THEORIA

DO

PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

(*Continuação*)

CAPITULO III

DAS FORMAS GERAES DO PROCESSO

SECÇÃO I

DO DIREITO FORMULARIO. SUA IMPORTANCIA E CARACTERISTICOS SEGUNDO A TENDENCIA DO DIREITO MODERNO

§ 51

Definição

Direito formulario se define *o systema das formulas segundo as quaes se processam as causas em juizo* (1).

(1) O estudo das formulas judiciaes deve ser feito sob duplo aspecto:—o *theorico* e o *pratico*. Pelo primeiro, adquirimos o conhecimento do *direito formulario;* pelo segundo, o da *jurisprudencia eurematica* ou *formularia*. Aquelle nos dá noticia das leis, principios juridicos e estylos constructores da parte do direito que no § 8.º denominámos *pathologia juridica*, completada pela *therapeutica juridica*. A outra, que se denominará *pharmacologia forense*, nos ensina o modo de manipular e usar os remedios contra as violações das relações de direito. O *direito formulario theorico* nos mostra, assentado o diagnostico da lesão juridica, qual o remedio (*actio*) a em-

§ 52

Indeclinabilidade da forma

Inconcebivel é a idéa de *processo* sem a de uma *forma* qualquer pela qual aquelle tenha um modo visivel de existir. Pode haver uma justiça abstracta, disse Bentham, mas a justiça a distribuir pelo processo judicial – *suum cuique tribuere* — é sensivelmente concreta (1).

Assim como os actos de declaração da vontade só teem existencia juridica effectiva depois que, por meio de sua expressão sensivel ou externa, se fazem reconhecer no mundo dos phenomenos economico-juridicos, assim tambem só por meio da forma póde existir o processo (2).

---

pregar; a *eurematica formularia* nos habilita a compôr e applicar o remedio indicado. *Theoria forense—pratica forense:* eis a denominação synthetica de cada qual d'aquelles aspectos.

Nesta cadeira se estuda a forma em sua feição legal abstracta; na de pratica forense, iremos aos cartorios, ás audiencias, ás vistorias, em uma palavra—aos autos. Exemplificando: aqui veremos o que é citação, seus caracteres e seus effeitos, ali, quaes os modos porque se fazem as citações; aqui, o que são arbitradores, natureza juridica de suas funcções e sua competencia, ali, faremos a respectiva louvação e lavraremos pareceres ou laudos; aqui, analysaremos os caracteres fundamentaes da sentença, ali, simulando qualquer hypothese, redigiremos uma sentença. Em uma palavra:—a forma em abstracto e a forma em concreto, ou como talvez dissesse Ihering, *a intuição* e a *arte forense:* eis a theoria e a pratica judiciaria.

(1) *On peut aisément concevoir*, assim se exprime o famoso jurisconsulto, *une justice* ABSTRAITE, *celle qui paraîtrait telle aux yeux d'un juge infaillible, instruit de toutes les circonstances de la cause; mais distinguer cette justice abstraite de la justice légale, c'est une prétention vaine et dangereuse qui livrerait le juge aux fantômes de son imagination; et lui ferait perdre de vue son veritable guide, qui n'est autre que la loi.*—*Oeuvres*, ed. Dumont, 2.º Vol. pag. 242, 1.ª col.

(2) Ihering, *Espr. du D. R.*, III, 165. Estupendamente concisas são, a este proposito, as expressões do illustre professor. *A forma é o proprio conteúdo do acto debaixo do ponto de vista de sua visibilidade. A forma suppõe sempre o conteúdo: não ha conteúdo sem forma, nem forma sem conteúdo. A apparencia do contrario prende-se á* MUDANÇA *da forma. Assim tambem com a vontade juridica, cuja existencia somente podemos admittir quando nos fôr possivel reconhecel-a mediante a sua manifestação externa. Neste sentido, portanto, não ha acto de vontade sem forma: uma vontade sem forma é como a faca de Lichtenberg, que não tem folha nem cabo.*

