

Coleção
Eduardo Espínola

Cássio Benvenuti de Castro

AÇÃO ANULATÓRIA

Art. 966, § 4º, CPC

2019

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

A INDIVIDUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

O problema da “ação anulatória” não possui uma origem singular tampouco é reflexo de um debate meramente acadêmico. A questão não é restrita ao plano ideal, teórico, mas de cunho pragmático e de eminência cultural. Portanto, intuitivo que diversos fatores se reúnam para a individualização de uma série de problemas.

O manuseio da “ação anulatória” é movediço porque, no decorrer do tempo, um conjunto de situações colaborou para lhe conferir uma definição pela superfície, uma definição refratária aos demais institutos sem, contudo, atribuir à “ação anulatória” uma fiel autonomia. Daí que a origem do problema se estabelece ao largo de três realidades do processo: (a) uma nota perceptível através do próprio ordenamento jurídico; outra, que toca à (b) natureza jurídica do processo propriamente dito; e um aspecto que toca a uma rotina (c) silogística que se acostumou a compreender os institutos do processo por solução de exclusão.

Um tripé que não permite uma relação de prejudicialidade entre eles, à medida que o problema da “ação anulatória” é produto de um somatório de causas.

O que não se elaborou, de fato, foi uma sistematização da “ação anulatória” a partir do respectivo objeto.

Sem pretender aprofundar uma discussão histórica sobre o assunto – o que demandaria monografia à parte –, a primeira sorte de influências para individualizar o problema da “ação anulatória” é atribuída ao direito positivo. Foram poucos os dispositivos legais que, nos tempos recentes, regulamentaram a espécie. Além disso, a falta de referencial estrangeiro legou dificuldades ao feitor das leis brasileiras.

A título de segundo fator de influência está o tradicional entendimento do processo no sentido de uma relação jurídica²⁵. Não se rejeita, por completo, o fato de o processo “também” ser uma relação jurídica.

Todavia, ele *não é apenas* uma relação jurídica. A teoria bülowiana, em grande sorte, ajuda a paralisar o processo contemporâneo, como se os seus institutos fossem uma série de organismos estáticos e servis ao regime jurídico do direito material. Isso remete a compreensão dos fenômenos processuais a um dualismo exacerbado ou, ainda, imagina o processo com a lente do direito material. A fratura intransigente dos planos é produto dos esquemas silogísticos de raciocínio oitocentista, o que elevou *a atos do processo tudo o que acontece “no” processo*.

A partir disso, não existe diferença entre *ato ou negócio processual propriamente dito* e *ato ou negócio do direito material que é internalizado no processo* (esses últimos, os atos processualizados ou procedimentalizados). A teoria da relação jurídica processual jamais permitiu diferenciar o ato processualizado do ato processual típico – e sem essa separação, torna-se muito difícil (ou impossível) avistar o objeto atacado pela “ação anulatória”: o ato processualizado.

O capítulo é finalizado com um arremedo ao estilo pandectístico de observar as coisas: nos termos da doutrina majoritária, a definição da “ação anulatória” é apresentada por *exclusão*, por subsidiariedade, por modo refratário, ou seja, o objeto do estudo perde uma sincera independência porque transparece um corpo sem estrutura ou sequer finalidade, ao talante do vetusto cientificismo ortodoxo.

A identificação de algumas origens do problema da “ação anulatória” permite concluir que diversas influências lhe obscurecem o manuseio. Em síntese, o leitor perceberá que tudo ocorreu em virtude do afastamento do processo civil das necessidades do direito material e, conseqüentemente, pela retirada de uma compreensão dinâmica àquilo que é inerente ao processo – a sua própria dinâmica.

25. As influências compõem um conjunto. Uma causa, isoladamente, não fora a responsável pela incompreensão histórica do ato processualizado. Basta ver que, ainda quando rejeitada a natureza do processo como uma relação jurídica, é possível continuar não se admitindo o negócio processual e, muito menos, o negócio jurídico do direito material que é internalizado no processo, e acaba por compor um ato processualizado. RICCA-BARBERIS, Mario. Due concetti infecondi: <negozio> e <rapporto processuale>. *Rivista di diritto processuale*, vol. VII, parte II. Padova: Cedam, 1930, p. 191/7.

Trata-se de questão ontológica, de antonomásia, porque o caldo de cultura dos séculos XIX e XX, além de felizmente produzir a fortuna do dualismo, acabou conduzindo essa separação entre os planos a uma modalidade extrema e desontologizou o processo, daí o transformando em coisa estática. A série de influências abaixo ilustradas, na verdade, arrola o atual *state of the art*, que define a “ação anulatória” pela superfície e despreza a sua funcionalidade e a sua estrutura. Principalmente, porquanto não houve uma precisão sobre o objeto material atacado por tal demanda – o ato processualizado.

