão daquele seja necessária apenas por essa razão. Se a intervenção dá-se no interesse de incapaz e – também – por motivo de interesse público, a questão há de se resolver pela incidência do art. 82, II e/ou III, c/c. os arts. 84 e 246. Em outras palavras em casos como esses últimos, o vício é insanável (a regra tutela, prevalentemente, interesses de ordem pública) e a consequência é a nulidade absoluta, que afasta, por definição, a aplicação do art. 249, §§ 1º e 2º⁴⁴.

Há que insistirmos: a intervenção do M.P., na hipótese de processo em que há interesses de incapazes, ocorre em razão de parte (estado da parte). É hipótese diversa das previstas no art. 82, II e III. Lá, o M.P., sem se despir da função de *custos legis*, que lhe é ínsita, atua na vigilância dos interesses do incapaz, mas não de qualquer interesse, senão que, como muito bem o disse ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ‘para o resguardo dos interesses, *se legítimos*⁴⁵. É, pois, no caso, órgão protetivo dos interesses legítimos do incapaz.

A consideração de que se não despe o M.P. de sua função de fiscal da lei é de relevo, pois afasta a crítica de que não seria a instituição órgão de proteção dos interesses dos incapazes tanto que pode opinar contrariamente a tais interesses. A última

⁴³ - Apenas para exemplificar: se a nulidade é absoluta, não há como invocar o princípio do prejuízo, que, naquela espécie, presume-se ocorrente o prejuízo). De outro lado, parece-nos que a lei, ao assentar-se sobre a existência ou inexistência do interesse público, é mais abrangente do que distinção que permaneça na disponibilidade ou indisponibilidade do bem (jurisdicional ou material).

⁴⁴ - V. g., GALENO LACERDA, ob. cit., p. 131. Igualmente, EDSON RIBAS MALACHINI, est. e ver. cits., 12/21-22, conclusão 7ª. Mais incisivo, HÉLIO TORNAGHI, ob e loc. cits., p. 241, que entende inaplicável o princípio (da ausência) do prejuízo quando se trata de nulidade absoluta ou relativa, indistintamente.

⁴⁵ - Audiência..., p. 124.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

constatação é indiscutivelmente verdadeira⁴⁶. Mas o é justamente porque a sua intervenção visa proteger dos interesses do incapaz apenas os legítimos. Assim, se a sentença, em os reconhecendo legítimos, de modo integral, faz justamente aquilo que, por ofício, seria o objeto do agir do M.P., prejuízo algum existiu, gravame algum se dá em decorrência da ausência do órgão daquele.

Também não se critique a posição perfilhada nesta obra com a lembrança de que o sistema, ao exigir a intervenção do M.P. em causas em que há interesses de incapazes, em última análise está a evidenciar um interesse público: justamente o de que tal intervenção ocorra. Sem entrarmos em maiores discussões a respeito da natureza do interesse público – de regra, sem caráter de pessoalidade – há que se ter sempre presente que à base da distinção, na linha do ensinamento de GALENO LACERDA, encontra-se a prevalência de tutela desse ou daquele interesse. A classificação adotada não afasta a possibilidade de coexistência de interesse público e interesse particular; ao contrário, supõe-na. O mestre gaúcho, constantemente, fala em ‘prevalência de interesses’⁴⁷, pois, não raro, ressalta a presença tanto do interesse público quanto do interesse particular (a tutela dos direitos, quaisquer sejam eles, *ultima ratio*, é de interesse público). Ora, na hipótese em foco – processo em que há interesses de incapazes – o sistema dispõe que a intervenção deve dar-se haja ou não interesse público. Mas, em casos em que há interesse público, incide o disposto no art. 82, II e III, tendo-se por absolutamente nulo (e, *ipso jure*, inaplicável o princípio do prejuízo) o processo em que não tenha havido intervenção do M.P. (haja ou não interesses de incapazes). Daí as considerações e conclusão a que chegamos – possibilidade de incidência do princípio do prejuízo – referirem-se apenas àquelas hipóteses em que a intervenção deveria ter ocorrido exclusivamente por haver interesse de incapaz; vale dizer, e aqui nos aproximamos de ARRUDA ALVIM, quando no processo se esteja a cuidar, com exclusividade, de interesse disponível de que é titular o menor.

⁴⁶ - Cf. ARRUDA ALVIM, ob. cit., I/314.

⁴⁷ - Observe-se, e.g., na já citada obra, à p. 72: ‘Se nela (na norma) *prevalecerem* fins ditados pelo interesse público (...)’. Mais adiante: ‘Quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, *de preferência*, o interesse da parte (...)’. E, clara e resumidamente, à p. 124.

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

A título de resumo, uma vez que já vamos longe: a ausência de intimação e intervenção do M.P. em processo em que deva intervir é vício (do processo) que importa em nulidade (nunca em anulabilidade). Na hipótese de violação ao determinado pelo art. 82, I, a nulidade é relativa, factibilizando-se a aplicação do art. 249, §§ 1º e 2º, do Código; nas hipóteses de violação a regras onde tutelados estejam, prevalentemente, interesses públicos, a nulidade é absoluta, inviabilizando-se a invocação do princípio do prejuízo, tal e qual consagrado pelos dispositivos do artigo retro imediatamente lembrado.

Observamos, naquela primeira hipótese, a tutela prevalente de interesses da parte incapaz, razão por que, sendo a regra tuteladora de natureza cogente, sua violação *poderá levar* à decretação de nulidade, o que importa em reconhecer a essa como relativa.

Fora dessa hipótese, e eventualmente de outras em que a lei vise tutelar preferencialmente o interesse privado da parte, não vemos como, a fazer-se ciência do processo, entender-se aplicável o princípio do prejuízo, desde que, por essência, vício insanável, que leva à nulidade absoluta, não comporta invocação daquele princípio.

Parece-nos, e o dizemos com humildade e o devido respeito, que os demais casos lembrados de incidência do art. 249, § 2º, quando de ausência de intimação e intervenção do M.P., têm sido enfocados de modo equivocado.

Em ação de cobrança que move uma entidade de direito público, ou contra a qual se move, menos do que se resolver a questão da ausência do M.P. com a invocação do princípio do prejuízo, haver-se-ia que resolver pela inexistência de interesse público.

A ‘qualidade da parte’ e a ‘natureza da lide’ (art. 82, III) revelam-se apenas como modos de evidenciação daquele interesse. Não são os modos que qualificam o interesse como público, mas esse é que pode transparecer por um daqueles modos.

Ora, não é a ‘qualidade da parte’ nem a ‘natureza da lide’, simplesmente, isoladamente, que levam à intervenção do M.P. É o interesse público evidenciável por aqueles modos é que o faz. Assim, com razão, aquela parte da doutrina que se inclina pelo

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196–213, mar., 1982.

entendimento de que não é a simples natureza pública do ente que impõe presença do M.P.⁴⁸.

Limites à extensão da decretação da nulidade. O parágrafo único, em dispositivo que se alinha com aqueles que buscam salvar o trabalho despendido, abranda, o âmbito de incidência da norma contida no *caput*. A nulidade é do processo, mas não de todo o processado: o juiz decretará a nulidade ‘a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado’.

Destarte, se o órgão do M.P. havia que ter sido intimado (mais propriamente, 'vistas') após a resposta, ou réplica (art. 83, I) – antes, portanto, da decisão saneadora – e não o foi, o caso é de nulidade, tenha ou não o juiz lançado a decisão que deu por saneado o feito (até porque ‘saneado’, isto é, isento de máculas não o é).

Em outro exemplo, se inicialmente não obrigatória a intervenção do M.P. – ação ordinária de cobrança entre capazes – por qualquer motivo – incapaz o sucessor da parte que veio a falecer pendente a lide – vier a ser necessária a sua participação, e essa não ocorrer, há de ser decretada a nulidade a partir do momento em que deveria ter sido cientificado e não o foi, para ficarmos com a hipótese fática lembrada, a partir do momento em que o sucessor incapaz passou a integrar o processo⁴⁹.

O processo, pois, não é nulo integralmente, mas apenas parcialmente. A dimensão apresentada pela regra inserida no *caput* resta perfeitamente delimitada pelo único parágrafo: a invalidade espraia-se para o passado até chegar ao momento em que a intervenção deveria ter sido oportunizada e não o foi. *Utile per inutile non vitiatur*.

⁴⁸ - V.g., JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual...*, 1/290; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *ob. e loc. cit.*, II/378; ANTÔNIO EDVING CACCURI, *est. cit.*, *ver. cit. Contra*, HÉLIO TORNAGHI, *ob. e loc. cit.*, p. 283. Na jurisprudência, a divergência é grande: v., no sentido do texto, R.P., 5/368; 16/236. 16/277(122); 16/277(123); R.J.T.J.R.G.S., 74/424; *contra*, R.P., 16/277(121); R.J.T.J.R.G.S., 72/738; 73/364; 73/606: Consulte-se, ainda, com proveito, ATHOS GUSMÃO CAARNEIRO, *o Novo C.*

⁴⁹ - ATHOS GUSMÃO CARNEIRO utiliza-se de exemplo inverso, para, rebatendo assertiva de José Fernando da Silva Lopes (*O M.P. e o Processo Civil*, p. 35, nota 48), demonstrar que a tutela legal é dos interesses legítimos do incapaz. Escreve o mestre, *verbis*: ‘Mas, se o interesse que move o M.P. é, prevalentemente, o interesse na ‘correta atuação da lei’, por que se deve afastar do processo o agente do M.P. se a parte atinge a maioria? O interesse em que a lei atue corretamente é sempre o mesmo, haja ou não algum menor entre os litigantes. Tutelam-se, realmente, os interesses do incapaz, *se legítimos*, e assim a lei o determina pelo temor de desídia por parte dos respectivos representantes legais (Audiência de Instrução e Julgamento, p. 123).

Artigo publicado em:

Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 24, p. 196-213, mar., 1982.