E' lei de todo e qualquer sentimento ou producto da actividade affectiva, social ou esthetica do homem, como, a proposito da predilecção dos romanos pelo elemento externo do direito ou materialismo juridico, nol-o demonstra Ihering, nas scintillantes paginas do § 48 do seu *Espirito do Direito Romano*—que, evolutivamente, a *materialidade* precedeu á *espiritualidade*, o *sensivel* ao *ideal*, ao *abstracto* o *concreto* (3): em religião, o culto cerimonioso antecipou o dogma, em direito, foi o symbolo o predecessor do *jus scriptum*, na linguistica, o *mutum et turpe pecus*, da satyra III de Horacio, representa para Leibnitz, Locke, Condillac, Rousseau, Turgot e outros, o *primeiro modulo da evolução hominal*, na phrase de Abel Andrade (4), na arte, não foi certamente sobre as leis e regras constitutivas da theoria das côres, dos sons, das linhas, que a pintura, a musica, a architectura teve cada qual sua primitiva manifestação sensivel.

Se é certo, porém, que a tendencia do espirito humano leva-o cada vez mais a deduzir e induzir idéas, abstracções, generalidades, que, destacadas, no dizer de Spencer, dos phenomenos externos, constituem o opulentissimo thesouro da psychologia e da logica, não o é menos que o espirito jámais se emancipará por completo da influencia do mundo externo; e ainda para mais uma vez reproduzir o inexgottavel professor de Goettingen, *assim é, primeiro e antes de tudo, sob o ponto de vista da manifestação e realisação do direito, isto é, das formas sob as quaes o direito conquista sua applicação e sua realidade concreta tanto no commercio da vida como perante a justiça. Este ponto de vista*, continúa o emerito romanista, *corresponde, em materia religiosa, ao culto.*

---

(3) Vid. nt. 2.ª ao § 4.º supra.
(4) *Principio das Nacionalidades*, p. 38.

A necessidade de manifestação externa, que nella se traduz pelo conjuncto das cerimonias, leva, no direito, ao formalismo. Longe de pôr obstaculos á acção do elemento sensivel, a natureza do direito provoca-lhe, ao contrario, a manifestação (5).

O *direito formulario forense*, que, com muita propriedade, Bordeaux (6) chama *direito instrumentario*, é a manifestação das relações de direito perante a justiça social. Sua indeclinabilidade, pois, não é menos evidente do que a necessidade da propria justiça.

§ 53

Sua importancia politico-juridica

A importancia da *forma* tem por medida a sua mesma indeclinabilidade. Se indeclinavel é a *forma* porque, como vimos, só atravez dos instrumentos forenses é que as relações de direito se effectuam ou sensibilisam no commercio da vida e perante a justiça social, mais importante não póde ser a sua funcção politica e juridica. Na *forma* tem o homem o mais continuo e seguro defensor de suas liberdades: tal a eminente funcção politica da *forma*; pois que só mediante a *forma* preestabelecida na lei podem os juizes agir, ella só basta para garantir a concretisação dos quatro principios, que no § 5.º ficaram assignalados como outros tantos preceitos legitimativos do processo perante o principio supremo da liberdade individual (1).

---

(5) *Espr.*, vol. 3.º, p. 114.

(6) *Philos. de la Proc. Civ.*, pg. 342.

(1) No § 50 do seu *Esp. do D. R.*, nunca assaz invocado, Ihering nos mostra como, atravez da evolução historica d'aquelle direito, e não obstante a contradicção apparente entre a liberdade, que não tolera limitações á vontade *material*, e a forma, que sob o ponto de vista *formal* tão estreitamente restringe a liberdade, existiu sempre certa relação caracteristica, parallelismo das respectivas linhas de desenvolvimento, dependencia mutua. Neste

Na *forma*, pois que a *forma* legal é só a que estiver *preestabelecida* na lei (2), reside a condição vital da authenticidade dos actos forenses, sem a qual não póde haver garantia de direitos (3): e tal é a sua funcção juridica fundamental.