O martelo da confusão está culturalmente batizado.

1.1. A INFLUÊNCIA DO DIREITO POSITIVO

A primeira oportunidade em que “ação anulatória” fora prevista, em norma específica do direito positivo brasileiro, estava no art. 225 do Regulamento 737, de 1850, com a seguinte redação:

A propositura de acção rescisoria do contracto não induz litispendencia para a acção de dez dias, proveniente do mesmo contracto. Todavia havendo já alguma sentença pronunciando a nulidade do contracto, o auctor não poderá levantar a importância da execução sem prestar fiança.

Ou seja, desde a origem, em que colocada na legislação, houve a vinculação da “ação anulatória” à denominada “acção rescisória do contrato”. Uma peculiar modalidade de tutela constitutiva negativa, e que atacava um negócio jurídico do direito material.

O advento dos Códigos Estaduais aprimorou a redação. Dentre eles, apenas o Código do Estado de São Paulo previu, em seu art. 359:

Os actos judiciaes, que não dependem de sentença, ou em que esta fôr de simples homologação, podem ser rescindidos como os actos juridicos em geral, nos termos do Código Civil.

Houve uma implícita desvinculação terminológica da “ação anulatória” para com aquilo que se denominou “acção rescisoria do contrato”, o que, sobremaneira, remetia tudo à “ação rescisória da sentença”. Na verdade, o que poderia ser *rescindido* não era a sentença, mas o negócio do direito material.

De qualquer maneira, a regra conectou o vocábulo “rescindidos” aos “actos judiciais”, uma literalidade que se perpetuou no parágrafo único do art. 800, então positivado no Código de Processo Civil de 1939 que, praticamente, reproduziu o Código Estadual de São Paulo:

Os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta fôr simplesmente homologatória, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

O Código de Processo Civil de 1973 apenas alterou, pontualmente, o texto da norma, então no art. 486 do CPC:

Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A singela observação dessa sucessão das leis no tempo poderia suscitar um esdrúxulo questionamento sobre direito intertemporal: por exemplo, no caso de um ato ou negócio jurídico ser praticado pelas partes, e inserido no processo, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1939, quando ajuizada a “ação anulatória” após a vigência do CPC de 1973, em que fundamento codificado essa demanda se embasaria?

Ora, como o ato ou negócio processualizado se realizou, nos termos da lei revogada, é intuitivo que o fundamento jurídico busca proteção no Código de 1939. Segundo Clito Fornaciari Jr., “com a prolação de uma sentença, os seus efeitos são aqueles previstos na lei sob a qual foi proferida. Da mesma forma, o direito à impugnação desse ato é dimensionado pelas regras vigentes quando de sua prolação, exatamente porque o direito à impugnação é contemporâneo à decisão, pois emerge dela”²⁶.

O exemplo está distante da realidade apenas aparentemente, porque o interesse na sua colocação é demonstrar que o objeto material da “ação anulatória” consiste em uma espécie de *ato jurídico perfeito*, organismo cuja previsão é constitucional (art. 5º, XXXVI, da CRFB). Agora, a influência do direito positivo para o problema é constatar o laconismo codificado das regras que pautaram a “ação anulatória” e, mais ainda, observar que

26. FORNACIARI JR., Clito. Partilha judicial, via processual adequada à desconstituição. *Revista dos Tribunais*, n. 551, p. 55.

ela sempre fora combinada à “ação rescisória”, ou à terminologia “rescisão”, o que sobremaneira empoleirou a sua operatividade.

O quadro se complica à medida que não se identificam regras análogas no direito processual estrangeiro.

Apenas em Portugal, parece haver um texto legislativo que recorda o art. 486 do CPC de 1973, quando o art. 301 do Código de Processo Civil português estipula:

A confissão, a desistência e a transacção podem ser declaradas nulas ou anuladas como os outros actos da mesma natureza, sendo aplicável à confissão o disposto no nº 2 do artigo 359º do Código Civil. O trânsito em julgado da sentença proferida sobre a confissão, desistência ou transacção não obsta a que se intente a acção destinada à declaração de nulidade ou à anulação de qualquer delas, ou se peça a revisão da sentença com esse fundamento, sem prejuízo da caducidade do direito à anulação. Quando a nulidade provenha unicamente da falta de poderes do mandatário judicial ou da irregularidade do mandato, a sentença homologatória é notificada pessoalmente ao mandante, com a cominação de, nada dizendo, o acto ser havido por ratificado e a nulidade suprida; se declarar que não ratifica o acto do mandatário, este não produzirá quanto a si qualquer efeito.

A falta de referência à “ação anulatória”, na legislação estrangeira, explica-se pelo fato dessa demanda impugnar atos ou negócios jurídicos do *direito material*, que seriam internalizados ao processo civil somente para gerarem efeitos *indiretos* ao processo. Natural ao processualista, então, dizer que a regra sobre a espécie é *explicativa* ou, quando muito, conectada ao regime jurídico do direito material, e apenas contingencialmente essa regra pode ser estudada no processo civil. Leda precipitação, nos termos do formalismo exacerbado brasileiro, tendo em vista o que será exposto.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, apresenta modificações interessantes sobre a matéria.

Não resolve toda a ordem dos problemas tampouco individualiza o objeto da “ação anulatória”, o que seria decisivo. De qualquer maneira, significa um avanço por, finalmente, repugnar a expressão “atos judiciais” e por chamar a atenção para uma “disposição” que, na verdade, não seria de *direitos*, mas do *contraditório* mesmo, como será demonstrado.

Sob o título específico “Da ação anulatória”, o art. 894 do Anteprojeto de CPC estabelecia:

Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. *Parágrafo único.* São anuláveis também atos homologatórios praticados no curso do processo de execução.

A mesma redação do Anteprojeto está inserida no art. 929 do Projeto de Lei número 8.046, de 2010, o Projeto de Novo CPC, que tramitou no Congresso Nacional.

O art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 pautou linhas atuais sobre a “ação anulatória”:

Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

O CPC/15 compilou *caput* e parágrafo do projeto (art. 894) no mesmo texto do dispositivo.

O interessante foi a topologia, que retirou a “ação anulatória” do capítulo dos atos processuais típicos (como o fazia o CPC/73) e o realocou no capítulo da ação rescisória. Embora não seja o mais técnico, pelo menos, acaba sendo mais conforme a finalidade da demanda – separando os atos processuais dos atos processualizados (estes, o objeto da “ação anulatória”).

Contudo, nada se falou sobre os atos processualizados, que permaneceram no limbo da legislação. Definição, estrutura e finalidade a serem sistematizadas pela dogmática.

1.2. UMA COMPREENSÃO ESTÁTICA DO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973 desenvolveu uma linguagem normativa influenciada pela Escola pandectista. Embora o mérito desse panorama cultural tenha sido atribuir a autonomia científica ao processo civil, pois, a partir de então, o processo civil fora separado do direito material, houve um exagero na consideração desse dualismo, e o processo se

acostumou com a noção do primado da técnica sobre o fundo do direito. Em outras palavras, o processo tornou-se excessivamente formalista.

A metodologia descritiva das ciências, no percurso iluminista, desde os séculos XVIII e XIX, justifica tal ordem de ideias.

No certame jurídico, é lugar comum dizer que o paradigma filosófico do positivismo estrito possui estrita ligação com o movimento sistematizador do pandectismo, que colaborou, como fundamento, para diversas soluções normativas originariamente colocadas no CPC brasileiro: a unificação dos procedimentos em modalidades ordinarizantes²⁷ e alheias ao direito material; o papel inativo do juiz, que se reforçava pela ideologia da neutralidade (então idealizada como um sinônimo da imparcialidade); a tipicidade dos meios executórios; a fungibilização das eficácias das sentenças ao denominador comum da condenação; a ausência da antecipação da tutela, entre outras disposições.

Um processo sem a marca do sincretismo, como imperava no segurança da época da modernidade – um objetivo para a manutenção do sistema burguês, vitorioso desde a Revolução Francesa.

A salvaguarda primordial do valor liberdade, pela consideração do Estado como uma espécie de *inimigo comum*, predispôs uma mentalidade do processo civil por intermédio de programas normativos que serviram para afastar o processo da realidade social. A fratura entre o processo e as necessidades do direito material caracterizava o que é denominado liberalismo clássico, elevando a articulação neutra da técnica, das definições e das classificações, à estruturação narcísica do processo por sobre uma matriz instrumental.

Um modelo de entender e de manejar *o processo pelo processo* ou, em outras palavras, um freio contrafático pertinente ao esquema metodológico da escola processualista ou cientificista²⁸. Fator que marcou

27. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*.

28. A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com o valor justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana (praxista) do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autono-

o Código de Processo Civil, no alvorecer no século XX, como um dos últimos códigos liberais do planeta.

Merece referência a literal soberba do item ‘I’, alínea ‘5’, da Exposição de Motivos do CPC de 73: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”.

Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do cenário da cultura, a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o *Código do século passado*, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica. Daí é suposta uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. O discurso do CPC de 1973 é recente e, inicialmente, não cogitou sobre a transdisciplinaridade, tampouco sobre o diálogo entre as fontes normativas que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável no direito²⁹.

Intuitivo que a escola processualista, que ilustrou o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, produz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente. A despeito das reformas pontuais e retalhadoras do ordenamento processual brasileiro, alguns institutos permanecem atarracados a regras inalteradas e, pior ainda, os comentadores continuam comprometidos a posições cientificamente abstracionistas ou absenteístas de outrora.