---

sentido é a lição irreductivel da historia: o periodo do florescimento da liberdade romana, diz Ihering, foi tambem o do mais penoso rigor da forma; com o seu declinio, relaxada ficou a severidade da forma, e quando chegou a dominar a oppressão cesariana, com a suffocação da liberdade, desappareceram as formas e formulas do direito antigo. E não foi tambem assim recentemente entre nós? Se o estado de sitio absorveu por completo a *forma*, salta aos olhos que esta é o paladio da liberdade, pois que aquelle é a sua deturpação ou negação.

Ainda sob outro aspecto se patenteia a importancia politica da *forma* —é que ella, ainda na phrase de Ihering, *serve de contrapeso á attracção da liberdade para a licença... as formas fixas são a escola da disciplina e da ordem*. Apagae as formas do processo, impossivel será manter a ordem, que é a propria igualdade na distribuição da justiça.

(2) Vid. a definição do *Direito Judiciario* no § 1.º *supra*.—Const. Federal art. 72, § 15.

(3) Ihering, loc. cit., pag. 187, condensa esta idéa no seguinte conceito: *A forma é para os actos juridicos o que o cunho é para a moeda;* isto é, assim como o cunho legal da moeda dispensa qualquer verificação de seu titulo e peso, assim tambem a forma por si só patenteia ao juiz qual a vontade das partes no acto juridico sujeito ao seu julgamento, e qual é esse acto nos casos em que as formas differem segundo a natureza do acto. E' por isto que, com o mesmo escriptor, já dissemos que *a forma é o proprio conteúdo do acto debaixo do ponto de vista de sua visibilidade.*

Nem aquella coapproximação da forma e do cunho legal da moeda é idéa original de Ihering. Já Pedro Ayrault, *L'Ordre, formalité et instruction judiciaire*, p. 3, dava, nas seguintes linhas, a mais frisante synthese do nosso assumpto: «En justice la formalité y est si nécessaire, qu'on y sçauroit se desvoyer tant soit peu: y laisser et obmettre la moindre forme et solemnité réquise, que tout l'acte ne vint incontinent à perdre le nom e surnom de justice... La raison est, parce que justice n'est quasi proprement autre chose que formalité et cérémonie. C'est donc comme d'une monnoye publique, tant que l'image et la forme du prince y est, elle s'appelle monnoye, dont l'autorité et le crédit vaut plus que l'or: ostez l'image, ce n'est désormais qu'une masse et rien de plus; ainsi est-il de la justice, qui en ostera l'ordre».

Reproduzindo Ihering, dissemos que com a suffocação da liberdade desappareceram as *formas* e *formulas* do direito antigo. Haverá differença entre *forma* e *formula?* Qual? Lê-se em Frain du Tremblay, *Essais sur l'idée du parfait magistrat*, ch. 28, *Des Procédures et formalités:* «On confond ordinairement les termes de procédure et de formalité: ce sont choses néanmoins très—differentes. Les procédures sont proprement tous les acts nécessaires pour l'instruction d'un procès, soit civil soit criminel; et les formalités sont les clauses et dispositions qui composent la forme des acts, soit devant les notaires, soit en jugement».

Sobre isto podemos dizer: que *forma* (fórma ou fôrma, de etymologia commum, *forma* em latim, *morphé* em grego), é a figura externa do acto

§ 54

Elementos intimos da *forma* ou sciencia do direito formulario

Segundo apreciarmos as formas ou por seu numero ou por sua configuração externa ou pela necessidade do principio que as creou, distinguiremos na *forma* tres elementos, aos quaes Ihering chama *quantitativo*, *morphologico* e *de principio* (1). O primeiro concerne á quantidade ou numero das formalidades que entram na composição visivel do acto juridico ou de processo em sua integridade formal; o segundo, á maneira de ser da forma, isto é, sua configuração ou composição morphologica—se é simples ou complicada, de uso facil ou difficil, commoda ou incommoda, etc; o ultimo, á structura interna do systema das formas: «trata-se de vêr, diz aquelle romanista (pag. 175), se as disposições sobre a necessidade da forma emanam de um principio unico ou se applicam unicamente a alguns actos isolados e disseminados no direito, isto é, se têm o caracter da unidade e da consequencia, ou o da variedade e do arbitrio».

Ficou assentado, qual postulado irreductivel do Direito Judiciario, que na authenticidade das formas processuaes reside a garantia unica da justiça e igual reintegração das relações de direito; e como, segundo dissemos no § 4.º (2), *é na mais segura e breve adaptação da forma á relação de direito litigiosa que assenta o melhor systema judiciario, cujas condições devem ser:* PROMPTIDÃO, SIMPLICIDADE, GARANTIA, —do exame analy-

---

juridico ou do processo, seu molde ou modelo; *fórmula* é o systema organico da forma. Em uma palavra: a forma é uma addição de que as formulas são as parcellas. Tal qual com a *jurisprudencia*, cujas parcellas são os arestos, usos, costumes e estylos forenses.

(1) *Loc. cit.*, pag. 173.

(2) *Revista da Faculdade*, Vol. 1.º, pag. 9.

tico d'aquelles elementos, postos ao serviço deste conceito, emerge inteira a sciencia do direito formulario, consoante a tendencia do movimento juridico moderno.

Sem nos affastar do incomparavel auctor do *Espirito do Direito Romano*, deixemos firmados os seguintes conceitos, manifestações praticas d'aquella tendencia.

Elemento quantitativo. A evolução juridica se accentúa no sentido da diminuição da *quantidade* ou *numero* das formas. Assim como reduzir a technica juridica a *pequeno numero de formas, a algumas formas fundamentaes é o meio de tornar mais facil e menos arriscado o conhecimento e applicação do direito*, assim tambem a simplificação do processo pela *diminuição quantitativa* das formas seria o melhor meio de apurar o seu estudo e attingir os seus fins. Tal é, de resto, a consequencia logica dos principios informativos do processo, que no § 5.º (3) chamámos o *principio politico* e o *principio economico*, synthetisados na lei fundamental da economia politica — *maximo resultado com minimo esforço:* lei que, pela mesma intenção, imprime igual tendencia ao

Elemento morphologico. — A simplificação morphologica das formas forenses deve acompanhar a sua reducção quantitativa. Formas indispensaveis e simples — eis o mote que a sciencia offerece ao legislador esclarecido (4).

---

(3) *Idem*, pag. 11.

(4) O Dec. nº 363 de 19 de Setembro de 1890, transcripto na nota ao § 22 (*Revista*, vol. 2.º, pag. 168), em parte concretisou, como ali dissemos, uma das mais fecundas lições do genio de Ihering: *a simplificação quantitativa da massa juridica é um dos factores da forma intellectual do direito;* e até parece que o seu auctor se inspirou nas seguintes linhas do classico Solon, *Théorie sur la nullité*, vol. 2.º, n.º 147 «Nous ne terminerons pas sans émettre le vœu de voir modifier les formes des procédures; elles sont quelques fois si compliquées, que l'homme sans fortune et l'homme timide ont tout à craindre des ressources qu'elles offrent à ces hommes aguerris, que les

Elemento systematico.—Do mesmo modo que deve haver correlação perfeita entre as noções juridicas e sua forma, assim tambem as *formas* do processo devem variar segundo a relação de direito em litigio varia em seus elementos morphologicos proeminentes (5).

---

difficultés et les chicanes ne font qu'animer.—Le commerce jouit des faveurs d'une justice prompte et expéditive; c'est un prévilège dont on doit être jaloux, et dont on ne peut suffisamment expliquer la cause.

Nous ne voyons pas qu'il y êut le moindre inconvénient d'appliquer, dans une infinité de cas, aux matières civiles, cette manière de rendre la justice. Au reste cette nécessité est si universellement sentie, que nous devons tout espérer de la sollicitude du législateur et du bon esprit du siècle où nous vivons».

E' o que se fez naquelle decreto, e dissemos em parte, porque o mesmo Reg. 737 ainda é susceptivel de reforma no sentido do texto. Pode-se, com vantagem, ter *menos e mais simples.*

(5) O citado Decr. n. 763 tambem observou esta lição, quando, no § unico do art. 1.º, manteve em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no Reg. 737 de 1850. A este proposito pretende Bellot, *Loi sur la proc. civ. du canton de Genève, Expos. des mot. du tit. IV*, 4.ª ed., pag. 24, que dois erros capitaes se encontram em todas as leis e em todos os tratados de processo. Consiste o primeiro, diz elle, em se pretender classificar, quanto á instrucção do respectivo processo, todas as causas, a despeito de sua infinita variedade, em duas familias —a das causas *ordinarias* e a das *summarias*, tomando-se como criterio da classificação ora a natureza da propria causa, ora o seu valor pecuniario, ora finalmente a circumstancia de ser julgada na 1.ª ou na 2.ª instancia; consiste o segundo, em se considerar *ordinarias* as causas menos simples e *summarias* as que mais o são.

Entretanto por mais imponente que seja a auctoridade d'aquelle professor, parece que taes systemas não constituem erros assim fundamentaes. Se o fundamento juridico da acção é, como vimos no § 10, o proprio direito violado, nada mais logico do que dar á acção a forma que mais apta fôr para garantir a reintegração e estabilidade do mesmo direito; e esta aptidão, ou melhor, esta adaptabilidade da acção ao direito deve logicamente ser mais ou menos prompta ou facil, segundo fôr mais ou menos complicada a relação de direito litigiosa. A affinidade entre o conteúdo e a forma deve ser a mais estreita possivel; e pois, parece que o melhor criterio para a classificação das acções será o deduzido da natureza das relações de direito.

Portanto, ainda, a maior ou menor simplicidade institucional e morphologica das mesmas relações de direito deve ser o criterio da maior ou menor complicação formal da acção.

Quanto ao criterio baseado sobre o valor pecuniario da causa, se bem que a intensidade do sentimento juridico não esteja sempre na rasão arithmetica do seu conteúdo, nem o enredo material das relações de direito é mais ou menos intrincado porque valem ellas maior ou menor quantidade de moeda, é incontestavel, todavia, que, sendo a moeda, como diz Savigny no seu *Tratado das Obrigações*, o denominador commum de todos os valores, direitos e obrigações, outro criterio, na contingencia de se observar a lei economica da divisão do trabalho, tão urgente na actividade do poder judiciario quanto na

Do exposto, podemos com segurança tirar a lei fundamental do direito formulario: *a observancia rigorosa das formas deve ser imposta, sómente emquanto necessaria á effectividade da relação de direito litigiosa* (6).

Portanto, sómente quando, da inobservancia da forma, soffre em sua substancia e vida a relação de direito, é que ha *nullidade.*

---

de outro qualquer factor da ordem social, não se nos apresenta mais simples e natural do que esse, combinado com o anterior, para a divisão das acções sob os dous aspectos —da competencia e da forma. Nem talvez fôra impolitico dar em absoluto ao valor monetario da causa o padrão do respectivo processo: o dinheiro está para as relações de direito, reaes ou obrigacionaes, assim como o titulo de certa e determinada moeda está para essa moeda. Se este é o peso de metal precioso contido em cada moeda cunhada igual á moeda typo, o dinheiro é a expressão material do goso encerrado em qualquer das relações de direito concretisaveis no commercio ordinario da vida. Entretanto, como o travamento, mais ou menos complicado das relações de direito em sua constituição material, não se prende sempre ao respectivo valor economico, bem entenderam os legisladores em modificar o criterio monetario pelo deduzido da propria natureza do direito litigioso.

(6) O genesis desta lei da politica judiciaria temol-o na Const. 17 Cod., *de jure deliberandi*, VI, 30: *scrupulosam solemnitatem amputari decernimur;* e com maior generalidade no conhecido brocardo *utile per inutile non vitiatur*—que o nosso Ass. de 10 de Junho de 1817, interpretando o de 17 de Agosto de 1811 relativamente á observancia das formulas testamentarias, que, note-se bem, são das mais rigorosas, teve sem duvida em vista nas palavras: *nunca devem entender-se de uma observancia supersticiosa da lei, a qual olhando só para a lettra destrua a sua verdadeira intenção; mas sim das formalidades substanciaes.*

E isto é de direito universal—Mazzoni, *Dir. Civ. Ital.*, IV. 88; Goyena, *Concord. del cod. civ. español*, vol. 2.° pag. 22., etc., etc.

Se tivessem presente esta regra não sustentariam alguns praticos que, se é licito, consentindo as partes, fazer-se *ordinario* o processo *summario*, inadmissivel é a reciproca—Ramalho, *Pract. Civ. e Com.*, P 1.ª, Tit. 1.° § 5.ª com os autores citados na nota *c;* Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 132; Ribas, *Consol.* art. 676; Silva, *ad. Ord.* III, 30, pr. n.° 2, *ibi: causa sui natura ordinaria non potest fieri summaria, etiam de consensu partium.* Mas porque, se a convenção deixou garantida a substancia do direito em litigio? porque, se ás partes é licito recorrerem ao juizo arbitral, dispensadas as solemnidades do processo? finalmente porque, se não ha lei que o prohiba? Nem insistam no argumento—que as leis de processo são de direito publico, e por isso não podem ser alteradas pela vontade particular—porque então tambem não poderia ser licito tratar ordinariamente a causa *sui natura* summaria.—Cf. Lobão, *Acç. Sum.* § 4.° nt; Paula Baptista, § 81; Mello Freire, IV, VII, 13; Moraes Carvalho, § 2.°—Vid. Bordeaux, obr. cit., pag. 434.

SECÇÃO II

THEORIA GERAL DAS NULLIDADES

§ 55

Definição de nullidade

Nullidade (1) em geral é *o vicio ou defeito que torna inefficaz em direito qualquer acto ou convenção;* no *direito judiciario* especificamente designa *o vicio ou defeito de forma que annulla o processo* (2).

---

(1) «Esta palavra, no sentido primitivo, significa simplesmente o estado do que é nullo; mas por ellipse, applica-se ou á causa de nullidade ou á disposição de lei que pronuncia a mesma nullidade.» Dalloz, *Répert. v.º Nullité*, n. 1; ou como diz Merlin (*Répert, v.º Nullité*), aquella palavra significa ao mesmo tempo o estado do acto que é nullo, e o vicio que impede que o acto produza effeito.

(2) Dizemos de *forma*, porque nesta definição comprehende-se qualquer das especies em que varios escriptores dividem as nullidades, e estão consignadas no Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 672, 680 e 682, isto é: nullidades do *processo*, nullidades da *sentença*, e nullidades dos *contractos*. Supponha-se que o vicio consiste na incompetencia do juizo (art. 680 § 1.º)—ha nullidade formal, porque no *systema das formas segundo as quaes se processam as causas em juizo*, a competencia do juiz é uma das mesmas *formas*; supponha-se que o vicio está na preterição de alguma solemnidade substancial á existencia do contracto, base da acção, por ex., escriptura publica nos casos em que é exigida *ad substantiam* (art. 682 § 2.º)—ainda a nullidade será de *forma*, porque é solemnidade formal do processo o instruir habilmente a acção.

Nem nos parece que vae bem collocada em leis de processo, como no cit. Reg. 737, que (*sic*) *determina a ordem do juizo no processo commercial*, a materia referente á nullidade dos contractos propriamente dita. Essa entra no quadro do direito material ou substantivo: no direito formal ou adjectivo, que é o systema das normas pelas quaes o poder judiciario applica a lei aos casos occorrentes, só se deve enquadrar, além das nullidades do processo em sua definição ou constituição legal, as regras segundo as quaes devem os juizes pronunciar as nullidades dos contractos ou actos juridicos em geral. O direito substantivo define a nullidade em these; o direito adjectivo dá as normas para a respectiva pronunciação—eis a verdadeira theoria.

Para exemplo da confusão em que, a este respeito, incide o cit. Reg. n. 737, basta citar o art. 690, em cujo primeiro periodo se contempla nullidade puramente material, que só as leis do direito substantivo podem definir, ao passo que no segundo se reproduz mera regra de direito judiciario. Nos arts. 691, 692 e 693 ha materia puramente juridica ou extranha ao direito processual.

§ 56

Condição juridica das nullidades

A idéa juridica de *nullidade* presuppõe a existencia de um acto ou termo que produziria todos os seus effeitos se não fôra o vicio legal por cuja força o mesmo acto tornou-se inefficaz; entretanto esta inefficacia não deve ser havida como resultado fatal e constante de qualquer vicio de que o acto venha contaminado. Acto nullo não se confunde com acto não existente (1); e é porisso que muitas vezes o acto, apezar de nullo, subsiste (2). Isto posto, para que a nullidade possa ser pronunciada, preciso é o concurso das seguintes condições, que constituem os principios cardeaes e legaes da theoria das nullidades:

I. Que a lei tenha previamente considerado como nullidade o vicio de que se tratar, ou pelo menos resulte necessariamente da natureza das cousas e como effeito natural dellas (3).

II. Que da inobservancia da forma resulte prejuiso da relação de direito, cuja existencia ou efficacia a mesma forma garantia (4).

III. Que não tenha dado logar ao vicio aquelle mesmo que o argúe (5).

IV. Que sómente pode arguir nullidades aquelle a quem aproveita a respectiva pronunciação (6).

---

(1) Vid. Zachariæ, *Le droit civ. franç.*, ed. de Massé e Vergé, § 35.

(2) *Multa facta tenent quæ nondum facta velantur.*

(3) Paula Baptista, § 77; Pimenta Bueno, *Apont. sobre as Form. do Proc. Civ.*, n. 3; Reg. 737 de 1850, art. 672, §§ 2.° e 3.°

(4) *Pas de nullité sans grief*—tal era a maxima dos velhos praticos francezes (Vid. Bordeaux, *Phil. de la Proc. Civ.*, pag. 387), que o nosso Reg. 737 em parte adoptou no art. 677 § 1.° Vid. Solon, ob. cit., 1.° vol., n. 407.

(5) E' regra de direito racional que não deve ser desprezada—Solon, ob. cit., 2.° vol., n. 146; Merlin, *Quest. de droit* v.° *Fait du souverain*, § 1.°.

(6) Consequencia logica das condições anteriores — Solon, ibi — *Quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus,*

§ 57

Extensão das nullidades

As *nullidades* devem ainda ser consideradas respectivamente á sua *extensão*, e debaixo deste aspecto pode a nullidade ser *geral* ou *especial*, segundo vicia todo ou parte do processo. A este respeito dominam as duas seguintes regras:

I. — O effeito da nullidade não vai além do acto nullo; subsistem, portanto, os actos anteriores (1).

II. — A nullidade de um acto prejudica os actos posteriores que forem consequentes ou dependentes daquelle (2).

§ 58

Idéas complementares da theoria geral das nullidades

Como complemento dos principios expendidos no § 56, tem a theoria geral formulado as regras seguintes:

I. A nullidade proveniente da incompetencia do juizo *ratione materiæ* é a unica que pode ser pronun-

---

dizia Mantica. Nestes quatro principios pode ser synthetisada a theoria inteira das nullidades, comprehendida a divisão que leis e jurisconsultos fazem das nullidades em *legaes*, *substanciaes* e *accidentaes*, em *substanciaes absolutas* e *substanciaes relativas*, etc., etc. No direito escripto é certo haver profunda differença pratica entre as nullidades legaes, que são aquellas que a lei formalmente pronuncia, e as que o não são; attribuindo-se ás primeiras, *ipso jure*, o effeito de invalidar o processo; e ás segundas, somente *ope exceptionis* (Ramalho, *Praxe Braz.*, § 243). O juiz pode *ex-officio* pronunciar aquellas, estas só a requerimento da parte. Entretanto, convem concordar em que taes distincções são incongruentes ou contrarias ao espirito do direito privado, cuja natureza só acceita os principios scientificos apontados no texto.

(1) Reg. n. 737 de 1850, art. 674; Solon, II, 141. Entretanto, como bem ensina este tratadista (n. 142), se entre o acto nullo e os actos precedentes houver dependencia essencial, nullos tambem serão estes primeiros actos, *ad instar* do acto cuja existencia estivesse subordinada ao implemento de condição essencial, que não se effectuou.

(2) Solon, II, 143; P. Baptista, § 80.

ciada *ex-officio*, quaesquer que sejam os termos do processo (1).

II. Nenhum acto será declarado nullo senão quando não fôr possivel a sua repetição ou rectificação (2).

III. A arguição de nullidade não deverá ser recebida se a parte que a produz houver deixado scientemente que se procedesse sobre o mesmo acto (3).

IV. Salvo prova em contrario, a lei presume que os actos foram processados regularmente (4).

Dr. João Pereira Monteiro

---

(1) Eis o ponto principal de reforma a introduzir na theoria legal das nullidades. Nem rigor supersticioso, nem liberdade plenamente desentravada. Mas tambem sendo o processo civil o modo pratico de se resolverem as contestações entre livres titulares de direitos privados, não deve a pura theoria scientifica do direito formulario acceitar outro limite á liberdade dos litigantes além do que deriva logicamente da propria legitimidade do magistrado. Mas das regras, que nos § § 29 e 30 (*Revista*, Vol. 3.ª, pag. 67) firmámos sobre a theoria da jurisdicção e competencia, facil é ver que só os motivos de ordem systematica ou scientifica consoante os quaes *certo juiz póde conhecer unicamente de determinadas causas* (competencia *ex-ratione materiæ*), devem ficar fóra do alcance da vontade particular. Que rasão superior de ordem publica deve obstar que, quanto á competencia *ratione personæ* ou *ratione loci*, transijam voluntariamente as partes litigantes? E por que ha de o juiz, competente *ratione materiæ*, annullar o feito em que rigorosamente seria incompetente *ratione personæ ou loci*, si os litigantes o elegeram—o auctor, provocando-lhe a actividade judiciaria, o réo, não lhe oppondo a respectiva excepção?

Quanto ás nullidades meramente de *forma*, intoleravel nos parece a jurisprudencia que commette aos juizes a faculdade de as pronunciarem *ex-officio*. Correcto, pois, era o systema da ordenança franceza de 1667, que nos dois seguintes principios resumia todo o systema das nullidades:

1.º Sem excesso do poder não póde o juiz crear nullidades.

2.º Nenhuma das nullidades creadas pela lei é comminatoria.

C'est la condamnation, diz Bordeaux (pag. 385), *du système de l'appréciation par le juge et de l'équité absolue.*

Tambem nos parece que só nos termos desta nota deve ser interpretado o art. 16 do Dec. n.º 848 de 11 de Out. de 1890. E foi assim que construimos o art. 289 do *Proj. de Cod. Proc. Civ. do Estado de S. Paulo.* —Cons. L. do Proc. Civ. de Genebra de 29 de Setembro de 1819, arts. 745 e 746; Cod. Proc. Civ. ital., art. 56; do Uruguay, art. 676.

(2) Cit. *Proj.*, art. 290: L. de Genebra, art. 749; Cod. Uruguay, art. 675.

(3) Cit. *Proj.*, 293 § 1.º; L. de Genebra, art. 747 § 1.º

(4) Tal devia ser a presumpção geral de direito respectivamente a quaesquer actos ou instrumentos. A presumpção contraria entrava pesadamente a actividade juridica e affronta a propria natureza humana.