Eles desprezam que o processo está impregnado pelo direito material.

No caso da “ação anulatória”, a operação analítica, por parte da doutrina, simplesmente dicotomizou aspectos jurídicos em conceitos praticamente incomunicáveis, da seguinte forma: a impugnação de uma sentença é tarefa para a ação rescisória; de outro lado, a “ação anulatória” é uma demanda que ataca os vícios do direito material, desde que eles sejam colocados no interior do processo.

mismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

29. JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan./99, *passim*.

Uma percepção dessa espécie tangencia o problema das invalidades no processo ou no direito material, porém, não define muita coisa. Ataca a questão pela superfície e, absolutamente, não resolve a polêmica disjunção entre *ato processual* e *ato processualizado*. A metodologia tecnicista e seu excessivo formalismo não permite ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista”, em processo civil.

No atual quadrante contemporâneo, raciocinar em dicotomias é morrer por consumação estrutural, porque despreza o funcionalismo que influencia diretamente a natureza de todos os fenômenos jurídicos.

O polo metodológico da escola processualista é o conceito de “ação”.

Cediço que a autonomia científica do processo civil é reforçada por essa constatação sobre a “ação”. Daí ser necessário observar o seguinte paradoxo: o conceito nuclear do processualismo – a “ação” – se afirmou através de um caráter abstrato³⁰, como um *direito público subjetivo*, o que evidentemente nega a intrínseca natureza e dinamicidade da “ação”. Açodadamente, os processualistas analisavam o direito civil e traziam os conceitos estáticos daquele ramo para o interior da teoria do processo, paralisando o que é visivelmente dinâmico³¹. Isso não aconteceu apenas com a “ação”, mas, sobretudo, com a compreensão

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

31. A partir de um signo (a *ação*) que reúne o movimento em seu conteúdo eminentemente semântico, porque recheado pela dinâmica, pela antítese à inércia, a corrente processualista alimentou o processo pela “estática” do direito material. E como era permitido, ao processo, apenas importar símbolos, sem, contudo, prover tais institutos de uma carga valorativa particular, na qual se imiscuiu a pretensão de tecnização, por muito tempo, essas definições permaneceram com o prazo de validade marcado, porque estranhos à evidente funcionalidade da “ação”, do “processo”, enfim, da marca dinâmica que lhes é respectiva.

Vale dizer que o processualismo foi tão ousado que conferiu ao significado “ação” o paradoxal sentido de “inércia”, alheando-o do mundo real (o sentido está para o significado assim como os efeitos estão para a eficácia). Seguindo-se no circuito comparativo do raciocínio, salutar referir que o processo enquanto relação jurídica está para uma postura silogística (que não explica o ato processualizado) assim como o processo enquanto procedimento em contraditório (Fazzalari) está para uma dinâmica ponderativa capaz de observar o ato processualizado como espécie de “questão mista”, que conecta a tutela normativa do direito no plano do direito material à tutela jurisdicional e, assim, resolve-se a ponte entre direito e processo com base em uma lei de colisão

do processo mesmo, que fertilizou suas bases através do instituto da “relação jurídica processual”³².

Aqui o ponto: a separação entre uma “relação processual” da “relação em direito material” (baluarte da empresa processualista do século XIX) demonstra que o processo trouxe, do direito privado, uma realidade conceitual sobre a relação jurídica³³. A metodologia interpolava subjetivamente o juiz e as partes, colocava-os em percepção *estática*, apenas conferindo

ou ponderação – resultando em um efeito próprio e diferente da tutela do direito ou da tutela jurisdicional nas acepções isoladas de cada qual.

Daí o ato processualizado, uma *quintessência*.

32. O repúdio à natureza jurídica do processo como uma relação jurídica não significa que todos os problemas estejam resolvidos, em termos da identificação do ato processual e do ato processualizado, em termos da visualização do objeto da “ação anulatória”. A relação jurídica não é antípoda ao raciocínio exposto, mas, decisivamente colabora para um complicador na ordem dos acontecimentos. Por si só, considerar o processo como procedimento não é suficiente para a fortuna da empresa proposta. Isso depende de um conjunto de premissas que emprestam dinâmica à maneira de raciocinar os fenômenos jurídicos – à postura que permite segmentar ato processual do ato processualizado. Ver RICCA-BARBERIS, Mario. Due concetti infecondi: <negozio> e <rapporto processuale>. *Rivista di diritto processuale*, vol. VII, parte II. Padova: Cedam, 1930, p. 191/7.
33. A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da idade média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender *as realidades por uma estática*. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o predicado dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 08. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil, inclusive, ele é denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana”. TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente código