

EDISON ELIAS DE FREITAS

**VÍCIOS DA SENTENÇA CIVIL – TENTATIVA DE
SISTEMATIZAÇÃO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC

PROFESSOR ORIENTADOR: Paulo Henrique dos Santos Lucon

ALUNO: Edison Elias de Freitas – N° USP 6759049

VÍCIOS DA SENTENÇA CIVIL – TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção de Título de Mestre, sob orientação do Professor Doutor Paulo Henrique dos Santos Lucon.

São Paulo - 2012

BANCA EXAMINADORA:

PROF. ORIENTADOR: _____

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Freitas, à minha mãe Lairce e às minhas irmãs Andréa e Adriana, por toda a compreensão, incentivo e incondicional apoio.

Ao nosso querido Lorenzo, com a felicidade de acompanhá-lo em seu desenvolvimento.

Ao meu tio Laércio (in memoriam).

À Helena, pelo amor, paciência e presença constantes e inabaláveis, também durante os momentos difíceis.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

1.1	Relevância do tema	6
1.2	Plano de obra	9

CAPÍTULO 2 – A SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

2.1	Posicionamento do tema no âmbito da Teoria Geral do Direito	11
2.2	Especificidades do sistema de invalidades no direito processual civil	18
	2.2.1 Impossibilidade de se transpor o sistema de invalidades do direito material civil	18
	2.2.2 Especificidades do sistema de invalidades processuais	22
2.3	Nulidade: sanção ou consequência à infração de norma processual	32
2.4	Exclusão dos atos das partes do âmbito das invalidades	36
2.5	Conclusões parciais	40

CAPÍTULO 3 – CRITÉRIOS DE SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

3.1	Natureza do interesse envolvido	43
3.2	Grau de integridade da norma	50
3.3	Sobrevivência do vício ao trânsito em julgado	55
	3.3.1 A sentença inconstitucional	59
	3.3.2 Inconstitucionalidade da sentença por violação a preceitos constitucionais ...	60
	3.3.3 Sentença que se fundou em ato normativo declarado inconstitucional	64
3.4	Vícios formais e de fundo	67
3.5	Conclusões parciais	74

CAPÍTULO 4 – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DA SENTENÇA CIVIL

4.1	Presunção de validade dos atos processuais	77
4.2	Enfoque da proposta de sistematização	81
4.3	Valores relacionados com o processo	83
4.4	Questões não resolvidas pela ótica exclusiva do direito substancial	88
	4.4.1 Inexistência de controvérsia sobre a possibilidade de aproveitamento do ato	88
	4.4.2 Violação de garantia essencial do processo	94
4.5	Proposta de sistematização	98
	4.5.1 Nulidade absoluta e relativa	98
	4.5.2 Tratamento da nulidade absoluta	106

4.5.3 Inexistência relacionada com a ausência de pressuposto processual de existência	109
4.5.4 Inexistência relacionada com a ausência de elementos intrínsecos da sentença	117
4.6 Conclusões parciais	121
 CAPÍTULO 5 – CASUÍSTICA	
5.1 Sentença dada em processo com irregular constituição do juiz	128
5.2 Sentença a respeito de matéria cognoscível de ofício sem oitiva da parte	131
5.3 Sentença com defeito de fundamentação	135
 CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO	
 CAPÍTULO 7 – BIBLIOGRAFIA	
 RESUMO	
 ABSTRACT	

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

1.1 Relevância do tema

O presente estudo ocupar-se-á dos vícios capazes de comprometer a existência e validade da sentença civil, objetivando a elaboração de uma proposta de sistematização destes.

No contexto de sucessivas reformas legislativas que buscam garantir a estruturação de um processo que atenda aos reclamos da tempestividade e à garantia constitucional da razoável duração do processo, o tema das invalidades processuais em não poucas oportunidades é enfrentado com a postura pessimista de burocratização e de formalismo exacerbado.

Daí não ser difícil entender o motivo pelo qual a matéria frequentemente é vista como um empecilho à plena consecução dos objetivos traçados para o Estado-juiz em nível constitucional e infraconstitucional. Tudo como se representasse o contraponto da ideia de efetividade do método estatal de solução de controvérsias.

Já não se afigura consentâneo com o atual estágio processual declarar-se a nulidade ou inexistência de sentenças que contêm meras irregularidades ou vícios que não redundam em prejuízo às partes ou ao processo. A pronúncia da nulidade, com o comprometimento dos efeitos da sentença seria, nesses casos, mais prejudicial do que benéfico.¹

De outro lado, é preciso enfrentar com prudência a ideia de que o vício, qualquer que seja sua intensidade, ao desembocar na nulidade ou inexistência do ato processual, possa ser convalidado em nome da efetividade processual e da instrumentalidade das formas. Também esses princípios, quando mal invocados pela parte

¹ É essa relação estabelecida por Francesco Carnelutti: “Quando, por não se ter alcançado a perfeição, o ato é ineficaz, verifica-se, economicamente, uma perda. Em palavras mais claras, há trabalho perdido e por isso a ineficácia do ato, se tem seu rendimento, tem também o seu preço. A vantagem está em que, se os requisitos são estabelecidos porque somente quando existirem será oportuno que existam os efeitos, evita-se toda desproporção entre estes e suas causas, mas, de outra parte, em tais hipóteses, há alguma coisa que se fez para nada. Isto explica porque, se logicamente deveria bastar a mínima deficiência dos elementos para excluir a eficiência, na prática se distingue entre deficiência e deficiência; para excluir, em troca, a ineficiência, quando a deficiência seja tão leve que resulte menor o inconveniente da eficácia que o da ineficácia.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, p. 182-183).

e aplicados pelo julgador, podem converter-se, respectivamente, em regras desprovidas de sentido e arbitrariedade judicial.

O formalismo processual, além de funcionar como fator limitador do poder estatal, oferece a capacidade ordenadora e organizadora que se realiza, em concreto, por meio do procedimento.² A atribuição conferida à efetividade do processo no sentido de conferir agilidade e eficácia ao instrumento estatal de resolução de controvérsias não vingará se este mesmo instrumento primar pela desordem: também as funções de ordenar e organizar o processo estão voltadas à sua finalidade maior.

Neste contexto, o empenho dirigido ao estabelecimento de critérios os mais firmes possíveis para o sistema de controle dos vícios processuais justifica-se no propósito de conferir segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados, fornecendo subsídios para que se permita saber em quais hipóteses, quando e por que meios deve-se perseguir a impugnação do ato processual viciado.³

Para além de simplesmente constatar se o ato processual observou a norma instituidora da forma, o estudo do tema demanda o manuseio de diversos outros conceitos e princípios, revelando, nas variadas propostas de sistematização dos vícios dos atos processuais, ora posturas mais conservadoras, ora mais liberais, no que toca à possibilidade de desconsideração das invalidades.

Por este motivo, sobrelevam de importância as tentativas de se fixar bases sólidas quanto ao real conteúdo e limites de incidência dos conceitos e princípios que informam o estudo das nulidades processuais, notadamente como forma de

² “(...) a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo**, p. 77)

³ Desta feita, “a necessidade de que se faça uma distinção entre atos nulos e inexistentes nasce, fundamentalmente, dos prazos que a lei cria para que, dentro deles, se tome alguma providência quanto ao seu ataque. Assim, se o ato nulo é viciado de alguma forma, o inexistente nem chega a ser, juridicamente. Ainda que para ambos os casos deva haver pronunciamento judicial, segundo pensamos, aquele estará submetido a um prazo qualquer, que tenha sido estabelecido em lei. Todavia, o mesmo não ocorre com os atos inexistentes, cuja possibilidade de vulneração não se submete a prazo algum...” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, p. 167)

se evitar ao máximo os casuísmos.⁴ Tome-se como exemplo o conceito de *fim do ato*. O ordenamento positivo utiliza-se de locuções abertas para referenciá-lo, reforçando a tarefa do intérprete de extrair, com a maior precisão possível, o conteúdo desse conceito.⁵

⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**, p. 154-155.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 423.

1.2 Plano de obra

Como ressaltado, o objetivo principal da dissertação é a apresentação de uma proposta de sistematização dos vícios da sentença civil.

Em sua primeira parcela, abordou-se a possibilidade de se obter um conceito unívoco de invalidades, que tenha aplicação para todos os ramos do Direito.

Com as conclusões a respeito da inviabilidade dessa noção ampla, apresentaram-se as razões pelas quais não se entende possível transportar e aplicar automaticamente o regime jurídico de nulidades presente no direito material aos atos processuais. Essa tarefa imporia uma série de profundas alterações que modificariam até mesmo as premissas do sistema de nulidades engendrado para o processo.

Após, houve o enfrentamento da conceituação de nulidade, que permanece sendo objeto de controvérsia doutrinária. Por esse motivo, impõe-se a adoção de um posicionamento a respeito de sua natureza como sendo uma sanção ou como uma entre as consequências possíveis de serem extraídas a partir da invalidade processual.

Questão que deve ser enfrentada como antecedente lógico da análise dos critérios de sistematização existentes e da própria proposta de sistematização reside na exclusão dos atos das partes do âmbito das invalidades processuais, vez que a estes se resolvem no plano da admissibilidade, reputando-se eficazes ou ineficazes.

A segunda parte da dissertação foi dedicada ao exame dos principais critérios empregados pela doutrina com vistas à sistematização das invalidades processuais.

Nesse sentido, é reveladora da postura adotada diante do tema a atribuição de maior ou menor importância ao critério da natureza do interesse envolvido na norma que o ato processual deixou de observar, permitindo a sistematização das invalidades processuais sob o enfoque da dualidade de proteção ao interesse público de administração da Justiça ou interesse das partes que compõem a relação processual.

De outro lado, conferindo-se ao grau de integridade da norma reguladora da validade do ato processual o posto de critério principal de sistematização, fica estabelecida uma espécie de presunção de que a observância da forma prevista em lei é a medida necessária e suficiente para se reputar válido o ato processual.

Neste sentido, verifica-se que não é somente comedida, mas também realista, a postura do legislador em não pretender formular um rol extenso (e pretensamente exaustivo) de hipóteses em que se estaria diante de um vício do ato processual. O não tão extenso número de nulidades cominadas, em certa medida, traduz o reconhecimento de que é impossível antever todas as hipóteses em que o ato escaparia a sua regularidade.⁶

Ainda, há propostas que se apoiam sobre a possibilidade de sobrevivência do vício ao trânsito em julgado, de modo a apartá-los em vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios. Por fim, examinaram-se as sistematizações baseadas na dicotomia entre vícios formais e de fundo.

À vista da apreciação crítica dos critérios de referidas propostas, elaborou-se a tentativa de sistematização para a qual se volta a presente dissertação.

Na derradeira parcela do estudo, foram apresentadas algumas aplicações práticas da proposta de sistematização dos vícios das sentenças civis, abordando-se as sentenças dadas em processos com irregular constituição do juiz, pertinentes à matéria cognoscível de ofício sem oitiva da parte e com defeito de fundamentação.

⁶ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**, p. 69.

CAPÍTULO 2 – A SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

2.1 Posicionamento do tema no âmbito da Teoria Geral do Direito

A concepção de invalidade não se confina ao processo civil ou a qualquer outro específico ramo do Direito. Trata-se de noção pertinente a todos os segmentos da ciência jurídica, conduzindo à afirmação doutrinária de que se cuida de matéria originariamente afeta à Teoria Geral do Direito, espreado-se, a partir daí, para o Direito Público e Privado, sob o aspecto material ou processual.⁷

Assim, é de todo proveitoso que, inicialmente, se centralize o tema de modo mais amplo. A tentativa será de abstrair as diferenças existentes e considerar os pontos comuns para, ao final, verificar se é possível firmar uma noção categorial de invalidades que não tenha compromisso com nenhum segmento específico.⁸

Posta essa finalidade, há de se levar em conta o enfoque classificatório que, baseado no conteúdo veiculado pelas normas jurídicas, as aparta em duas espécies.

Não se prende esse enfoque classificatório à forma idiomática ou gramatical pela qual as normas se expressam, e sim à função que elas cumprem na vida social ao impor condutas ou autorizar que os sujeitos, cumprindo determinado procedimento, realizem atos voltados ao alcance de uma dada finalidade.⁹

Segundo referido panorama classificatório, há um primeiro grupo formado pelas normas que, por força de seu conteúdo, proíbem determinados comportamentos. Como técnica voltada a assegurar seu cumprimento, estas se apóiam na

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 141; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade”, p. 131; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**, p. 23; MARDER, Alexandre. **Das invalidades no direito processual civil**, p. 13; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As nulidades no Código de Processo Civil”, p. 38; LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 70; COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do Direito Processual Civil**, p. 298.

⁸ KOMATSU, Roque. **Da invalidade...**, p. 25.

⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume II, p. 358.

possibilidade de aplicar sanções em desfavor de quem, por ação ou omissão, pratica as condutas antijurídicas ou de quem impede que terceiros pratiquem condutas permitidas. São referidas em sede doutrinária como normas *impositivas de conduta*.¹⁰

Apesar de corresponderem à estrutura prevista na legislação penal, não guardam pertinência exclusiva com tal ramo jurídico.

No processo civil, por exemplo, é possível verificar a sua presença nas regras sobre litigância de boa-fé, que impõem deveres de conduta aos litigantes (artigos 14, 17 e 600, do Código de Processo Civil), e também ao juiz e auxiliares da Justiça (respectivamente, artigo 314, parte final; e artigo 147, ambos do citado diploma legal).

No âmbito do direito civil, também porque as obrigações entre particulares vêm reforçada com a possibilidade de execução forçada em caso de inadimplemento, é possível identificar a presença de estrutura próxima à das normas impositivas.

À evidência, não se trata rigorosamente da mesma técnica de sanções presente no âmbito penal, mas o que se reputa determinante é que, em ambos os casos, as normas exortam os indivíduos a empreender ou omitir certas ações.¹¹

Em síntese, por força das normas impositivas, cria-se um *âmbito do dever*, no qual são impostas limitações à liberdade natural do ser humano.

A incidência de tais regras impositivas promove a separação das condutas humanas em duas classes: as antijurídicas e as possíveis. Estas últimas, portanto, ostentam caráter residual, referindo-se ao exercício da liberdade restante após a delimitação do já mencionado *âmbito do dever*.

Tal equivale a afirmar que as leis não se restringem à veiculação de regras que imponham deveres de abstenção de determinadas condutas mediante cominação

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”, p. 38.

¹¹ MAIER, Julio B. J. **Función normativa de la nulidad**, p. 114.

de sanção.¹² O conjunto destes comportamentos remanescentes compõe o chamado âmbito de liberdade do indivíduo.¹³ No entanto, nem todas as condutas a ele pertencentes têm o mesmo valor.

Consoante ilustra Julio B. J. Maier, há uma diferença essencial entre a pessoa expressar oralmente o desejo de partilhar o patrimônio quando de seu falecimento e documentar tal desejo perante um notário. Também se distingue facilmente (i) o caso de uma entrevista televisiva no qual a maioria de parlamentares se pronuncia pela aprovação de determinado projeto de lei de (ii) uma sessão parlamentar oficial com o propósito de deliberar sobre o mesmo projeto.¹⁴

No *âmbito da liberdade* do indivíduo, há de se apartar os comportamentos juridicamente irrelevantes daquelas ações que, praticadas segundo determinados critérios técnicos e instruções, produzem um dado efeito jurídico.

Assim, de acordo com tal enfoque classificatório, há um segundo grupo de normas, que regulamenta o exercício da liberdade jurídica restante após a incidência das normas impositivas de conduta. Referidas normas não impõem deveres ou obrigações.

Em vez disso, facultam aos indivíduos mecanismos (“facilities”) para a realização de seus propósitos. Conferem-lhes poderes para criar estruturas de direitos e deveres por meio de certos procedimentos e de acordo com determinadas condições de modo, forma, lugar e tempo.¹⁵ A elas, a doutrina faz referência como normas *técnicas, instrumentais* ou *potestativas*.¹⁶

¹² Contrariando, neste particular, a orientação de Kelsen no sentido de que o direito é entendido e definido como uma soma de imperativos ou como uma soma de regras formadoras de um dever. As regras jurídicas que não se acomodam a esse esquema seriam somente secundárias ou dependentes de tais imperativos. Essa interpretação é puramente lógica e, portanto, não leva em conta a distinta função que as regras jurídicas cumprem na vida social. Também considerando essa concepção insuficiente: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Notas...”, p. 132.

¹³ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**, p. 35.

¹⁴ MAIER, Julio B. J. **Función...**, p. 116.

¹⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito...**, p. 35.

A *latere* das diversas terminologias que se pode adotar, o dado essencial consiste na constatação de que a inobservância destas normas técnicas não acarreta a penalidade do transgressor, e sim a perda (ou o risco de perder) a possibilidade de se atingir o resultado para o qual o ato estava voltado.¹⁷

Extrai-se da inobservância de tais regras consequência jurídica diversa da que se apresenta para a hipótese de descumprimento de uma norma impositiva de conduta. Nessa moldura é que se insere o conceito amplo de invalidade. Nas palavras de Hart, “*quem infringe a regra potestativa não comete ilícito algum, realizando apenas uma ação inválida que não pôde alcançar a sua finalidade*”.¹⁸

Assim, uma primeira noção de invalidades, extraída a partir do enfoque em exame, levaria tão somente àquelas que ocorrem no âmbito das normas potestativas, como resultado da prática de determinado ato sem a observância das formalidades ou critérios técnicos fixados para tanto, perdendo-se assim a possibilidade de que este alcance a finalidade para a qual estava programado.¹⁹

Mas, lançando olhar sobre o fenômeno em algumas áreas do direito, verifica-se que nem sempre será possível se falar em uniformidade quanto ao modo de ser das invalidades, o que compromete a tarefa de lhe fixar um conceito unívoco.

No âmbito do direito constitucional, por exemplo, alude-se à nulidade dos atos normativos portadores de inconstitucionalidades. Note-se que não se está a tratar exclusivamente do desrespeito ao processo de elaboração e aprovação de leis previsto na Constituição Federal (inconstitucionalidade formal), mas também da incompatibilidade material da norma com o texto da Carta Política.

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, p. 38.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, p. 41.

¹⁸ Exemplo colacionado pelo jurista inglês é o do testamento elaborado sem a observância do número legal de testemunhas (HART, Herbert L. A. **O conceito...**, p. 39). No direito positivo pátrio, é possível citar-se a regra do artigo 108, do Código Civil, que prevê a celebração de escritura pública para celebração do contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a trinta salários mínimos.

¹⁹ MAIER, Julio B. J. **Función...**, p. 129.

Quanto ao direito administrativo, tem-se que os atos praticados pelo agente público em excesso ou desvio de poder igualmente recebem a pecha de inválidos. A doutrina administrativista destaca que a expressão “*excesso de poderes*” refere-se não somente ao ato que tenha sido praticado quando a lei não houvesse, em absoluto, conferido à Administração os poderes necessários a tanto. Relaciona-se também com a hipótese de o ato ser portador de *ilegalidade substancial* decorrente da ausência do que reputa ser o mínimo de interesse público necessário à prática do ato administrativo.²⁰

Devem ser citadas também as invalidades do direito privado. No direito civil, tem-se que os negócios jurídicos são inválidos sempre que infringem uma norma jurídica cogente, quando a própria norma não prevê sanção de outra natureza para a espécie.²¹ Por seu turno, o negócio jurídico anulável tem por causa dolo, coação, fraude contra credor.

O que há de comum em todos estes exemplos é o fato de não se estar diante de uma infração formal, uma inobservância de norma técnica ou instrumental. Antes, trata-se de hipóteses em que a essência dos atos é contrária ao direito. Diante de situações como essas, verifica-se que as invalidades, inseridas no plano da Teoria Geral do Direito, podem ser identificadas também a partir da observação do conteúdo do ato.²²

Tais noções fazem com que a concepção de invalidades em termos mais amplos ultrapasse o domínio da inobservância das normas instrumentais, permitindo-

²⁰ ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**, v. I, p. 296. O vício indicado pelo administrativista italiano aproxima-se sobremaneira do que a doutrina nacional indica ser o desvio de finalidade, presente quando “*a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público*” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, pp. 114-115).

²¹ É o que constata Marcos Bernardes de Mello, ressaltando que o conjunto das hipóteses apresentadas “*não envolve violação de ‘norma técnica’ – no sentido de norma instrumental -, mas decorre de infração contra o próprio ordenamento jurídico, que tem na ilicitude a sua própria negação.*” (**Teoria do fato jurídico – Plano da Existência**, p. 263).

²² É nesse sentido a observação de Eduardo Juan Couture a respeito do “*desajuste entre a forma e o conteúdo*” que ocorre em todos os terrenos da ordem jurídica: “*apresenta-se sob a forma de nulidade das constituições, das leis, dos regulamentos, dos atos administrativos praticados com excesso ou com desvio de poder. No direito privado, abarca os atos jurídicos, a sua prova e os seus efeitos.*” (**Fundamentos...**, p. 298).

se constatar que tal fenômeno se faz presente em situações nas quais o desrespeito analisado não se relaciona estritamente com a forma do ato, e sim seu conteúdo.²³

No entanto, essa primeira impressão rui quando transportada para os quadrantes do direito processual civil, ramo no qual escapam ao conceito de invalidez considerações que levem em conta o conteúdo do ato processual.²⁴

Enfim, a multiplicidade de situações situadas na esfera das invalidades, bem como a diversidade de tratamento que o direito positivo dispensa ao tema em cada um dos seus ramos leva à conclusão de que não é possível se erigir uma teoria geral das invalidades.²⁵

Se algo pode se afirmar de comum às diversas áreas jurídicas no tocante a este fenômeno, trata-se da assertiva de que este se relaciona à inaptidão (ou tendência à inaptidão) dos atos para a produção de seus efeitos.²⁶

Quer se conceitue a nulidade como sanção, quer se descreva como consequência do ato inválido (o que importa, por ora, é registrar que a nulidade não é contemporânea ao vício), o fato é que se reconhece à pronúncia da nulidade a decorrência de fazer cessar os efeitos do ato inválido.²⁷

Vê-se que por assumirem as invalidades características peculiares em cada ramo jurídico, e dada a impossibilidade de se fixar uma categoria geral, a abordagem mais ampla do tema tende a fornecer estritamente noções gerais e

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da Existência**, p. 263.

²⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. II, p. 388; COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos...**, p. 222.

²⁵ Fundando-se em farto acervo doutrinário francês, Marcos Bernardes de Mello qualifica de “*irrealizável*” a elaboração de uma teoria geral das invalidades (**Teoria do fato jurídico – Plano da Validade**, pp. 14-16).

²⁶ Disse-se “tendência” à inaptidão para produzir efeitos porque Marcos Bernardes de Mello observa, com acuidade, não ser possível a assertiva de que todo ato nulo é ineficaz. Para tanto, vale-se do exemplo do casamento que, mesmo nulo, é eficaz em relação aos filhos e o pode ser em relação aos cônjuges, neste caso se contraído de boa-fé, conforme dispõe o artigo 1.561 do CC (**Teoria do fato jurídico – Plano da Validade**, p. 16).

²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais**, p. 25.

propedêuticas a respeito da matéria, no sentido de demonstrar as similitudes ontológicas (ainda que parcas) que o fenômeno apresenta nos diversos segmentos do Direito.²⁸

Direcionando estas conclusões para o propósito da presente dissertação, trata-se de demonstrar que justamente em virtude das particularidades do processo civil, há a necessidade de se erigir um regime de invalidades sem o transporte automático das regras que incidem sobre o tema em outros ramos jurídicos.

²⁸ É o que leva Couture a afirmar que *“uma vez assentadas certas noções que formam a base de toda e qualquer ideia acerca de nulidades, e que são portanto comuns a todos os ramos do direito, as soluções se desviam e se tornam específicas, particulares a cada um dos ramos do ordenamento jurídico”* (**Fundamentos...**, p. 298).

2.2 Especificidades do sistema de invalidades no direito processual civil

2.2.1 Impossibilidade de se transpor o sistema de invalidades do direito material civil

Por um motivo de precedência histórica, no direito civil forjaram-se conceitos e institutos que, com as necessárias adaptações, foram sendo transportados e flexionados no âmbito de cada específico segmento do Direito.²⁹

Tal não equivale afirmar que estas noções fossem privativas do ramo civilista. Ao contrário, apesar de muitas delas terem se desenvolvido no seio deste último desde o direito romano, em verdade guardam pertinência com a Teoria Geral do Direito.³⁰

É o que se constata com relação aos conceitos de ato e relação jurídica. Estes, uma vez recepcionados por cada segmento jurídico, assumiram características e regimes peculiares. Essa origem em um tronco comum, contudo, impôs dificuldades para que alguns dos institutos se desgarrassem dos elementos que lhes eram originários no direito material civil.

Boa parte dessa dificuldade se atribui à mera transposição destas noções categoriais para os outros ramos jurídicos, método que é objeto de crítica bastante presente em sede doutrinária, notadamente sob dois aspectos:

(i) em lugar da construção específica dos institutos no âmbito de cada ramo jurídico, opta-se por transplantar todos os dogmas e a relevante massa de conceitos forjada pelos civilistas e, somente após, procura-se assinalar as suas peculiaridades naquele segmento que os recebeu³¹;

²⁹ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Invalidades Processuais**, p. 25.

³⁰ Roque Komatsu observa a circunstância de os diplomas legais de natureza civil agasalharem normas e princípios que pertencem à Teoria Geral do Direito. O processualista vislumbra nesta circunstância um relevante erro de método, por força do qual ainda hoje se chega à incorreta percepção de se considerar exclusivas do Direito civil determinadas figuras que podem ter regime jurídico de Direito público (**Da invalidade...**, pp. 18-25).

³¹ MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 22.

(ii) o direito civil não pode ser elevado a uma condição que não lhe compete, qual seja, a de estabelecer modelos, arquétipos ou matrizes da ciência do Direito.³²

Percebendo a aplicação de referido método de transposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta ser este um dos fatores responsáveis para a percepção do direito administrativo como sendo secundário em relação ao direito civil; “*um direito, de certo modo, filho do ordenamento privado*”.³³

No âmbito do processo, também o tema das invalidades sofreu influência dos conceitos desenvolvidos pelos civilistas. Apesar de os institutos pertinentes terem se descolado da Teoria Geral do Direito para desenvolverem-se no específico ambiente processual, há entendimento doutrinário de que o direito substancial permanece abrigoando muitas das premissas do sistema de invalidades processuais.³⁴

Adolfo Gersi Bidart, na primeira metade do século passado, destacava que o tema das nulidades é um dos pontos em que não se havia conferido uma necessária autonomia processual com relação ao direito substancial. Relatava ser frequente na jurisprudência e doutrina uruguaias da época admitir, no tema, a proeminência do Código Civil frente ao *Código de Procedimientos*, bem como o expediente de estender as disposições do primeiro ao segundo para regular as hipóteses que se entendia serem análogas.³⁵

Essa proeminência do direito substancial faz-se sentir mesmo atualmente, levando parcela da doutrina a identificar o regime jurídico das nulidades do

³² KOMATSU, Roque. **Da invalidade...**, p. 27-28.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo**, p. 100-105.

³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 142.

³⁵ Referido processualista sustentava a necessidade de se partir da observação dos fatos para edificar as construções teóricas, desta forma escapando da influência da ciência do direito privado com sua imponente massa de conceitos e de normas que não necessariamente encontram fundamento no âmbito do processo (BIDART, Adolfo Gelsi. **Nulidades en los actos procesales**, pp. 3-5).

direito positivo brasileiro como inserido no Código Civil. Segundo este entendimento, trata-se de normas que dizem respeito a todo o direito apesar de estarem formalmente contidas em um diploma normativo de natureza civil.³⁶

No que toca ao processo, apontam-se defeitos do ato ligados àquelas mesmas imperfeições que impõem a nulidade no âmbito do direito material. Transportando critérios incidentes sobre os negócios jurídicos, sustenta-se que os atos processuais podem estar eivados de vícios relacionados com a não observância da capacidade do agente, objeto lícito e forma adequada.

Estes elementos do negócio jurídico são levados para o processo para que, somente após, se procure assinalar seus traços característicos. Assim, a capacidade civil é o ponto de partida, ao qual se acrescentam dados técnicos: para as partes, a legitimação para o processo e o *ius postulandi*; para o juiz, a competência absoluta. Diz-se que viciado também será o processo utilizado para fins ilícitos (v.g., processo simulado).³⁷

Se for o único empregado, este método mostra-se inadequado principalmente porque a fixação das invalidades processuais partindo-se das regras civilistas não permitirá cogitar daqueles vícios que se ligam à inobservância das peculiares regras do procedimento. Tão somente por este método, não se alcançarão, por exemplo, as invalidades decorrentes da violação de valores inerentes ao processo, como motivação das decisões judiciais, contraditório e juiz natural.

Submeter as invalidades processuais integralmente às mesmas premissas das invalidades do direito substancial importa em reavivar uma nova manifestação da tendência que fazia do direito processual o apêndice do direito privado, um simples repertório dos meios voltados a obter a afirmação do direito subjetivo com o apoio do Estado-Juiz, posição essa que deve ser combatida.³⁸

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 142; Heitor Sica observa que na identificação e classificação dos vícios, aplica-se a sistemática desenvolvido pelo direito material civil e que vale para toda a Teoria Geral do Direito (“Contribuição...”, p. 191).

³⁷ THEODORO JR., Humberto. “As Nulidades...”, p. 41. Referido processualista, entretanto, não se ampara exclusivamente nesse critério. Ao contrário, cogita de invalidades tipicamente processuais.

É por isso que, mesmo na segunda metade do século XX, ainda valia a observação de “*que se esteja a necessitar -permita-se a insistência - de uma elaboração inteiramente nova da teoria da validade dos atos processuais, liberta enfim dos conceitos (e preconceitos) importados de outros ramos do Direito.*”³⁹

Por esse motivo, a circunstância de as invalidades processuais terem uma origem comum com a do direito civil não autoriza concluir que o regime jurídico deste ramo possa ser transportado para o processo sem alterações que modificam até mesmo suas premissas.⁴⁰

Como acima ressaltado, a fixação de uma noção mais ampla do que sejam as invalidades fornece apenas noções propedêuticas a respeito do tema, não dispensando - ao contrário, reforçando - a necessidade de que o tema seja investigado dentro de cada específico segmento jurídico.

³⁸ Bidart observa que o erro dessa posição radicava na subestimação do instrumento, notadamente (i) pela falta de interesse científico, já que o processo trataria de uma simples técnica que bastaria se dominar na prática, sem necessidade de aprofundar seus supostos e princípios e (ii) pela falta de verdadeira autonomia, já que toda esta técnica estaria subordinada à finalidade prática que perseguida com relação ao direito material (BIDART, Adolfo Gelsi. **Nulidades...**, p. 4).

³⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, ‘Querela Nullitatis’ e Ação Rescisória”, p. 32.

⁴⁰ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Invalidades...**, p. 27; TALAMINI, Eduardo. **Direito processual concretizado**, p. 162; MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 23.

2.2.2 Especificidades do sistema de invalidades processuais

No tema das invalides, é preciso respeitar as peculiaridades dos ramos do Direito.

a) parcela da doutrina falimentar sustenta serem nulos os contratos comerciais, se celebrados por comerciante após o termo legal da falência fixado retroativamente pelo juiz.⁴¹

Muito embora esse posicionamento lance luz sobre as especificidades das invalidades dos atos regulados pelo direito comercial, não parece ser correta a assertiva de que se configura na hipótese uma *nulidade*.

É que a disposição legal dos artigos 99, inciso II e 129 alude à *ineficácia* dos atos que, listados nesse segundo dispositivo, tenham sido praticados durante o termo legal da falência. A distinção tem sua razão de ser, já que tais atos não são passíveis, propriamente, de anulação, hipótese na qual o bem retornaria ao patrimônio do falido.⁴²

Trata-se, em verdade, da *perda de eficácia* da relação jurídica perante a massa falida.⁴³ Ricardo Tepedino caminha além, afirmando que “*nulos, na falência, somente os atos praticados pelo devedor, com relação a seus bens, após a decretação da quebra, como previa expressamente a lei anterior, no seu art. 40, § 1º, e hoje decorre implicitamente da regra contida no caput do art. 103 da LRE*”.⁴⁴

b) no Direito Tributário alude-se à nulidade da inscrição da dívida ativa quando preteridas formalidades previstas na legislação específica.⁴⁵

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 144.

⁴² SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, p. 472.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, p. 463.

⁴⁴ TEPEDINO, Ricardo. **Comentários aos artigos 105 a 138 da Lei n.º 11.101/05**, p. 397.

c) Quanto à validade dos atos praticados pela Administração Pública, estes se submetem à observância de específicas condições relacionadas, notadamente, ao sujeito que pratica o ato, ao motivo e finalidade de tal ato e os requisitos procedimentais que o precedem.⁴⁶

Especificamente a Lei n.º 4.717/65⁴⁷ disciplina os atos nulos e anuláveis que podem ser objeto da ação popular. Muito embora se perceba certa simetria entre algumas das hipóteses lá contempladas e aquelas listadas no Código Civil,⁴⁸ há previsões bastante peculiares como a da cominação de nulidade do ato praticado em desvio de finalidade e a admissão ao serviço público sem a observância das condições necessárias.⁴⁹

No que toca ao processo civil, é evidente que há uma zona de intersecção entre as suas invalidades e as do direito substancial.⁵⁰ Contudo, alguns critérios são absolutamente inconciliáveis entre ambas as áreas, não sendo adequado aplicá-los de lado a lado.

Nesse sentido, os seguintes pontos identificam o traço que singulariza o regime das invalidades processuais, de modo a justificar que lhes seja erigido um sistema próprio de controle dos vícios dos atos processuais:

a) O direito civil, muito embora tenha por objetivo regulamentar a relação entre os particulares, por vezes acena com normas imbuídas de inegável interesse público, tais como aquelas reguladoras da boa-fé contratual e do direito de família.⁵¹ Em

⁴⁵ Artigo 202 e 203, do Código Tributário Nacional. Neste sentido: MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 22.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 363.

⁴⁷ Em certa medida, já inserindo o tema no âmbito do processo.

⁴⁸ A ponto de Teresa Wambier asseverar que referido diploma legal confere “*feição de direito público aos incisos do art. 166 do CC*” (**Nulidades...**, p. 148).

⁴⁹ Respectivamente artigos 2º, § único, alínea “e”, e 4º, inciso I, ambos de mencionado diploma legal.

⁵⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**, p. 27.

outras situações, há uma quebra do nível de igualdade em que comumente atuam as partes. Como exemplo, os contratos de adesão, nos quais o estipulante estabelece as cláusulas do negócio jurídico a ser realizado.

Mas, mesmo à vista destas situações, verifica-se que é no processo civil, por regra, que marca presença um desnivelamento entre os sujeitos da relação jurídica (entre a parte e o juiz), tornando-se proeminentes os interesses públicos.

A presença de um terceiro imparcial é um traço distintivo do processo. É essa posição do magistrado, a quem o Estado confiou o exercício de poderes que permitem atingir diretamente a esfera jurídica das partes, que lhe impõe a observância do princípio da legalidade e confere tipicidade à atividade processual.

Não se estabelece entre Estado e indivíduo uma relação em nível de igualdade nos mesmos moldes daquela percebida no direito material civil. A sujeição ao poder estatal impede que o indivíduo faça seu juízo pessoal sobre a regularidade do ato e conclua por não observá-lo. Daí que os atos judiciais somente podem ser expurgados da ordem jurídica mediante decretação judicial.⁵²

No dizer de Chiovenda, na relação jurídica processual campeia e domina a atividade do órgão estatal, assumindo os interesses de ordem pública nítida predominância sobre os privados.⁵³

Por esse motivo, é corrente o entendimento de que não há o nulo de pleno direito no processo. Esta assertiva funda-se na premissa de que o vício processual de qualquer gravidade, ao contrário do que ocorre na seara das invalidades do direito material civil, não impede o ato de dimanar efeitos.⁵⁴

⁵¹ BIDART, Adolfo Gelsi. **Nulidades...**, p. 6.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 2, pp. 590-591.

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile: Le azioni, il processo di cognizione**, p. 650.

⁵⁴ É o que leva Giuseppe Chiovenda a ressaltar que o instituto da nulidade e da anulabilidade não se comportam no processo do mesmo modo que no direito substancial, já que o processo apresenta a este respeito algumas particularidades que derivam sempre da especial natureza desta relação jurídica.

Tal posição, há tempos repetida, merece um exame mais acurado.

Tão presente aos civilistas, a afirmação de que a nulidade opera de pleno direito quer significar que a consequência jurídica atribuível ao vício do negócio jurídico decorre diretamente da lei, automaticamente e independente de provimento jurisdicional. “*Não é a sentença do juiz, reconhecendo a nulidade, que vai dizer que o respectivo negócio não produziu efeitos; é a própria lei que dispõe que ele não os produziu*”.⁵⁵

Esse entendimento não recebe objeções em plano teórico. Concretamente, entretanto, se a nulidade escapa à apreciação do Judiciário, o negócio jurídico subsiste.⁵⁶ Pode ocorrer, por exemplo, que uma das partes ou mesmo terceiros não conheçam o motivo da nulidade, por não ser este manifesto.⁵⁷ Há, assim, ao menos uma necessidade prática de que a nulidade seja pronunciada judicialmente.⁵⁸

É bem verdade que o fundamento para que assim se conclua não é o mesmo que se encontra à base da necessidade de pronúncia de nulidade dos atos processuais.

No processo, tal resulta da relação de sujeição que o poder estatal exerce sobre o indivíduo, a impedir este último de fazer seu próprio juízo de valor a respeito da validade do ato estatal e, ao final, optar por descumpri-lo. No direito material

(**Principii...**, p. 650). Também neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. 2, p. 591; CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, p. 147.

⁵⁵ VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**, p. 152.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, p. 408.

⁵⁷ Como exemplo, Zeno Veloso cita a hipótese o caso de um enfermo mental não interditado, com aparência de são, que celebra um negócio (**Invalidade...**, p. 153).

⁵⁸ “*Não é porque opera de pleno direito que a nulidade fica a salvo de uma verificação judicial. Sobretudo nos casos em que o negócio nulo tem a aparência de válido, a nulidade precisa ser verificada, carece de demonstração e prova.*” (VELOSO, Zeno. **Invalidade...**, p. 153); Também neste sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no Direito Processual Civil”, p. 189.

civil, é o estado de incerteza a respeito da validade do negócio jurídico que aperfeiçoa o interesse processual para buscar este pronunciamento jurisdicional.⁵⁹

O dado realmente diferencial consiste no fato de os atos processuais estarem em uma relação de concatenação. É este encadeamento que confere o sentido de progressão à marcha processual e faz com que a regularidade de um ato repercuta sobre o seguinte, explicitando o porquê de uma mais premente necessidade de pronúncia das nulidades processuais, se comparado ao sistema de invalidades do direito material.⁶⁰

Enfim, mesmo que a necessária decretação de nulidade não seja um dado exclusivo do direito processual, ainda assim a autonomia de seu sistema de invalidades estaria justificada porque diferentes são os fundamentos para que se conclua por tal necessidade e principalmente porque esta, no processo, vem sensivelmente reforçada por decorrência da relação de coordenação entre os atos que o compõem.

b) No processo, cada ato concorre, junto com os dos demais sujeitos da relação jurídica processual, para a o procedimento que vai se construindo. Os atos são voltados a uma finalidade específica, distinta daquela mirada pelos praticados no direito privado. Como já ressaltado no item anterior, estes não são isolados, e sim unidos por uma coesão finalística indissociável.

Não se voltam à satisfação de um interesse particular determinado, mas inserem-se na cadeia no processo como uma atividade preparatória de um “*ato estatal de caráter imperativo*”: o provimento jurisdicional.⁶¹ Isso faz despontar a função central do princípio da finalidade no sistema das invalidades processuais.

⁵⁹ Ou, como aponta Sica, o reconhecimento judicial da nulidade pode se dar de modo incidental no processo. Tal ocorre quando o réu, acionado com base em negócio jurídico inválido, suscita em sua contestação a existência do vício (“Contribuição...”, p. 189).

⁶⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 189; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, pp. 30-31.

⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 30.

Os vícios processuais devem ser sistematizados de acordo com os referenciais do próprio processo. É o que se pretende abordar na presente dissertação. De outro lado, não se deixa de reconhecer, entre direito material e processual, diferenças quanto às técnicas por meio das quais o ato inválido se passa à inaptidão para gerar efeitos.

No direito civil, as nulidades são cominadas abstratamente, correspondendo o negócio jurídico nulo àquele que se cria com desobediência à lei imperativa. Daí, por exemplo, o tratamento dispensado à nulidade que a doutrina civilista denomina de *absoluta*, cujo reconhecimento é indesviável, não se sujeitando à confirmação ou ratificação (art. 169, do CC).

Já no processo, outros critérios devem ser levados em consideração. A superação do ato inválido por outro do procedimento que o substitui em seus efeitos, ou a aptidão da sentença para resolver a crise de direito material em favor da parte prejudicada no plano processual lançam reflexos sobre o vício, de modo a determinar que a nulidade processual seja sempre declarada em concreto.⁶²

Por isso é que, com maior ou menor extensão decorrente da postura que se adote, admite-se que mesmo os vícios processuais mais graves sejam desconsiderados. Essa também é uma diferença substancial entre os regimes de invalidades do direito civil e do processo.

Mesmo processualistas que sustentam a aplicação das normas civis às nulidades processuais reconhecem que este último sistema de invalidades parte de princípio frontalmente oposto ao do primeiro: o do aproveitamento do ato ou da conservação.⁶³

Eis mais uma indicação de que não é possível aplicar-lhes um mesmo tratamento. A apuração das nulidades no processo civil envolve dois planos: a investigação da *fattispescie* do ato e, se este resultar atípico, a apuração relacionada com o alcance da finalidade do processo.

⁶² DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Invalidades...**, p. 27.

⁶³ ESPINOSA, José Maria Martin de la Leona. **La nulidade de actuaciones en el proceso civil**, p. 113.

A coincidência entre as técnicas das duas áreas restringe-se a essa primeira etapa, voltada a identificar a adequação do ato à lei. No processo, apesar de a apuração do alcance da finalidade supor o reconhecimento do vício, esses dois planos de análise não ocorrem em etapas cronológicas distantes e estanques no tempo.⁶⁴

É dizer que existe uma nota diferencial, no que toca à rigidez do tratamento das nulidades, entre o sistema de controle das invalidades do direito material e o do direito processual.

A atividade processual é típica, ao passo que as relações entre particulares são reguladas pela autonomia das vontades. Apesar disso, por força de seu aspecto finalístico, observa-se que o processo contém regras mais liberais quanto à possibilidade de desconsideração de suas invalidades, se comparadas com aquelas do direito material.⁶⁵

c) a assimilação da ideia de inexistência jurídica, que decorre diretamente da particularidade da relação jurídica processual e de sua autonomia com relação ao direito substancial.

d) as normas de direito privado regulam as relações jurídicas entre particulares e, como tal, o elemento volitivo é o que os distingue. Como decorrência de sua natureza de Direito Público e em virtude da atuação de um ente estatal, prevalece no processo civil o marco da imperatividade, o que afasta a vontade do agente como elemento determinante para fins de estudo de suas específicas invalidades.⁶⁶

⁶⁴ A respeito da técnica para apuração das nulidades processuais, v. capítulo 4.4.1 da presente dissertação.

⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 28; TALAMINI, Eduardo. **Direito Processual...**, p. 165; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 188.

⁶⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, p. 59. Em sentido contrário, Jorge Walter Peyrano sustenta o entendimento de que também o ato processual pode padecer de vícios intrínsecos ou de conteúdo (v.g., erro, dolo ou coação) que conspirem contra sua validade do mesmo modo como os vícios extrínsecos ou formais (“Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas”, pp. 161-172).

Muito embora a expressão “*fim do ato*” pareça reclamar a apuração da vontade de quem o realizou, em verdade, não é a este objetivo que se refere, e sim à vontade e ao fim da lei mesma, isto é, à função do ato processual.⁶⁷

e) em virtude de seu caráter público, esse ramo do direito é composto por normas imperativas que disciplinam a atuação do juiz e garantem a participação das partes no desenvolvimento do procedimento regular, o que dificulta sobremaneira a identificação de normas processuais instituídas no interesse predominante das partes que, se desrespeitadas, possam servir de base para a anulação de atos processuais.

f) relata a doutrina que, no processo, escapa do conceito de invalidade qualquer consideração que leve em conta o conteúdo do ato processual.⁶⁸ A afirmação é verdadeira na medida em que as invalidades processuais não se associam aos defeitos de conteúdo da sentença, ao eventual erro de julgamento.

Predominam no processo as invalidades decorrentes da inobservância das normas *técnicas* ou *instrumentais*.⁶⁹ No entanto, as invalidades também se instalam pela preterição de algum elemento essencial ao ato processual. Como exemplo, cita-se o defeito de motivação da sentença.

Esse perfil das invalidades, majoritariamente relacionadas com o descumprimento das normas técnicas, não se pode afirmar existente com relação às invalidades do direito material civil.

g) há outra diferença marcante entre o sistema de invalidades do direito civil e o do processo, que consiste na função sanatória geral que, via de regra, é operada pela coisa julgada.

⁶⁷ SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**, p. 156.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 392; COUTURE, Eduardo Juan..., p. 222.

⁶⁹ Carlos Alberto de Oliveira afirma todas as normas genuinamente de natureza processual ostentam caráter potestativo (“Notas...”, p. 131). Marcos Bernardes de Mello dá sustentação à tese de que as invalidades processuais não dizem respeito ao conteúdo do ato (**Teoria do fato jurídico – Plano de existência**, p. 263).

Os vícios que sobrevivem à coisa julgada podem ser suscitados dentro do biênio da ação rescisória. Mesmo o vício processual que dava ensejo à decretação de ofício da nulidade no curso do processo de conhecimento exigirá a iniciativa da parte no que toca à pretensão de rescindir a sentença por tal fundamento.

Instituto com tais contornos inexistente no sistema de invalidades do direito civil.⁷⁰

Assim, a título de compilação e de forma sintética, entende-se que os argumentos necessários e suficientes para que se erija um sistema autônomo para as invalidades processuais são os seguintes:

a) a necessidade de pronúncia das nulidades processuais se funda em motivos distintos da necessidade de se pronunciarem as nulidades do direito material civil. A reforçar esta distinção, tem-se a circunstância de os atos processuais estarem concatenados em um procedimento.

b) a técnica por meio da qual da invalidade se chega à inaptidão para produzir efeitos (pronúncia da nulidade) é distinta, se comparados direito material e processual civil. No primeiro, as nulidades são pronunciadas em abstrato, ao passo que no segundo marca presença a vocação finalística dos atos processuais.

Daí ser possível falar em dois momentos sucessivos de exame das invalidades processuais: a apuração da *fattispecie* e o exame da relevância do vício. Essa duplicidade de exames não existe no âmbito do direito material civil, de modo que, ainda que este seja informado pela autonomia das vontades, seu sistema de nulidades, neste particular, mostra-se menos liberal do que o das nulidades processuais.

c) a assimilação da ideia de inexistência do ato processual.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, pp. 194-195.

d) a não interferência da vontade do agente quanto à apuração da validade do ato processual, particularidade que colide com o regime de invalidades adotado pelo direito material civil.

e) a dificuldade de se localizar, no processo, normas instituídas no interesse prevalente das partes.

f) a prevalência das invalidades processuais ligadas à inobservância das chamadas normas técnicas ou instrumentais.

g) a sanatória geral da coisa julgada.

2.3 Nulidade: sanção ou consequência à infração de norma processual

A nulidade não se confunde com o vício do ato processual. A imperfeição do ato é congênita, ou seja, está presente desde a prática deste.⁷¹ Já a nulidade não é contemporânea ao defeito.⁷²

Controverte a doutrina quanto a ser a nulidade uma sanção aplicada ao ato inválido⁷³ ou uma consequência que lhe é imposta.⁷⁴

Em um terceiro entendimento, Teresa Arruda Alvim Wambier, afasta a nulidade do âmbito das sanções, afirmando que esta corresponde a “*um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia*”.⁷⁵ No entanto, não se pode reunir, em uma mesma figura, a nulidade e o vício processual. A possibilidade (ou *tendência*) da ineficácia coloca-se em função do vício, não da nulidade. Se a cessação de eficácia é algo incerto com relação ao vício, corresponde a uma decorrência direta (e não potencial) da pronúncia judicial da nulidade.

Calmon de Passos afirma que a nulidade “*é a falha do ato que lhe afeta a validade jurídica, e não uma simples sanção legal*”.⁷⁶ A formulação poderia gerar a impressão de que a nulidade não necessita ser pronunciada, hipótese essa afastada pelo próprio doutrinador. A mesma objeção pode ser feita à posição de Júlio B. Maier, que afirma se tratar a nulidade de simples inidoneidade de uma ação para alcançar determinado resultado.⁷⁷

⁷¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça, “Contribuição...” p. 190; GONÇALVES, Aroldo Plínio, **Nulidades...**, p. 20.

⁷² Como ressalta Calmon de Passos, “*o estado de nulo é um estado posterior ao pronunciamento judicial*” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, p. 412). Em sentido contrário, por entender que a nulidade está no ato: FONSECA, Tito Prates da. **As nulidades em face do Código de Processo Civil**, p. 54.

⁷³ MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 72; DALL’AGNOL, Antônio Janyr. **Invalidades...**, p. 44; PASSO CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 26; TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais...**, p. 13.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 389.

⁷⁵ **Nulidades...**, p. 140.

⁷⁶ **Esboço...**, p. 107.

⁷⁷ **Función...**, p. 129.

Pois bem. A controvérsia doutrinária realmente se estabelece com mais vigor entre os que sustentam a ideia de sanção e os que defendem a concepção de consequência extraível do ato praticado de modo imperfeito.⁷⁸

Entender a nulidade como sanção não parece ser o mais adequado. Como afirmado em capítulo anterior, este instituto liga-se estreitamente às normas impositivas de conduta, presentes predominantemente no âmbito do direito penal, assim não se amoldando às espécies normativas que deixam de ser observadas quando se está diante de uma invalidade processual (as normas técnicas ou instrumentais).⁷⁹

Ademais, o conceito de sanção, aprofundado e corrente no ramo penal, é estreitamente vinculado ao princípio da legalidade, o que poderia conduzir à equivocada conclusão de que somente existiriam as nulidades expressamente previstas em lei.⁸⁰ Estaria se incorrendo, deste modo, em todos os inconvenientes que serão apontados com relação às propostas de sistematização baseadas na legalidade estrita.

Assim, para sustentar que a nulidade corresponde a uma sanção, é preciso acolher a premissa de que se trataria de uma espécie peculiar, diferente de sanção, que tem uma particular incidência no ramo do direito processual civil.⁸¹ Neste ramo jurídico, a expressão não equivaleria à penalidade, tal como se verifica, *v.g.*, no direito penal, administrativo ou tributário, respectivamente, como restrição de liberdade, perda do cargo ou multa.

Tal tornaria demasiadamente flexível o conceito, conferindo-lhe um sentido equívoco por designar tanto o modelo de sanção presente nas normas

⁷⁸ Muito embora José Roberto dos Santos Bedaque entenda que toda essa divergência se resolva de acordo com a extensão do conceito de sanção que cada doutrinador tome como correto (**Efetividade do processo e técnica processual**, p. 504).

⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Notas...”, p. 137; HART, Herbert L. A. **O conceito...**, p. 41; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**, p. 181.

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 140; BLANC, Ernesto E. Nieto. **Nulidad en los actos jurídicos**, p. 103.

⁸¹ Como faz Norberto Bobbio (**Teoria della norma giuridica**, p. 188) e Alexandre Marder (**Das invalidades...**, p. 72).

impositivas de conduta, como essa particular manifestação que se entende presente no direito processual civil.

Ademais, a sanção destes outros ramos jurídicos sempre contou com a possibilidade de controle das condutas humanas, expondo o autor do ato à aplicação de uma pena.

No âmbito processual civil não há essa concentração, em uma mesma pessoa, da autoria do ato e do dano decorrente da decretação de sua nulidade: o ato sujeito à invalidade é realizado pelo juiz ou seus auxiliares, mas o prejuízo decorrente da cessação de sua eficácia não corresponde propriamente à frustração ou restrição de um interesse destes.

Para adequar-se ao tratamento que é dado ao tema em outros ramos jurídicos, a nulidade processual somente poderia ser percebida como sanção se a cessação de eficácia do ato inválido atingisse os interesses de quem o praticou. E isso somente poderia ocorrer se também os atos das partes fossem incluídos no grupo daqueles sujeitos à nulidade processual, providência essa que não se afigura acertada, como será ressaltado.

Portanto, a noção de nulidade é melhor colocada como consequência⁸² imposta pela prática do ato em condição de desconformidade ao estipulado pelo legislador⁸³ ou decorrente de falha na estrutura interna do próprio ato processual.⁸⁴

Evidentemente, não fica dispensada a necessidade de sua decretação judicial. Afirmar que a nulidade é uma consequência do vício não é o mesmo

⁸² Chiovenda assinalara “*que as nulidades não são penalidades, mas somente a consequência lógica do inadimplemento daquelas formas, a que a lei atribui determinados efeitos*” (**Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, p. 7). Também Mitidiero sustenta que a nulidade seria uma consequência do ato (**Comentários...**, v. II, p. 389). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, apesar de não aludir explicitamente à expressão consequência, após recusar a nulidade como sanção, a insere no contexto de lesão às normas potestativas que *conduz* a uma ação inválida (“Notas...”, p. 138).

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 434; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 140.

⁸⁴ FONSECA, Tito Prates da. **As nulidades...**, p. 54.

que afirmar que seja a única consequência aberta pelo ordenamento.⁸⁵ Somente neste aspecto, entende-se que a ideia de sanção talvez melhor encerre a necessidade dessa pronúncia. No entanto, os outros inconvenientes trazidos por esse conceito justificam que tal não seja adotado.

⁸⁵ Também Daniel Francisco Mitidiero, que adota o conceito de invalidade como “*uma consequência que se segue tão-somente à infração de forma relevante de ato processual aviado por um agente estatal*”, não dispensa a necessidade de esta ser decretada pelo órgão jurisdicional (**Comentários...**, v. II, p. 389).

2.4 Exclusão dos atos das partes do âmbito das invalidades

Consoante será enfrentado em capítulo próprio, um dos maiores pontos de crítica à tradicional proposta de sistematização dos vícios processuais engendrada por Galeno Lacerda é o fato de esta submeter também os atos das partes ao regime das invalidades.⁸⁶

Somente os atos do juiz resolvem-se neste plano.⁸⁷ O exame dos praticados pelas partes se dá pelo aspecto de sua admissibilidade.⁸⁸

A parte, ao se desincumbir de seus ônus e faculdades, não alcança, por si só, os efeitos perseguidos por meio de seus atos. A intermediação de outros sujeitos é necessária para que se extraia essa aptidão. Daí a alusão aos atos dos litigantes como sendo *estimulantes*,⁸⁹ não suficientes para satisfazer o interesse do sujeito que os pratica.⁹⁰

No exame de admissibilidade de tais atos, apura-se a presença dos requisitos previstos em lei para a regular constituição e desenvolvimento da relação processual.⁹¹ Referido juízo constitui condição à produção dos efeitos programados, de modo que, se resultar negativo, desemboca-se na inaptidão do ato para esse fim.

Como ressalta Dinamarco, os atos das partes, quando imperfeitos, não são passíveis de receber a qualificação de nulidade. Situam-se no plano da eficácia, sem se cogitar de sua validade ou invalidade.⁹²

⁸⁶ A respeito, o exemplo do recurso intempestivo (**Despacho saneador**, p. 125).

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, pp. 590-592; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 389; DINAMARCO, Pedro da Silva. **Código de Processo Civil Interpretado**, p. 674.

⁸⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça, “Contribuição...”, p. 191-194.

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 134.

⁹⁰ Como ponderou Carnelutti (**Sistema del diritto processuale civile**, v. II, p. 19).

⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**, p. 28.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, p. 592.

De outro lado, a atuação judicial tem por nota característica a capacidade de dimanar diretamente efeitos processuais sobre a esfera jurídica dos litigantes. À vista dessa característica, diz-se serem os atos judiciais *determinantes*, pois essa aptidão não reclama a intervenção de outros sujeitos e nem está condicionada ao exame prévio de sua validade.⁹³

A partir da distinção apresentada, afirma-se que, no processo, o princípio da legalidade não vincula do mesmo modo e pelas mesmas razões as partes e o magistrado.⁹⁴ Este último, no exercício de seus poderes e deveres, deve assegurar que o processo se desenvolva em consonância com o modelo previsto em lei. Os atos que assim não forem praticados serão considerados inválidos e, a depender da garantia processual violada, com relação ao vício não se opera nem mesmo a sanatória geral da coisa julgada.

Já os litigantes atuam no processo em atendimento a interesses próprios, em atos que têm por fundamento as garantias constitucionais inerentes à participação e à defesa.⁹⁵

Se tais atos se distanciarem da previsão normativa, renderão ensejo a outras providências que não a anulação, tais como o não conhecimento da apelação interposta intempestivamente, a extinção do processo sem julgamento de mérito por inépcia da inicial ou por defeito de representação processual do autor, ou a decretação de revelia por consequência do defeito de representação processual do réu.⁹⁶

Muito embora também os atos dos auxiliares do juízo necessitem ser *admitidos* para que possam repercutir sobre a sentença,⁹⁷ verifica-se que, à semelhança

⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 135.

⁹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça, “Contribuição...”, p 192.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, p. 592.

⁹⁶ É essa distinção de tratamentos que levou Calmon de Passos a observar que “*o que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo. Entendo assim que o indeferimento da inicial é decisão sobre sua inadmissibilidade, não decretação de sua invalidade*” (**Esboço...**, p. 158).

⁹⁷ É sob esse aspecto que se observa, por exemplo, o controle de regularidade do ato citatório levado a efeito pelo oficial de justiça. Também nesse sentido, a fiscalização da legalidade da prova pericial, como a ocorrida na oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o vício de prova pericial complexa na

dos atos judiciais, a atuação destes submete-se ao princípio da legalidade e, portanto, se distanciados do modelo legal, inserem-se no âmbito das nulidades processuais.⁹⁸

Enfim, o ato aviado pelo magistrado ou seus auxiliares deve sê-lo de modo típico, sob pena de sua exclusão do mundo jurídico mediante declaração de sua nulidade. De seu lado, os jurisdicionados não estarão recusando legitimamente o cumprimento às decisões judiciais se o fizerem tão somente a partir de seu juízo subjetivo a respeito da validade da decisão. É necessário pronunciamento jurisdicional neste sentido.

Partindo da indicação de que está técnica difere daquela empregada para que os atos dos litigantes passem da imperfeição à incapacidade de produzir os efeitos programados, afirma-se que os atos defeituosos das partes não produzirão efeito algum desde logo.⁹⁹

O raciocínio, muito embora não aluda à admissibilidade dos atos das partes, alcança a acertada conclusão de excluí-los do âmbito das nulidades processuais. No entanto, não se afigura suficiente porque também os atos dos auxiliares do magistrado produzem efeitos mediatos sobre a esfera jurídica das partes, para tanto devendo ser *admitidos* no processo. Nem por isso estão excluídos do regime das invalidades, eis que prevalece a submissão destes ao princípio da legalidade.

Por esse motivo, entende-se que a melhor orientação é aquela que aparta os atos dos sujeitos de acordo com as posições jurídicas por eles ostentadas no processo, reconhecendo a noção de *admissibilidade* à atuação das partes e conferindo aos

qual o perito delegou, sem indicação do magistrado, parte dos trabalhos técnicos a profissional de outra área (Brasil, STJ, 2ª Turma, REsp 866.240-RS, rel. Min. Castro Meira, DJU 8.8.2007, p. 366). Estes atos dos auxiliares da justiça terão efeitos mediatos sobre a esfera jurídica das partes, dada a necessidade de serem *admitidos* no processo. A confirmar esse entendimento, Antonio do Passo Cabral sustenta que os atos *estimulantes* não se restringem à atuação dos litigantes, citando como exemplo a figura do perito (**Nulidades...**, p. 135).

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, pp. 591-592; SICA, Heitor Vitor Mendonça, “Contribuição...”, p. 192. Daniel Francisco Mitidiero utiliza a expressão “*agente estatal*” para designar aqueles que podem praticar os atos sujeitos à invalidade processual. Porque referido processualista acolhe essencialmente o entendimento de Dinamarco a respeito do tema, é possível deduzir que tal expressão engloba os atos do magistrado e de seus auxiliares (**Comentários...**, v. II, p. 389).

⁹⁹ É o que sustenta Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar que “*o réu será revel porque respondeu à inicial fora do prazo, ou a sentença passará em julgado automaticamente, em consequência da intempestividade do recurso*” (**Instituições...**, v. II, p. 592).

atos produzidos por um agente que na relação jurídica processual desempenhe função estatal (correspondentes ao magistrado e seus auxiliares) a possível consequência da nulidade.¹⁰⁰

¹⁰⁰ É o raciocínio empregado por Heitor Vitor Mendonça Sica (“Contribuição...”, p. 191).

2.5 Conclusões parciais

1. O tema da invalidade diz respeito à Teoria Geral do Direito.
2. Um critério possível na tentativa de lhe atribuir um conceito unívoco é apartar as normas jurídicas em *impositivas de condutas*, de um lado; e *técnicas, instrumentais* ou *potestativas*, de outro. As invalidades, em um exame inicial e incompleto, estariam relacionadas com a primeira espécie normativa.
3. Não há uniformidade quanto ao modo de ser das invalidades nos diversos ramos do Direito, já que estas podem dizer respeito também ao conteúdo do ato. Se algo lhes é possível apontar de comum, trata-se da inaptidão (ou tendência à inaptidão) dos atos para a produção de seus efeitos.
4. Também o tema das invalidades processuais sofreu influência dos conceitos desenvolvidos pelos civilistas.
5. Essa proeminência do direito substancial faz-se sentir mesmo atualmente: apontam-se defeitos do ato ligados àquelas mesmas imperfeições que impõem a nulidade no âmbito do direito material. Se for este o único critério empregado, não se apanharão os vícios que se ligam à inobservância das peculiares regras processuais (motivação das decisões judiciais, contraditório e juiz natural).
6. Assim, apesar da origem comum, o regime jurídico das invalidades do direito civil não deve ser transportado para o processo sem alterações que modificam até mesmo suas premissas.
7. As seguintes especificidades são suficientes para que se erija um sistema autônomo para as invalidades processuais:
 - a) a necessidade de pronúncia das nulidades processuais se funda em motivos distintos da necessidade de se pronunciarem as nulidades do direito material civil.

b) a técnica por meio da qual da invalidade se chega à inaptidão para produzir efeitos (pronúncia da nulidade) é distinta, se comparados direito material e processual civil.

c) a assimilação da ideia de inexistência do ato processual.

d) a não interferência da vontade do agente quanto à apuração da validade do ato processual, particularidade que colide com o adotado pelo direito material civil.

e) a dificuldade de se localizar, no processo, normas instituídas no interesse prevalente das partes.

f) a prevalência das invalidades processuais ligadas à inobservância das chamadas normas técnicas ou instrumentais.

g) a sanatória geral da coisa julgada.

8. Nulidade não é sanção. Esse instituto liga-se estreitamente às normas impositivas de conduta.

9. A sanção, nos diversos ramos jurídicos, sempre contou com a exposição do autor da conduta à aplicação de uma pena. No âmbito processual civil não há essa concentração, em uma mesma pessoa, da autoria do ato e do dano decorrente da decretação de sua nulidade. Daí que à nulidade processual somente poderia ser atribuída natureza sancionatória se os atos das partes, inadequadamente, também estivessem sujeitos ao plano da invalidade.

10. Admiti-la como sanção poderia levar à conclusão de que somente existem as nulidades expressamente previstas em lei. É também aceitar que se trata de uma espécie peculiar desse instituto, com particular incidência no ramo do direito processual civil.

11. Nulidade é consequência imposta pela prática do ato em condição de desconformidade ao estipulado pelo legislador ou em virtude de falha em sua estrutura interna. Evidentemente, não fica dispensada a necessidade de sua decretação judicial.

12. Somente os atos do juiz resolvem-se no plano das invalidades. O exame dos praticados pelas partes se dá pelo aspecto de sua admissibilidade.

13. Muito embora também os atos dos auxiliares do juízo necessitem ser *admitidos* para que possam repercutir sobre a sentença, verifica-se que a atuação destes também se submete ao princípio da legalidade e, portanto, se distanciados do modelo legal, inserem-se no âmbito das nulidades processuais.

14. Os atos processuais devem ser apartados de acordo com as posições jurídicas ostentadas no processo, reconhecendo a noção de *admissibilidade* à atuação das partes e conferindo aos atos produzidos por um agente que na relação jurídica processual desempenhe função estatal (correspondentes ao magistrado e seus auxiliares) a possível consequência da nulidade.

CAPÍTULO 3 – CRITÉRIOS DE SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

3.1 Natureza do interesse envolvido

Entre as propostas que buscam singularizar e sistematizar as invalidades processuais com base na natureza do interesse que a norma processual desrespeitada visa a proteger, destaca-se a de Galeno Lacerda.

Tal sistematização indica que os vícios dos atos processuais podem ser considerados nulidades absolutas, relativas e anulabilidades.

Se na norma predominarem fins ditados pelo interesse público, a sua violação importaria em nulidade absoluta que, portanto, não comportaria sanção. Nessa hipótese, o vício deve ser declarado de ofício e qualquer das partes o pode suscitar.

De outro lado, se a norma for instituída em favor do interesse das partes, estar-se-ia diante de nulidade relativa ou de anulabilidade. O critério distintivo entre ambas localiza-se no caráter cogente ou dispositivo da norma desrespeitada: se cogente, a violação resultará na primeira hipótese; ao passo que a anulabilidade seria resultante da transgressão de norma dispositiva.

Nulidade relativa e anulabilidade são sanáveis, diferindo entre si quanto à forma pela qual se opera o saneamento, eis que a primeira é sanada pela ação da parte ou do juiz, devendo este, aliás, conhecê-la de ofício. No que se refere à anulabilidade, por consistir em violação de norma que se situa no âmbito de disposição da parte, é vedado seu pronunciamento *ex officio*, sendo sanada pela tão só omissão da parte interessada.

Muito embora reconheça a impossibilidade de a lei enumerar a integralidade de hipóteses possíveis de nulidade processual, referido doutrinador sustenta ser que todas elas possam ser inseridas nas categorias elaboradas. Tais categorias seriam, portanto, *invariáveis* e *constantas*, desta forma dispensando qualquer recurso à discriminação casuística.¹⁰¹

¹⁰¹ LACERDA, Galeno. *Despacho...*, pp. 70-73.

Apesar de o tema ter sido abordado de modo incidental no *Despacho Saneador*, a sistematização lá apresentada foi secundada, entre outros, por Egas Moniz de Aragão, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior e Roque Komatsu.¹⁰²

A proposta, como indicado, vale-se das categorias de nulidades absoluta e relativa. No entanto, não se nota aqui o puro e simples transporte das noções categoriais presentes no direito privado. Tais noções, ao serem incorporadas na proposta, foram adaptadas ao sistema processual.

Em verdade, as sistematizações que se assentam sobre a natureza do interesse predominantemente protegido pela norma processual têm o mérito evidente de aplicar um critério baseado nos referenciais do próprio processo, fixando os vícios de acordo com os interesses titulados pelas partes no ambiente da relação jurídica processual.

Pois bem. À vista da legislação que se preocupou mais em definir o que não acarreta nulidade do que sistematizar o instituto,¹⁰³ em uma primeira leitura seria possível conferir a tais propostas o mérito de viabilizar um maior controle da atividade do juiz no que toca ao aproveitamento dos atos processuais viciados, atividade que só poderia ocorrer nas hipóteses predeterminadas em que se está diante de vício sanável.¹⁰⁴

Cumpra analisar se essa finalidade é cumprida.

O primeiro ponto que chama a atenção é o fato de serem incluídos na sistematização também os atos das partes, o que se mostra inadequado porque estes se resolvem no plano da admissibilidade, não no da validade.¹⁰⁵

¹⁰² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários...*, v. II, p. 359; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Invalidades...*, p. 44; KOMATSU, Roque. *Da invalidade...*, p. 209.

¹⁰³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. II, p. 41.

¹⁰⁴ É o que sustenta Fábio Gomes ao asseverar que o critério “*evita se recorra ao casuísmo pernicioso para identificar a nulidade*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 30).

¹⁰⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 197.

Quanto à categoria da anulabilidade, tem-se que parcela da doutrina sustenta ser inadequado a sua referência no âmbito do direito processual, sob o argumento de se tratar de uma noção exclusiva do direito privado.¹⁰⁶

No direito material civil, a distinção entre o nulo e o anulável justifica-se porque este último produz efeitos até a anulação do ato, ao passo que o primeiro não reúne aptidão para a produção de resultados, em qualquer momento que se considere.¹⁰⁷ Essa diferenciação, contudo, não calha ao processo, eis que na relação jurídica processual todos os atos são eficazes até que se diga o contrário.¹⁰⁸

Inexistindo o *nulo* de pleno direito, não há porque se engendrar o *anulável* como categoria que a ele se contraponha.

Realmente, é correta a assertiva de que a cogitação da categoria das anulabilidades demonstra certo apego ao referencial do regime das invalidades aplicável ao direito privado. A inclusão desta categoria no âmbito processual sugere um anseio de reproduzir fielmente a estrutura classificatória privatística.

Entende-se, entretanto, que essa preocupação com o referencial civilista não ultrapassou o plano terminológico.¹⁰⁹ A *anulabilidade*, tal como concebida nas propostas de sistematização baseadas no critério ora examinado, não é propriamente contraposta à concepção de nulidade. Ao ser transposta para o processo, essa categoria se desprende do sentido original de que desfrutava no direito privado.

Já não faz referência ao vício que, embora presente no ato, permite que dele se extraiam efeitos. Não diz, portanto, com a aptidão do ato para dimanar efeitos antes da pronúncia de sua nulidade. Em verdade, indica que o ato processual eivado de

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 394. A mesma orientação é adotada por Cândido Rangel Dinamarco, para quem “a concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos da anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável.” (**Instituições...**, vol. II, p. 592)

¹⁰⁷ Com a ressalva, já formulada em capítulo anterior, de que referida posição é absolutamente correta no plano teórico. Na prática, contudo, muitas vezes se mostra necessária a pronúncia do *nulo* do direito material

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 395.

¹⁰⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 198.

anulabilidade somente pode ser anulado por reação do interessado, vedando ao magistrado agir de ofício. Relaciona-se, assim, com a forma pela qual o vício pode ser suscitado.

Portanto, especificamente no que toca à admissão da categoria das *anulabilidades*, apesar de tomar emprestada a terminologia aplicada às invalidades no âmbito do direito substancial, tal expediente não compromete a coerência interna da proposta de sistematização.

Cumprido examinar o critério empregado para distinção entre nulidades absolutas e relativas.

É o interesse preferencialmente protegido pela norma processual que determinará a possibilidade de o vício ser sanado. Por rigor lógico, este deve incidir após a constatação da existência da atipicidade, atuando para permitir que se assumam um posicionamento sobre a possível irrelevância da imperfeição.

Em obra do próprio processualista, elaborada em momento posterior, constata-se o quão complexa é a tarefa de fixar o que seria um dos eixos centrais de sua sistematização: o interesse público. Reconhece que se está diante de conceito “*altamente abstrato e genérico*” e que “*não existe apenas um interesse, mas nele se situa, ao contrário, uma extensão enorme de interesses diferenciados, tão ampla quanto aquela que diversifica os interesses privados*”.¹¹⁰

Pois bem. Ao tratar das hipóteses de normas processuais situadas predominantemente na órbita dos interesses das partes, Galeno Lacerda invoca a ausência ou a nulidade da citação,¹¹¹ muito embora as regras disciplinadoras deste ato, em verdade, tutelem preponderantemente o interesse público da democrática e regular administração da Justiça.¹¹²

¹¹⁰ LACERDA, Galeno. “O Código e o formalismo processual”, p. 10. Também no sentido de que é pouco preciso o critério do interesse público: MARDER, Alexandre S. **Das invalidades...**, p. 58; CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 81.

¹¹¹ LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 126.

¹¹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 392; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 94.

Incluir tais na esfera de proteção dos interesses do litigante é entender o vício como ensejador da pronúncia de uma nulidade relativa, por sua natureza, sujeita à preclusão.

Sendo esta premissa verdadeira, como conciliá-la com o fato de o vício citatório, seguido de revelia, ser causa suficiente para que aquele que devesse ocupar o polo passivo possa resistir à sentença sem nem mesmo estar adstrito ao prazo da ação rescisória?¹¹³

A comparação do tratamento dispensado ao defeito de citação com outras imperfeições revela haver desarmonia interna em referida proposta de sistematização. Tome-se como exemplo as regras que regulam a competência absoluta. Não se duvidaria de que estão imbuídas do propósito de proteção ao interesse público, o que, no sentir de tais propostas, levaria à consideração de que se trata de uma nulidade absoluta.

Uma vez transitada em julgado, a sentença prolatada por juiz incompetente fica sujeita à impugnação somente via ação rescisória (art. 485, inciso II, do CPC). Enfim, concluir-se-ia que uma alegada nulidade relativa (vício relacionado com o ato de citação) possa receber tratamento mais permissivo, no que toca à possibilidade de impugnação, do que um vício que redunde em nulidade absoluta (incompetência absoluta).¹¹⁴

O fundamento apresentado para que as normas reguladoras do ato citatório sejam inseridas prevalentemente na órbita dos interesses particulares consiste no entendimento de que referido ato objetiva conferir ciência à parte.¹¹⁵ É nesta medida que tal ato estaria voltado, preferencialmente, à proteção do interesse do litigante.

¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 194; TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, p. 56.

¹¹⁴ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e Nulidades no processo civil**, p. 105.

¹¹⁵ “Sanáveis, ao contrário, serão as infrações a regras ditadas, preferencialmente, no interesse das partes. Se a norma for imperativa, trata-se de nulidade relativa, sanável mediante ato da parte (...) Assim, a falta ou nulidade da citação, como ato de ciência” (LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 126).

Note-se que este mesmo raciocínio tem um potencial expansivo, vale dizer, é passível de ser estendido para todos os atos processuais de ciência às partes, desta forma habilitando a inadequada conclusão de que todo e qualquer defeito de intimação que resulte em prejuízo à parte consista, sempre, em uma nulidade relativa e, portanto, sanável.¹¹⁶

Seria de se perguntar sobre a possibilidade de atenuar esse específico ponto da proposta de sistematização, mediante *ajuste* que alocaria as regras reguladoras da citação na esfera predominante do interesse público da administração da Justiça.

Pois bem. A proposta de Galeno Lacerda assenta-se sobre duas premissas fundamentais. A primeira delas é a de que a investigação acerca do interesse que a norma processual pretenda proteger é voltada ao objetivo de verificar a possibilidade de sanção do ato inválido. A segunda premissa, logicamente sequencial a essa, é a de que, em se tratando de interesse público, há insanabilidade; em se cuidando de interesse particular, está-se diante de vício sanável.

Assim, se promovido este *ajuste* com o objetivo de situar a citação na órbita dos interesses públicos, para que se preserve a coerência interna da proposta de sistematização, haveria de se concluir que o vício de citação nunca poderia ser desconsiderado.

Nem mesmo na específica situação em que o resultado final do processo tenha sido favorável à parte prejudicada no plano processual, tal julgamento não poderia jamais lançar repercussão sobre a existência do vício. Isso porque o interesse da parte que se sagrou vencedora nunca poderia subjugar o interesse público de se promover a citação regular.

¹¹⁶ Desde que, evidentemente, o ato imperfeito não seja sucedido por outro, que lhe substitua em seus efeitos.

Submeter a sistematização dos vícios processuais a critérios muito abertos pode levar a resultados insatisfatórios e, por vezes, demasiadamente rígidos.¹¹⁷

Outro ponto que merece reflexão é a aparente incompatibilidade entre instituir normas no interesse prevalente das partes e considerá-las detentoras de caráter cogente. O grau de impositividade da norma processual é tão maior quanto seja a necessidade de assegurar a tipicidade do ato, geralmente porque este tem por objetivo a consecução da finalidade pública do adequado funcionamento da jurisdição. Se assim é, fica difícil imaginar que a nulidade relativa refira-se à violação de norma processual que detenha natureza cogente e, ao mesmo tempo, objetive proteger preferencialmente o interesse das partes.

¹¹⁷ MARDER, Alexandre S. **Das invalidades...**, p. 58.

3.2 Grau de integridade da norma

As propostas de sistematização que se baseiam no grau de integridade da norma reguladora da validade do ato processual prendem-se à existência de previsão explícita, no ordenamento jurídico, da consequência extraível da inobservância de regra jurídica reguladora de forma.¹¹⁸

Tratando-se de nulidade cominada, haveria a indicação de que a norma jurídica que a prevê é *íntegra*, ao passo que nulidade não cominada apontaria a *vulnerabilidade* do dispositivo legal.

No primeiro caso, o ato não seria passível de sanção. Na segunda hipótese, seria válido se atingisse seu escopo.

Em sede doutrinária, há resistência em se admitir essa relação automática entre a cominação da nulidade e a impossibilidade de aproveitamento do ato. O argumento é de que essa concepção traduz um apego extremo ao princípio da legalidade e vinculação à ideia de que o legislador tenha a onisciência de prever, abstratamente, todas as possíveis hipóteses de invalidade processual e em quais delas o ato viciado possa ser aproveitado.¹¹⁹

É evidente ser não somente comedida, mas também realista, a postura do legislador em não pretender formular um rol extenso (e pretensamente exaustivo) de hipóteses em que se estaria diante de um vício do ato processual. O não tão extenso número de nulidades cominadas, em certa medida, traduz o reconhecimento de que é impossível antever todas as situações em que o ato escaparia a sua regularidade.¹²⁰

¹¹⁸ Como Pontes de Miranda, que lastreia sua proposta de sistematização na *integridade* ou *vulnerabilidade* das regras jurídicas sobre validade do ato processual (**Comentários ao Código de Processo Civil**, t. III, pp. 353-387).

¹¹⁹ “(...) é de repelir-se, ao menos em sistemas como o nosso, em que não acolhido o princípio da legalidade em matéria de invalidades processuais, o ensinamento de que assimilação de disposições proibitivas a nulidades cominadas (expressas para contrapor a ‘implícitas’), opere como ‘critério moderador’ (...) A infração à regra imperativa não faz, pela só imperatividade, nulo o ato, pois não é a invalidade a sanção única prevista pelo sistema, outras havendo para estimular a parte à correta realização.” (DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. **Invalidades...**, p. 59)

¹²⁰ Batista Martins, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, alertou sobre a impossibilidade de um diploma legal prever todas as hipóteses de invalidade dos atos processuais: “É quase

Além disso, há nulidades que, embora ligadas a normas processuais não expressamente *íntegras*, devem ser consideradas absolutas porque ofensivas a princípios de índole constitucional, como o contraditório e a ampla defesa.¹²¹

Essa constatação amolda-se ao entendimento de que o processo não pode ser interpretado meramente a partir daquilo que está previsto na legislação infraconstitucional, e sim esta é que há de ser reconstruída de acordo com tais garantias.¹²²

Essa limitação natural à atividade legislativa não afasta, contudo, a utilidade do critério da existência de cominação da nulidade. Aliás, muito além de ser útil, este critério é expressamente previsto no ordenamento positivo.¹²³ Não há razão, portanto, para ignorá-lo.

A assertiva de que nem todas as nulidades insanáveis estão cominadas pode até servir como demonstração de que as propostas de sistematização baseadas em tais critérios são falíveis, por não terem a amplitude suficiente para apanhar todos os possíveis vícios que possam redundar em nulidades insanáveis.¹²⁴ No entanto, não há qualquer argumento razoável para se negar utilidade ao critério naqueles vícios que, ao legislador, foi possível prever.

impossível prever, por mais acurada que seja a diligência, todas as formas derivadas ou secundárias que podem assumir os atos típicos do processo para atender às contingências de cada caso concreto. As sanções de nulidade da lei poderiam, assim, não bastar para a tutela da justiça nos casos em que o defeito de um ato, embora não considerado pelo legislador, fosse, não obstante, de tal ordem que pudesse tolher o efeito jurídico a que era destinado.” (LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 69).

¹²¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 83; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, p. 305.

¹²² COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale”, pp. 1064-1065.

¹²³ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 95.

¹²⁴ Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, cogita de nulidade absolutas cominadas ou meramente sistemáticas, destacando que ambas resultam de infrações a ordem pública (**Instituições...**, v. II, pp. 596-597). Mesmo Pontes de Miranda parece admitir essa possibilidade ao afirmar que “*ainda quando não se comine, no texto da lei, a nulidade, o ato não vale, se se trata de observância de determinada forma*” (**Comentários...**, t. III, p. 336).

Negando-se qualquer valia à cominação da nulidade, restaria a pergunta: afinal, se a cominação não se presta a definir as situações nas quais o vício é insanável, qual é a razão de o Código de Processo Civil distinguir entre nulidades cominadas ou não cominadas?

Não satisfaz a resposta doutrinária no sentido de que a distinção só tem o propósito de esclarecer que a nulidade, como sanção que se entende ser, poderia ser aplicada mesmo à minguia de previsão explícita a respeito (nulidades não cominadas).¹²⁵

Não deve ser atribuída natureza de sanção à nulidade. Esse fato, por si, afasta a ideia de que o critério legal da cominação somente teria por finalidade esclarecer que não se aplica o princípio da legalidade no campo das invalidades processuais.

É a doutrina que vislumbra ser a nulidade uma sanção, e não a lei. A ordem positiva, por não partir dessa premissa, não haveria de se referir a este critério somente com o intuito de expressar a *“rejeição da tese de que, sendo a nulidade uma sanção, somente poderia ser aplicada nos casos expressos em lei”*.¹²⁶

A questão se coloca em termos mais simples e objetivos: a intenção deliberada de conferir um tratamento jurídico às nulidades cominadas e outro às não cominadas (ressalte-se, apesar da impossibilidade de que sejam exauridas pelo legislador todas as situações relacionadas com o tema).

Para discordar dessa assertiva e sustentar que o critério da cominação não calha às invalidades processuais, normalmente invoca-se o exemplo do suprimento da falta de citação pelo comparecimento espontâneo do réu. Nessa hipótese, que versa a respeito de uma nulidade cominada, afirma-se que o não pronunciamento judicial do vício somente se explicaria em virtude da ausência de prejuízo. Ao lado desta

¹²⁵ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 119.

¹²⁶ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 119.

hipótese, é citada aquela decorrente do vício de intimação, que não impor a decretação da nulidade se, apesar do defeito, a parte compareceu nos autos.¹²⁷

Também negando valia a este critério, faz-se referência à situação em que o Ministério Público não intervém nas causas em que há interesses de incapazes (artigo 82, inciso I, do CPC). Sustenta-se que a não decretação de tal nulidade quando a decisão final é favorável ao incapaz apagar a relevância do binômio “cominação - não cominação” da nulidade.¹²⁸

Estes exemplos, entretanto, não são suficientes para afastar a utilidade de tal critério. Os atos citatório e intimatório, citados nas duas primeiras hipóteses, têm por objetivo conferir ciência à parte para que se desincumba de determinado ônus.

Em ambos os casos, esses atos de ciência resultaram imperfeitos.

Mas, em virtude da prática de um ato que é posterior ao atípico e que lhe substitui em seus efeitos (v.g., nova prática do ato ou comparecimento espontâneo da parte nos autos), o exame do alcance da finalidade ou da inexistência de prejuízo já não mais se coloca com relação àquele ato imperfeito. O tema não se resolve no plano do aproveitamento deste, que permanece sendo insanável. Tão somente se reconhece a irrelevância de sua atipicidade, vez que esta restou superada pela marcha processual.¹²⁹

Quanto ao julgamento favorável ao incapaz a despeito da não intervenção do Ministério Público, tem-se que a própria ordem positiva ameniza eventual rigor do sistema de nulidades (art. 249, § 2º, do CPC). Contudo, não se pode afirmar que

¹²⁷ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 118.

¹²⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 391. José Roberto dos Santos Bedaque assevera que se “o incapaz, apesar da ausência do representante do Ministério Público, obtiver resultado favorável no processo, não se pode pensar em anulá-lo apenas porque não cumprida a exigência legal” (**Efetividade...**, p. 441).

¹²⁹ Também neste sentido: TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, p. 45. A demonstrar que não se está a tratar de aproveitamento de ato imperfeito, verifica-se que o prazo para cumprimento do prazo pela parte não se contará a partir do ato em apreço, e sim da data em que a parte teve acesso aos autos. O tema é tratado de modo mais aprofundado no capítulo 4.4.1.

tenha sido atingido o escopo processual mirado pela intimação do Ministério Público. O prejuízo, pelos referenciais do processo, existiu. A circunstância de a decisão ter sido favorável aos interesses do incapaz não se vincula ao descumprimento da norma como uma forma de demonstrar que a observância desta teria sido dispensável.¹³⁰

Assim, a cominação da nulidade quer significar que a nulidade, pelos referenciais do processo, deve ser pronunciada. Mas, a sua superação, na marcha processual, por outro ato que assegura à parte os mesmos efeitos, ou a circunstância *externa* do julgamento favorável ao litigante prejudicado no plano processual, lançam repercussão sobre essa necessidade de decretação.

Em conclusão: as propostas doutrinárias baseadas na cominação da nulidade fornecem premissas mais objetivas se comparadas às outras sistematizações das invalidades processuais.

Não há mesmo como negar valia ao critério, até mesmo porque este é previsto na ordem positiva. O que não se mostra suficiente é nele se basear exclusivamente para estruturar uma proposta de sistematização dos vícios dos atos processuais.

¹³⁰ Aroldo Plínio Gonçalves assim se expressa: “*O exemplo típico é do réu que, mesmo ‘nula’ a citação, comparece em juízo. Assim, entende-se que malgrado seja o vício essencial, o ato deve ser convalidado. A convalidação não elimina o vício, mas se impõe ante a sua inocuidade. Não se releva o vício, mas ele apenas é tolerado, como se não existisse*” (**Nulidades...**, p. 83). Eduardo Talamini recusa a possibilidade de *convalidação* da nulidade, reconhecendo que o vício tornou-se *irrelevante* dentro do panorama processual (**Direito processual...**, p. 169). Este tema é tratado de modo mais aprofundado no capítulo 4.4.1.

3.3 Sobrevivência do vício ao trânsito em julgado

Entre as particularidades do processo civil que justificam a estruturação de um sistema autônomo para as invalidades deste ramo jurídico, está o da função sanatória que, via de regra, é operada pela coisa julgada.¹³¹ Este critério é empregado por setor doutrinário que utiliza como eixo central da sistematização das invalidades processuais a possibilidade de o vício sobreviver ao trânsito em julgado.

Em termos esquemáticos, as tentativas de sistematização assim estruturadas apresentam uma classificação tripartite: a) vícios que não resistem à eficácia preclusiva da coisa julgada e, portanto, devem ser suscitados em sede de recurso; b) vícios que, após o trânsito em julgado, podem servir de fundamento para desconstituição da sentença mediante ação rescisória e c) vícios que dispensam o manejo da ação rescisória, sendo alegáveis por outros meios.¹³²

Esse raciocínio, transportado desde a doutrina tradicional, conduz à classificação das invalidades processuais em vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios.¹³³

O dado comum a todas estas sistematizações é a assertiva de que as nulidades que resistem ao trânsito em julgado convertem-se em rescindibilidades. A afirmação, assim formulada, reúne sob este mesmo signo hipóteses de sentença que correspondem a uma causa formal de nulidade (como a prolatada por juiz absolutamente incompetente) e aquelas que se ligam ao próprio conteúdo da decisão (aquela proferida com base em erro de fato).

Essa “contaminação” recíproca entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando* é percebida há tempos.¹³⁴ O estado do que é rescindível não

¹³¹ V. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, p. 266.

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 301.

¹³³ Adotam esse sistematização Tesheiner (**Pressupostos...**, pp. 280-287, Barbosa Moreira (**Comentários...**, p. 301) e Lucas Pereira Baggio (**Nulidades no processo civil brasileiro**, pp. 260-264).

¹³⁴ Essa contaminação era verificada pela doutrina principalmente na tentativa de contrapor as funções dos recursos e das ações impugnativas autônomas. Nesse sentido: CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**,

corresponde, fatalmente, ao do ato processual passível de anulação por decorrência de atipicidade. Ser rescindível não necessariamente é ser inválido.¹³⁵

Barbosa Moreira invoca como exemplo de um vício preclusivo a hipótese da sentença portadora de erro de julgamento por aplicar mal a prova.¹³⁶ Vê-se que as sistematizações lastreadas no critério da sobrevivência à coisa julgada extrapolam os limites das invalidades processuais, de modo a apanhar - aliás, em sua grande maioria, como se extrai do texto do art. 485, CPC - os *errores in iudicando* da sentença.

De mais a mais, a inclusão da categoria dos vícios rescindíveis em referidas tentativas de sistematização, ao menos naquelas mais tradicionais, parte da premissa de que a *rescindibilidade* supõe a possibilidade de o ato rescindível surtir efeitos.¹³⁷ Essa seria a marca que a distinguiria da nulidade.¹³⁸ A capacidade de produzir efeitos, contudo, é algo presente também nesta última, o que permanece deixando em aberto a definição do que seriam vícios rescindíveis.

A propósito da identificação dos vícios de acordo com o critério de tais sistematizações, essa tarefa até poderia ter como ponto de partida o texto da lei. Os preclusivos corresponderiam àqueles não contemplados no bojo do artigo 485, do CPC, ao passo que os arrolados no dispositivo pertenceriam ao grupo dos rescisórios. No terceiro grupo, estariam as sentenças inexistentes ou sujeitas a outros meios de impugnação (v.g., Embargos à Execução).

v. II, pp. 197-199; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**, p. 64. Em sentido contrário, levantando objeções à distinção entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando*, v. FAZZALARI, Elio. **Il giuzidío civile de cassazione**, p. 102.

¹³⁵ É justamente à vista da não coincidência entre os motivos de *rescindibilidade* e os de *nulidade* que Teresa Wambier discorda da assertiva de que após o trânsito em julgado a nulidade se converte em rescindibilidade (**Nulidades...**, p. 196).

¹³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários...**, p. 301.

¹³⁷ Barbosa Moreira define os vícios que dão causa à rescisão como aqueles que “*podem servir de fundamento à desconstituição, mediante ação rescisória, mas não impedem a decisão de produzir, nesse ínterim, todos os efeitos normais*” (**Comentários...**, p. 301).

¹³⁸ É o que se extrai da crítica que Barbosa Moreira faz ao entendimento de Bueno Vidigal, qualificando como uma contradição a assertiva deste último no sentido de que enquanto não forem judicialmente reconhecidas as nulidades, o julgado prevalece operando efeitos (**Comentários...**, p. 107).

No entanto, se empregada esta técnica, haveria de se dirigir às sistematizações resultantes a mesma crítica destinada àquelas lastreadas na cominação ou não da nulidade, qual seja, a de que não seria suficiente para acobertar todas as hipóteses concretizáveis de invalidades.

Presume-se a onisciência do legislador, a quem seria atribuível a capacidade de prever todos os vícios passíveis de concretização e a possibilidade de cada um destes sobreviver à coisa julgada. Olvida-se que, no espectro das garantias essenciais do processo, situações outras podem surgir, dando ensejo a invalidades que, embora não previstas explicitamente no rol de *rescindibilidades*, resistem à coisa julgada.¹³⁹

Não auxilia afirmar que sempre será possível reconduzir o vício à previsão normativa de rescindibilidade por infração literal a dispositivo de lei, de modo a apanhar todo e qualquer vício rescisório, ainda que não previsto explicitamente. Tal argumento importaria no próprio esvaziamento da utilidade dos critérios defendidos em tais propostas, substituindo-os por outro pouco firme.

Adeptos do critério de sistematização abordado no presente capítulo, José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio empregam um método distinto para estabelecer o que seriam os vícios preclusivos, identificados como aqueles “*decorrentes de ação ou omissão ilegal, que tenham impedido a parte de, no momento oportuno, requerer, alegar, produzir prova ou simplesmente presenciar ato do processo.*”¹⁴⁰

Pois bem. O vício relacionado com a ausência de motivação da sentença, por exemplo, impede que a parte embase adequadamente sua apelação, desta forma amoldando-se à definição doutrinária dos vícios preclusivos. De outro lado, por ser a

¹³⁹ Isso em um contexto no qual a doutrina e jurisprudência se valem de princípios constitucionais como o contraditório e ampla defesa para identificar nulidades não expressamente cominadas (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 83). Ou, como ressalta Luigi Paolo Comoglio, há de se ter em mente que o sistema constitucional de garantias do processo não deve ser lido a partir do que está previsto na legislação infraconstitucional, e sim esta última é que deve ser reconstruída e interpretada a partir daquele sistema (“Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale”, pp. 1064-1065). Em boa medida, essa visão confirma a impossibilidade de se afirmar a capacidade de onisciência do legislador quanto à determinação prévia de todas as invalidades processuais.

¹⁴⁰ **Nulidades...**, p. 260.

motivação explicitamente requerida em lei, sua ausência poderá render ensejo à propositura de ação rescisória por decorrência da violação a esta norma processual, o que contradiz a conclusão a que chegaram os mencionados processualistas.

Eventual conceituação que se pretenda obter para todos os vícios preclusivos ou rescisórios não encontrará integral correspondência com a previsão do artigo 485, do Código de Processo Civil, notadamente porque não seria hábil a apanhar todas as hipóteses de invalidades processuais introduzíveis em cada uma destas categorias ou não evitaria que houvesse a inserção equivocada dos vícios, de lado a lado.

Para os fins da presente sistematização, entende-se que as hipóteses de rescindibilidade da sentença relacionadas com os vícios dos atos processuais (e, portanto, as nulidades absolutas por elas espelhadas) são perfeitamente reconduzíveis à previsão das garantias essenciais do processo. A prevaricação, concussão, corrupção, impedimento ou incompetência absoluta do juiz, por exemplo, constituem expressão da garantia de imparcialidade de que deve ser portador o órgão julgador.

Se na estrutura da ação rescisória é necessário se falar em rescindibilidade, não se entende adequado que essa noção seja integralmente incorporada no plano das invalidades processuais, de modo a engendrar uma categoria autônoma para contemplá-la. Tratar-se-á de nulidade absoluta, sendo a rescisória o instrumento para sua veiculação.¹⁴¹

¹⁴¹ Neste sentido, Teresa Wambier (**Nulidades...**, p. 196). Em sentido contrário, por entender adequado aludir à rescindibilidade, já que admitir se tratar de nulidade insanável ensejaria a incoerência de sujeitar a impugnação do vício ao biênio da ação rescisória: TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 21. Não se leva em consideração, contudo, que ser insanável não é o mesmo que ser perpétuo. O vício permanece sendo insanável, por exemplo, quando é substituído por outro, na forma descrita no capítulo 4.4.1. Além disso, a esmagadora maioria da doutrina admite que também as nulidades absolutas possam sofrer o reflexo da resolução da crise de direito material dada pela sentença.

3.3.1 A sentença inconstitucional

Há dois motivos para que o tema da sentença inconstitucional seja inserido no capítulo relativo às propostas de sistematização baseadas no critério da sobrevivência à coisa julgada.

O primeiro deles consiste no fato de os chamados *vícios de inconstitucionalidade* tangenciarem a todo o momento a discussão em torno da impugnação das decisões judiciais mesmo após o esgotamento do prazo para propositura da ação rescisória.

Como será exposto adiante, algumas orientações doutrinárias até mesmo reúnem sob o mesmo grupo de vícios transrescisórios as sentenças violadoras de preceitos constitucionais e as fundadas em atos normativos declarados inconstitucionais.

O segundo motivo para inserção do tema neste estágio da dissertação guarda vínculo com a conclusão extraída nos próximos capítulos, qual seja, a discordância de que a sentença inconstitucional constitua uma invalidade processual, por trazer este entendimento a mesma “contaminação recíproca” entre erros de procedimento e erros de julgamento, observada no capítulo anterior.

Assim, o tema é abordado nos capítulos seguintes de modo limitado, respeitando-se os lindes impostos pelo objeto da presente dissertação, com a finalidade estreita de demonstrar que a chamada “*sentença inconstitucional*” não é processualmente inválida.

3.3.2 Inconstitucionalidade da sentença por violação a preceitos constitucionais

A conclusão de que a sentença violadora de preceitos constitucionais padeceria de “nulidade *ipso iure*” parte da premissa de que a intangibilidade da coisa julgada, por não ter sede constitucional, submete-se também ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior. Referida intangibilidade, portanto, não poderia apanhar a sentença lançada em desacordo com a Constituição Federal, hipótese na qual o ato estaria “*dotado de um valor negativo derivado de sua inconstitucionalidade: a nulidade*”.¹⁴²

Ousa-se discordar deste entendimento, eis que a questão atinente à inconstitucionalidade da decisão judicial coloca-se sob o ponto de vista do acerto ou justiça de seu conteúdo.

Por esse motivo, é preciso enfrentar com prudência as propostas no sentido de obter, além do biênio da ação rescisória, novo julgamento fundado na alegação de que a sentença do processo antecedente consubstancia decisão teratológica, flagrantemente ilegal ou que conspira contra normas ou princípios constitucionais.¹⁴³

Tais propostas, em não poucas oportunidades, impõem a análise da alegada violação do preceito mediante imersão em aspectos predominantemente subjetivos, como o estabelecimento de uma gradação de gravidade de acordo com as contrariedades levadas a efeito.¹⁴⁴

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”, pp. 29-53.

¹⁴³ A respeito, é firme a crítica de José Ignacio Botelho de Mesquita: “*Cabe advertir que, quanto a esse ponto, o intérprete estará caminhando sobre um campo minado, em quem à falta de argumentos de índole científica, estará exposto a ser bombardeado com argumentos de ordem moral, política e até naturalista, excelentes para sensibilizar os apreciadores de novelas e para alimentar um certo patrulhamento ideológico, mas sem qualquer utilidade no campo do direito (...)*” (**A coisa julgada**, p. 114)

¹⁴⁴ Humberto Theodoro Junior qualifica a sentença que vulnera algum preceito ou mandamento constitucional como portadora de “*um tipo de injustiça muito mais grave do que o decorrente da ilegalidade ou da contravenção ética*”. (“O tormentoso...”, pp. 29-53)

Também critérios alheios ao domínio jurídico são levados em conta. Enfim, muitas das correntes neste sentido agregam ao conteúdo da sentença um requisito adicional, de cunho pouco objetivo – a justiça da decisão, sua conformidade com a moralidade ou com as regras da natureza¹⁴⁵ – sem o qual a decisão não atingiria a necessária imutabilidade e definitividade.

Sustenta-se que a particular gravidade dos vícios de inconstitucionalidade ou as consequências sociais que deles podem ser extraídas renderiam ensejo à ampliação ou mesmo supressão do lapso temporal para rescisão judicial dos provimentos jurisdicionais transitados em julgado.

Um exemplo recorrente seria a possibilidade de novo julgamento após o trânsito em julgado da sentença que julgou o pedido formulado em ação de investigação de paternidade se o exame de DNA - na hipótese em que a técnica não era disponível à época do processo - vir a ser realizado e trazer a comprovação em sentido inverso ao que restara decidido.¹⁴⁶

A solução, no entanto, poderia ser encontrada sem o recurso aos critérios de justiça da decisão, tão somente permitindo-se o enquadramento fático à previsão legal da ação rescisória mediante a flexibilização do conceito de *documento novo* (artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil).¹⁴⁷

Admitir a possibilidade de se obter um novo julgamento da causa - mesmo após o transcurso do prazo para a ação rescisória e com base em critérios dotados

¹⁴⁵ José Augusto Delgado admite a revisão da sentença transitada em julgado, além do prazo da ação rescisória, quando “*a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático, por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da Natureza*”. (“Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, p. 65)

¹⁴⁶ É bem verdade que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal admitiu a propositura de nova ação de investigação de paternidade em cenário diferente do acima retratado (Brasil, STF, 1ª Turma, RE 363.889-DF, rel. Min. Dias Toffoli, DJU 15.12.2011). No que é cabível abordar dentro dos limites da presente dissertação, cumpre ressaltar que, ainda dentro desta nova hipótese, a possibilidade de novo julgamento foi avaliada de acordo com critérios de mérito, e não aqueles que poderiam levar à anulação da decisão anterior.

¹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material”, p. 57. Sugestão mais antiga, mas igualmente apta a solucionar a questão, seria a proposta de redação do artigo 485, inciso VII, apresentada por Moacyr Lobo da Costa, da qual constasse que ‘*o direito de propor ação rescisória se extingue em 30 dias contados da data provada de seu descobrimento*’ (“Reflexões críticas sobre a ação rescisória”, pp. 175-176).

de alta dose de subjetividade¹⁴⁸ - significaria abrir as portas para que se seguisse uma série de processos com idêntico objeto.¹⁴⁹

O respeito à coisa julgada é um fundamento do Estado Democrático de Direito, a impedir que o juiz julgue novamente, seja qual for o teor da decisão. Por isso mesmo, a impugnação da sentença inconstitucional deve ocorrer dentro dos limites normativos, sob pena de se eternizar conflitos.¹⁵⁰

Além disso, a sentença prolatada após esse novo julgamento estará, ela própria, sujeita à ação rescisória por violação expressa dos artigos 471 e 474, do CPC.¹⁵¹ E não se poderia pretender obstaculizar essa rescisória com os mesmos argumentos acima invocados: a violação à coisa julgada, nesta hipótese, será frontal e objetivamente aferível, não reclamando a discussão sobre o conteúdo da sentença e sua eventual injustiça.¹⁵²

¹⁴⁸ Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon: “*Fora dos limites do ordenamento jurídico, não é possível se questionar a justiça do julgamento ainda que o juiz tenha se distanciado do direito material, indeferido provas relevantes ou mesmo apreciado mal aquelas encartadas aos autos. Não se pode, por isso, admitir a “relativização” ainda que tenha havido grave injustiça. Isso porque existe no sistema jurídico brasileiro ‘o direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada’*” (“Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único”, p. 160)

Também Ovídio Baptista da Silva ressalta ser “*desnecessário sustentar que a ‘injustiça da sentença’ nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser fundamento para afastar o império da coisa julgada*” (“Coisa julgada relativa?”)

¹⁴⁹ “*Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto (...)*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações...”, pp. 43-68).

¹⁵⁰ É o que ressalta Paulo Henrique dos Santos Lucon, complementando que “*o respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores.*” (“Coisa julgada...”, p. 160)

¹⁵¹ A respeito do *deduzido e deduzível*, leciona Proto Pisani: “*Questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui é del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio de questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di mérito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio*” (**Lezioni di diritto processuale civile**, p. 63).

¹⁵² BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A coisa julgada**, 2006.

Enfim, entende-se que a sentença lançada em violação a preceito constitucional não encerra uma invalidade processual, e sim um erro de conteúdo. Desta forma, ainda que se pretenda adotar proposta mais liberal no que toca à possibilidade de rescindir a coisa julgada em hipóteses excepcionalíssimas – *v.g.*, flexibilizando-se o conceito de documento novo - a questão não tocará ao tema das nulidades processuais.

3.3.3 Sentença que se fundou em ato normativo declarado inconstitucional

Também quanto à sentença que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional há entendimento no sentido de haver um defeito ligado aos requisitos de existência e validade da decisão.

Parte-se da premissa de que o provimento jurisdicional passa a ser incompatível com a ordem constitucional com a declaração do Supremo Tribunal Federal que exclui do ordenamento jurídico, com efeitos *ex tunc*, o ato normativo sobre o qual se funda a sentença.¹⁵³

Se os raciocínios trilhados por cada uma destas orientações são distintos, há um argumento comum: o jurisdicionado não pode estar sujeito ao comando de sentença que se baseou em ato normativo eliminado do sistema, desde o nascedouro, pelo órgão constitucionalmente incumbido de fazê-lo.

Apesar de a declaração de inconstitucionalidade da lei não produzir o automático desfazimento das situações jurídicas instauradas sob a sua égide, a incompatibilidade do ato normativo com a ordem constitucional o tornaria inapto para, legitimamente, criar direitos e obrigações.¹⁵⁴

Em defesa da tese de inexistência, sustenta-se ser esta compatível com o fato de o vício poder ser alegado mesmo após o prazo para propositura da ação

¹⁵³ Assim, parcela da doutrina a tem por inexistente por um dos seguintes motivos: **a)** a decisão teria sido proferida à míngua de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, dada a incompatibilidade deste com o ordenamento jurídico (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização**, p. 31); **b)** a sentença que se baseia em um ato normativo declarado inconstitucional é uma sentença sem dispositivo – que é um de seus requisitos essenciais. Por isso, a inexistência (GONÇALVES, Tiago Figueiredo, “Ação declaratória de inexistência de ‘sentença’ baseada em ‘lei’ posteriormente declarada inconstitucional”, p. 560), **c)** firme no conceito de jurisdição como *atuação da vontade concreta da lei*, tem-se que se a lei inconstitucional é inexistente juridicamente e, portanto, não houve jurisdição no processo. Inexistindo jurisdição, por consequência não teria havido processo (CRAMER, Ronaldo, “Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional”, p. 226).

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868 de 10-11-1999**, p. 316; BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**, p. 137.

rescisória, via Embargos à Execução (475-L, § 1 e 741, § único, do CPC).¹⁵⁵ Em termos objetivos: a tão só previsão de mecanismo que viabiliza a impugnação da sentença inconstitucional mesmo após biênio da rescisória, importaria no reconhecimento de se tratar de uma sentença inexistente.¹⁵⁶

Nada obstante os argumentos expostos, entende-se que a sentença prolatada com base em ato normativo posteriormente declarado inconstitucional resente de um defeito de conteúdo. A questão não se resolve no âmbito dos pressupostos de existência do ato.

Se o conflito entre normas jurídicas ou entre uma norma e a Constituição se resolve no âmbito da invalidade, afigura-se inadequada, contudo, a tentativa de transportar e aplicar essa mesma lógica para o âmbito da sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional. O seu defeito está no mérito da solução dada à causa, no erro ou injustiça de seu conteúdo, e não nos seus pressupostos de existência e validade. A inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá acarretar a nulidade da sentença quando se cuidar de norma processual reguladora de requisitos de validade da sentença ou de validade de atos que repercutam sobre a sentença.¹⁵⁷

Se o Código de Processo Civil previu que essa situação fática poderia dar ensejo à impugnação da sentença mesmo após o biênio da ação rescisória, poderia também se extrair entendimento diametralmente contrário, qual seja, que ao assim

¹⁵⁵ A teor do que dispõem os artigos 475-L, § 1 e 741, § único. Nesse sentido: “*Os adeptos dessa posição, contudo, não apontam como solucionar o problema do decurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. A rigor, se admitido que após o encerramento do biênio decadencial para propositura da ação rescisória a sentença baseada em lei inconstitucional restaria convalidada, estar-se-ia defendendo uma aberração jurídica consistente na solução de um determinado litígio, mediante a aplicação de preceito não albergado pelo ordenamento jurídico ao qual a lide deduzida em juízo está submetida.*” (OLIANI, José Alexandre Manzano. “Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência”, p. 230)

¹⁵⁶ CRAMER, Ronaldo, “Impugnação...”, p. 232.

¹⁵⁷ São dois os exemplos dados por Eduardo Talamini para demonstrar que somente haveria de se falar de nulidade da sentença por decorrência da inconstitucionalidade da norma em hipóteses próximas às seguintes: a) uma lei que dispensasse o juiz de motivar ao sentenciar, e o juiz, amparado nessa regra, profere sentença sem fundamentação; b) uma lei que proibisse prova oral em processos de direito de família, e o juiz, com base nela, indefere o requerimento de prova testemunhal feito pelo autor, julgando improcedente o pedido por falta de provas. (“Embargos à Execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”, p. 53).

fazê-lo, limitou temporalmente a possibilidade de impugnação, desta forma referendando não se tratar de um ato inexistente.

Evidentemente, não se pode sustentar que, ultrapassado o prazo dos Embargos à Execução, a solução ideal seria permitir que o ato normativo declarado inconstitucional permanecendo regulando situações. O impasse, contudo, não há de ser resolvido no plano da existência ou validade da sentença, justamente porque o seu defeito é de conteúdo.

3.4 Vícios formais e de fundo

No capítulo dedicado ao tema das invalidades no plano da Teoria Geral do Direito, explicitaram-se razões pelas quais não se entende possível extrair uma noção desse fenômeno que valha para todos os ramos jurídicos. Um dos motivos que mais colabora para que assim o seja é o fato de as invalidades, nesse plano geral, corresponderem tanto àquelas infrações de normas *instrumentais* ou *técnicas* como as decorrentes do exame de conteúdo dos atos.

A título de exemplo, cite-se a nulidade do ato normativo em confronto com a Constituição Federal, inconstitucionalidade essa não necessariamente decorrente de um vício formal, e sim da incompatibilidade material da norma com a Carta Política. Também pode ser lembrada a invalidade do ato administrativo praticado com excesso de poderes pelo servidor público.¹⁵⁸

Parte da doutrina que se vale desse argumento para rejeitar um conceito de invalidades aplicável a todos os ramos jurídicos confirma que, no processo, estas predominam em sua modalidade de inobservância das normas instrumentais.¹⁵⁹

Mas, os vícios dos atos processuais que podem levar à nulidade estão ligados não somente à inobservância destas espécies normativas, decorrendo também da situação em que há falha no interior do próprio ato processual.¹⁶⁰ Alerta-se que tal não significa que o defeito recairá sobre o conteúdo da decisão, sobre eventual erro de julgamento.¹⁶¹

¹⁵⁸ ALESSI, Renato. **Diritto...**, v. I, p. 296.

¹⁵⁹ É o entendimento de Marcos Bernardes de Mello, que ao tratar das hipóteses “*em que a invalidade apenas resulta de infração a norma instrumental*”, invoca o exemplo das “*normas procedimentais, como no direito processual, constituído que é, preponderantemente, por normas desta espécie, nas regras constitucionais sobre processo legislativo, e, em geral, com normas de direito formal postas, heteropicamente, em textos legislativos de direito material*” (**Teoria do fato jurídico - Plano da existência**, p. 263).

¹⁶⁰ PRATES DA FONSECA, Tito. **As nulidades...**, p. 54.

¹⁶¹ Neste sentido, a advertência de Daniel Francisco Mitidiero no sentido de que no conceito de invalidade não insere qualquer consideração que leve em conta o conteúdo do ato processual (**Comentários...**, v. II, p. 388).

Mesmo porque quando se alude aos *vícios substanciais* que podem dar ensejo à decretação da nulidade processual, não se está tratando deste conteúdo relacionado com o acerto ou desacerto, justiça ou injustiça do ato. Refere-se, sim, ao *conteúdo* em um sentido que o opõe ao aspecto externo do ato, sua feição aparente.¹⁶² A demonstrar isso, tem-se que, os exemplos de vícios dessa natureza apresentados pela doutrina comumente referem-se ao julgamento *extra e ultra petita*¹⁶³ e à sentença com defeito de fundamentação.¹⁶⁴

O que reclama cautela é a tarefa de identificar a que situações corresponderiam esses vícios não formais.

Há imperfeições que não guardam relação direta e exclusiva com a disciplina dos atos processuais em si mesmos. Embora o procedimento possa estar absolutamente regular (imune de invalidades), tais imperfeições constituem obstáculos à admissibilidade do provimento de mérito.¹⁶⁵ A estas imperfeições não se pode dar um alcance tal de serem inseridas no âmbito das invalidades processuais.

É com esse necessário espírito cauteloso que se entende deva ser analisado outro critério empregado por parcela da doutrina para sistematização dos vícios processuais: o consistente na separação destas em vícios de forma e de fundo.

O critério em apreço encontrou difusão no tema dos vícios dos atos processuais por ter sido empregado por Teresa Arruda Alvim Wambier em seu *Nulidades do Processo e da Sentença*.

Segundo o panorama classificatório de referida processualista, os vícios de forma seriam aqueles relativos à inobservância das regras atinentes ao modo,

¹⁶² Remo Pannaim refere-se ao entendimento de Sabatini no sentido de que a inidoneidade decorrente da atipicidade do ato pode resultar de uma dupla série de causas: a primeira relativa aos elementos substanciais ou constitutivos do ato; a segunda, aos elementos extrínsecos ou formais (**Le sanzioni Degli atti Processuali Penali**, pp. 227-228).

¹⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 108.

¹⁶⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. “A sentença no processo civil”, p. 23.

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. 2, p. 583.

tempo e lugar de realização dos atos processuais, ao passo que as segundas decorreriam da preterição de alguma das condições genéricas de admissibilidade do julgamento de mérito da demanda.

É a partir desta distinção que as propostas estruturam os vícios processuais como sendo nulidades absolutas, relativas e inexistência.

Em termos esquemáticos, tem-se o seguinte:¹⁶⁶

a) as nulidades absolutas corresponderiam aos vícios formais, desde que para estes haja previsão legal que revele a obrigatoriedade de observância da norma processual. A estes, agregam-se as nulidades absolutas decorrentes de um vício de fundo, quais sejam, os ligados às condições da ação, aos pressupostos processuais positivos de existência e de validade e aos pressupostos processuais negativos.

b) as nulidades relativas se obteriam por exclusão, já que corresponderiam aos vícios de forma relacionados com a preterição de alguma norma processual cuja observância não é tida como obrigatória pela lei.

c) a inexistência se referiria aos vícios decorrentes da ausência dos pressupostos processuais de existência da relação processual, à falta das condições da ação ou à inexistência de algum elemento interno que tenha por objetivo conferir o suporte fático ou jurídico necessário ao ato (v.g., sentença sem dispositivo ou proferida por quem não é juiz).

Pois bem. Ainda que não o reconheça explicitamente, a sistematização em apreço abarca também os atos praticados pelas partes.

Expuseram-se em capítulo anterior os motivos pelos quais os atos dos litigantes excluem-se do âmbito das invalidades processuais, como expressão das distintas posições jurídicas por estes ocupadas, se comparada à ostentada pelo magistrado e

¹⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 188.

seus auxiliares. A atuação dos litigantes está sujeita ao plano de admissibilidade. Não se lhes cogita de invalidade, portanto.¹⁶⁷

Por esse motivo, não é possível incluir no tema das invalidades aqueles requisitos que, no processo, são postos aos atos das partes como condição de admissibilidade ao julgamento de mérito.

Ao juiz cabe decidir, como juízo logicamente anterior, se admite ou inadmite os atos postulatórios das partes antes de apreciar a própria postulação. Cumprido, em suma, examinar a presença dos requisitos previstos em lei, quer para a válida constituição e desenvolvimento da relação processual, quer para o legítimo exercício do direito de ação.¹⁶⁸

Essa apreciação dos atos das partes compreende o exame da presença das condições de ação¹⁶⁹ e dos pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo relacionados aos litigantes.¹⁷⁰ Não há um vínculo indissolúvel entre a ausência destas condições genéricas de admissibilidade do julgamento de mérito e o tema das invalidades processuais.

No exame da admissibilidade, o que é objeto de questionamento é o direito da parte à prestação da atividade jurisdicional; ou, por outro ângulo, a desobrigação do Estado de prestá-la se ausentes determinados requisitos.¹⁷¹ A demanda ajuizada à

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. 2, p. 584.

¹⁶⁸ Bedaque aborda o tradicional entendimento de precedência do exame das condições da ação e dos pressupostos processuais com relação à análise do mérito da demanda (**Efetividade...**, p. 207). Essa orientação, muito embora pertinente ao tema do juízo de admissibilidade do processo, não é abordada no presente capítulo porque não diz respeito diretamente aos critérios da proposta de sistematização ora analisada, e sim à possibilidade de a falha processual ser ignorada face ao julgamento do mérito.

¹⁶⁹ Estas questões prévias, como observa José Carlos Barbosa Moreira, “constituem, no seu conjunto, o objeto de um juízo logicamente anterior àquele que incide sobre o pedido mesmo, o objeto daquilo a que se pode chamar juízo de admissibilidade (...) A decisão correspondente poderá, então, assumir diferentes modalidades, conforme o obstáculo encontrado se situe no plano meramente processual, ou no das chamadas ‘condições da ação’, ocorrendo neste último caso a figura a que se costuma dar, entre nós, o nome iuris de ‘carência de ação’” (**O juízo de admissibilidade...**, p. 28).

¹⁷⁰ Heitor Sica critica a redação do artigo 13, inciso I, do CPC, justamente sob este enfoque de que a regularidade da representação processual do autor enseja a extinção do processo sem resolução de mérito, (inadmissibilidade da demanda), e não a nulidade do processo (“Contribuição...”, p 193).

míngua das condições da ação, por exemplo, dá formação ao processo e a seu prosseguimento até que o juiz profira sentença que o extinga sem resolução de mérito.¹⁷²

Mas, há de se enfrentar a hipótese de o magistrado proferir sentença de mérito apesar do obstáculo que o impedia. Para tanto, retorna-se ao tema da sentença *extra petita*. O tema guarda similitude com a ausência de demanda,¹⁷³ eis que não houve pedido formal com relação àquela parcela da pretensão irregularmente atendida na decisão.

A questão aí já não se resolverá mais no plano da admissibilidade, e sim no da invalidade. O vício examinado não é um ato da parte (petição inicial sem pedido), e sim um ato judicial (sentença que acolhe pedido não formulado). É dizer que a eventual *inadmissibilidade* do ato da parte é superada, na marcha processual, pela *invalidade* da sentença.

A impugnação da sentença deverá ser enfocada não pelo aspecto de um suposto *vício de fundo* decorrente da ausência de pedido inicial, e sim a partir da nulidade absoluta decorrente de uma sentença que julga pedido não deduzido em juízo. Até mesmo porque a inicial, por si só, não apresenta irregularidade alguma. Foi a sentença que incidiu em invalidade ao não se ater à análise das pretensões lá veiculadas.

A conclusão a que se chega é de que a proposta de sistematização lastreada no critério da dicotomia entre vícios formais e de fundo apresenta um problema de referência, por não dizer respeito, em grande parte das hipóteses destes vícios de fundo, ao ato judicial, e sim aos dos litigantes.

¹⁷¹ É o que indica Calmon de Passos: “*entendemos necessário lembrar a distinção feita entre inadmissibilidade e nulidade. O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo (...) Na inadmissibilidade, o que se questiona é o problema do direito da parte à prestação da atividade jurisdicional, coisa diversa do seu direito a um pronunciamento do julgador sobre a tutela jurídica pretendida (mérito). Se admissível o processo é que se pode colocar o problema da nulidade de algum ou alguns de seus atos.*” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboco...**, p. 158).

¹⁷² Cândido Rangel Dinamarco utiliza o exemplo da demanda ajuizada por parte ilegítima, a qual dá formação ao processo e a seu prosseguimento até que o magistrado profira sentença que o extinga sem julgamento de mérito (**Instituições...**, v. 2, p. 584).

¹⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 219.

Por este motivo, não procede a crítica de que a cogitação da categoria da admissibilidade não teria razão de ser em uma visão retrospectiva do processo, na hipótese de haver a sentença julgado o mérito apesar de inadmissível a postulação.¹⁷⁴ É absolutamente relevante a discussão a respeito de como situar o vício de fundo: no ato postulatório ou no decisório.

É evidente que as invalidades processuais podem estar ligadas a um vício de fundo. A diferença de localizá-lo em um ou outro ato é fundamentalmente relacionada com a forma de impugnação da sentença. Situá-lo no âmbito dos atos postulatórios é ampliar perigosamente o espectro das hipóteses de inexistência relacionada com a ausência dos pressupostos processuais ou condições da ação.

A solução pela inexistência da sentença *extra petita* é a alcançada pela proposta de sistematização em questão, e tal se dá em virtude desta forma como o vício é situado.¹⁷⁵ Para os fins da presente dissertação, entende-se tratar de sentença atingida por vício que pode ensejar a pronúncia de nulidade¹⁷⁶ e, se transitar em julgado, será rescindível.

A tentativa de sistematização a ser apresentada na presente dissertação buscará um conceito mais restritivo de inexistência da sentença por ausência dos requisitos processuais de existência. Assim será entendida a sentença proferida em processo no qual que falte a jurisdição somada à *demanda* ou à *citação*. Havendo a formação do processo ao menos em plano bilateral, não há que se falar em sentença inexistente.

¹⁷⁴ “Parece, no entanto, que a distinção não tem relevância retrospectivamente, i.e., no momento de qualificar o ato que indevidamente propiciou tutela jurisdicional quando faltava algum requisito de admissibilidade: tratar-se-á de invalidade” (TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, pp. 43-44).

¹⁷⁵ Teresa Wambier sustenta que “a sentença puramente *extra petita* comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença inexistente, uma vez que não corresponde a pedido algum. Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente” (Nulidades..., p. 302). Diz-se que esse entendimento se dá em virtude da forma como o vício é situado porque Teresa Wambier, apesar de reconhecer o plano da *admissibilidade*, nega-lhe um regime próprio, sustentando que os atos inadmissíveis levam à classificação tradicional de inexistência, nulidade e anulabilidade (Nulidades..., p. 217).

¹⁷⁶ Como ressaltado, Talamini não reconhece relevância à categoria da *admissibilidade* em uma visão retrospectiva. Mas, confirma o entendimento de que, analisado o mérito, estar-se-á diante de sentença nula (“Notas...”, pp. 43-44).

Assim, as outras hipóteses apresentadas na proposta abordada neste capítulo como vícios de fundo da sentença redundarão em nulidades absolutas do ato à medida que sejam reconduzíveis à hipótese de violação da garantia essencial do processo.¹⁷⁷ Seja como for, os vícios de fundo, importando violação à literal disposição de lei, abrem as portas para o manejo da ação rescisória.

Deve ser examinado também o problema relacionado com as condições da ação. Nos termos da sistematização ora examinada, a sentença prolatada à míngua de qualquer uma delas seria inexistente.

Pois bem. Consoante explicitado no início do presente capítulo, mesmo os *vícios substanciais* do ato processual não dizem respeito ao conteúdo da decisão, ao seu acerto ou desacerto. Contudo, para firmar o posicionamento de inexistência da sentença nesta hipótese, a sistematização em apreço percorre, ainda que de modo incidental, o caminho da justiça ou injustiça da decisão.¹⁷⁸

Deste modo, especificamente quanto às condições da ação, vê-se que a proposta em questão pode ser objetada sob dois aspectos: (i) porque situa o vício no ato postulatório da parte, qual seja, a propositura de demanda sem o preenchimento das condições da ação¹⁷⁹ e (ii) porque é perceptível sua tendência de incluir situações meritórias no conceito de condições da ação,¹⁸⁰ assim indiretamente levando para o plano dos vícios dos atos processuais questões que nele não se contêm.

¹⁷⁷ É expressiva, nesse sentido, a observação de Bedaque no sentido de que “à exceção da competência, todos os demais pressupostos processuais visam à proteção das partes, inclusive a própria citação, cuja finalidade é possibilitar ao réu o exercício do direito de defesa” (**Efetividade...**, p. 204).

¹⁷⁸ Teresa Wambier, para sustentar que são inexistentes “as sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação, sem que tenham sido satisfeitas uma ou mais condições de ação – legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido”, afirma que “eternizarem-se sentenças com vícios desta ordem seria admitir que o sistema alberga soluções absurdas” (**Nulidades...**, p. 350).

¹⁷⁹ Daí a referência de que a inexistência, nessa hipótese, seria decorrente de um vício anterior (**Nulidades...**, p. 350).

¹⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, pp. 561-613.

3.5 Conclusões parciais

1. Galeno Lacerda é o principal representante das propostas de sistematização dos vícios dos atos processuais baseadas na natureza do interesse envolvido na norma processual.

2. Analisando sua proposta, o primeiro ponto que chama a atenção é o fato de também os atos das partes serem inadequadamente incluídos no âmbito das invalidades.

3. Quanto à anulabilidade, tem-se que esta categoria, ao ser transposta para o processo, desprende-se do sentido original de que desfrutava no direito privado, motivo pelo qual nenhum óbice há à sua aceitação.

4. Mesmo o autor da proposta admite que o conceito de interesse público (um dos eixos da *sistematização*) é altamente abstrato e genérico, observação essa que encontra respaldo doutrinário.

5. O exemplo invocado como de nulidade relativa (ausência ou a nulidade da citação) não se insere predominantemente na órbita dos interesses privados. A compreensão desse vício como apto a gerar nulidade relativa é incompatível com o fato de que aquele que deveria ter ocupado o polo passivo pode resistir, mesmo após o prazo da ação rescisória, à sentença proferida em processo que não contou com sua citação.

6. A limitação natural à atividade legislativa não afasta a utilidade do critério da existência ou não da cominação de nulidade.

7. A assertiva de que nem todas as nulidades insanáveis estão cominadas demonstra que referido critério é falível. No entanto, não há argumento razoável para negar-lhe utilidade naqueles vícios que, ao legislador, foi possível prever.

8. A cominação da nulidade quer significar que o ato, pelos referenciais do processo, deve ser pronunciado. Mas, lançam repercussão sobre essa necessidade de decretação: a sua superação, na marcha processual, por outro que assegura

à parte os mesmos efeitos ou a circunstância *externa* do julgamento favorável ao litigante prejudicado no plano processual.

9. Não há como se negar valia ao critério da cominação de nulidade, mas é ele insuficiente para lastrear, sozinho, uma proposta de sistematização dos vícios dos atos processuais.

10. Há um dado comum às sistematizações que se baseiam na possibilidade de sobrevivência do vício ao trânsito em julgado. Trata-se da afirmação de que, a partir dele, as nulidades convertem-se em rescindibilidades. A assertiva reúne sob um mesmo signo hipóteses de sentença que correspondem a uma causa formal de nulidade e aquelas que se ligam ao próprio conteúdo da decisão.

11. Essa “contaminação” recíproca entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando* é percebida há tempos. Ser rescindível não necessariamente é ser inválido. Daí que as sistematizações lastreadas neste critério extrapolam os limites das invalidades processuais, de modo a apanhar os *errores in iudicando* da sentença.

12. Eventual conceituação que se pretenda obter para todos os vícios preclusivos ou rescisórios não encontrará integral correspondência na previsão do artigo 485, do Código de Processo Civil, notadamente porque não seria hábil a apanhar todas as hipóteses de invalidades processuais introduzíveis em cada uma destas categorias ou não evitaria que houvesse a inserção equivocada dos vícios, de lado a lado.

13. As hipóteses de rescindibilidade da sentença relacionadas com os vícios dos atos processuais (e, portanto, as nulidades absolutas por elas espelhadas) são perfeitamente reconduzíveis à previsão das garantias essenciais do processo.

14. Quanto à chamada *sentença inconstitucional*, tem-se que o defeito de que esta é portador não leva a uma invalidade, por dizer respeito ao conteúdo da decisão. Isso em qualquer de suas feições: violação a preceito constitucional ou aplicação de norma posteriormente declarada inconstitucional.

15. Não é possível incluir no tema das invalidades aqueles requisitos que, no processo, são postos aos atos das partes como condição de admissibilidade ao julgamento de mérito.

16. A sistematização fundada no critério da dicotomia entre vícios formais e de fundo apresenta um problema de referência, por não dizer respeito, em grande parte das hipóteses destes vícios de fundo, ao ato judicial, e sim aos dos litigantes.

17. A diferença de localizar a atipicidade em um ou outro ato é fundamentalmente relacionada com a forma de impugnação da sentença. Situá-lo no âmbito dos atos postulatórios é ampliar perigosamente o espectro das hipóteses de inexistência da sentença por ausência dos pressupostos processuais ou condições da ação.

18. As hipóteses de vícios de fundo da sentença redundarão em nulidades absolutas à medida que sejam reconduzíveis à violação da garantia essencial do processo. Seja como for, tais vícios, importando violação à literal disposição de lei, abrem as portas para o manejo da ação rescisória.

19. Especificamente quanto às condições da ação, vê-se que a proposta em questão pode ser objetada sob dois aspectos: (i) porque situa o vício no ato postulatório da parte, qual seja, a propositura de demanda sem o preenchimento das condições da ação e (ii) porque é perceptível sua tendência de incluir situações meritorias no conceito de condições da ação, assim indiretamente levando para o plano dos vícios dos atos processuais questões que nele não se contêm.

CAPÍTULO 4 – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS VÍCIOS DA SENTENÇA CIVIL

4.1. Presunção de validade dos atos processuais

Muito embora haja orientação doutrinária indicando que a validade dos atos processuais está condicionada ao preenchimento dos mesmos requisitos definidos na lei material,¹⁸¹ a maior parcela da doutrina acena com as particularidades que apartam o processo civil dos outros ramos jurídicos e impõem a necessidade de erigir um sistema de invalidades que lhe seja próprio.¹⁸²

Além de funcionar como justificativa da autonomia das invalidades processuais, parte destas especificidades colabora para formar a presunção no sentido da validade dos atos processuais.

No plano do direito posto, os anseios legislativos voltam-se muito mais à previsão de mecanismos tendentes à preservação e aproveitamento dos atos viciados do que ao fornecimento de critérios para sistematização dos defeitos que atingem estes mesmos atos.¹⁸³

Especificidade adicional é a do desenvolvimento da relação jurídica processual por meio de atos interdependentes e concatenados. Os atos praticados no processo não são isolados e voltados à satisfação de um determinado interesse particular.

¹⁸¹ V. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As nulidades...”, p. 39; MARTÍNEZ, Oscar J. “Los vicios del consentimiento en la realización de lacto procesal”, p. 53; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 185; PEYRANO, Jorge Walter. “Nulidades procesales...”, p. 162.

¹⁸² V. KOMATSU, Roque. **Da invalidade...**, p. 23; LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 70; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 141; MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 13; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Notas...”, p. 131; COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos...**, p. 298; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As nulidades...”, p. 38.

¹⁸³ Consoante destaca Pontes de Miranda, “*o que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo, a despeito dos conteúdos da consciência do momento*” (**Comentários...**, t. III, p. 449)

Antes, inserem-se na cadeia do procedimento que vai sendo construído. A apuração do impacto do vício e o juízo acerca da pronúncia da nulidade levam em conta essa noção de encadeamento, considerando-se o possível comprometimento que a imperfeição do ato gerará sobre os que lhe sucederam e sobre todo o *iter* procedimental.¹⁸⁴

Este encadeamento confere o sentido de progressão à marcha processual e faz com a regularidade de um ato repercute sobre o seguinte, explicitando o porquê de uma mais premente necessidade de pronúncia das nulidades processuais, se comparado ao sistema de invalidades do direito material.¹⁸⁵

Contrariamente ao direito civil, onde os atos jurídicos podem ter compreensão estanque ou compartimentada, os atos processuais devem ser analisados em seu conjunto, unidos que são por uma coesão finalística indissociável.¹⁸⁶

Por fim, a particularidade que mais influencia nesta esfera é a perspectiva predominantemente teleológica de que se revestem as regras e princípios processuais. Esta faz com que as invalidades do processo, ao contrário do que ocorre no direito substancial, não sejam identificadas e pronunciadas em tese, em um juízo que objetiva investigar a conformação do ato à sua modulação ideal.¹⁸⁷

A necessidade de se apurar o prejuízo causado pela imperfeição do ato faz com que a nulidade se torne um efeito - uma consequência ou, para parcela da doutrina, uma sanção - do ato inválido. A anulação não é consequência indesejável do

¹⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**, p. 184; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, pp. 30-31.

¹⁸⁵ Assim compartilhando do entendimento de Heitor Sica, para quem também o sistema de invalidades do direito civil impõe, ao menos no plano pragmático, a necessidade de pronúncia das nulidades (“Contribuição...”, p. 189). Esse tema foi abordado no capítulo 2.2 da presente dissertação.

¹⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 21.

¹⁸⁷ DALL’AGNOL, Antonio Janyr. **Invalidades...**, p. 27. Exceção feita ao artigo 170, do Código Civil, que contempla o fenômeno da *conversão* do negócio jurídico (Sica, “Contribuição...”, p. 188).

vício, mas apenas uma possibilidade aberta pelo ordenamento.¹⁸⁸ Pesa contra a pronúncia da nulidade processual a necessidade de se promover a apuração da existência de prejuízo.

Na teoria das invalidades processuais, critérios externos ao processo são chamados a incidir em mencionada apuração. A pronúncia da nulidade envolve aspectos do direito material, como a possibilidade de que a sentença, apesar de viciada, tenha aptidão para resolver a crise de direito material.¹⁸⁹

À luz de todas estas particularidades é que parcela da doutrina afirma que no processo civil todas as nulidades são relativas, no sentido de que qualquer defeito processual é passível de ser desconsiderado.¹⁹⁰ É presente o entendimento de que são convalidáveis todos os vícios, independentemente da graduação dos defeitos que lhes dão causa.¹⁹¹

Essa tendência à validade do ato é alçada ao nível de princípio processual, recebendo da doutrina intitulações como o “*validade apriorística dos atos processuais*”,¹⁹² “*conservação*”,¹⁹³ “*aproveitamento dos atos processuais*”,¹⁹⁴ “*proteção*”¹⁹⁵ ou “*determinação racional do nulo*”.¹⁹⁶

Desta forma, é nítido que a teoria das invalidades processuais sofreu o influxo da acertada preocupação doutrinária de evidenciar que o processo não deve servir a seus próprios fins.

¹⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 185.

¹⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 498-504.

¹⁹⁰ BARRIOS, Eduardo J. “Convalidacion de la nulidad del acto procesal”, p. 133; MARELLI, Fabio. **La conservazione degli atti invalidi nel processo civile**, pp. 1-7.

¹⁹¹ É a posição de Bedaque (**Efetividade**, p. 442; “Nulidades processuais a apelação”, p. 227).

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, pp. 185-189.

¹⁹³ CAMUSSO, Jorge P. **Nulidades procesales**, p. 226; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 173.

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 173.

¹⁹⁵ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos...**, pp. 321-323.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Notas...”, p. 139.

Firmada essa concepção, os processualistas têm se dedicado em realçar os limites deste aspecto instrumental da ciência processual, notadamente sob a ótica das garantias processuais, na ânsia de resgatar os valores e a importância do processo sem deixar de lado sua perspectiva finalística. Como resultado, coloca-se em questionamento a possibilidade de que o exame da atipicidade do ato processual se dê pelo enfoque exclusivo de critérios exteriores à relação jurídica processual.

4.2 Enfoque da proposta de sistematização

As propostas doutrinárias baseadas nos critérios tradicionais de sistematização dos vícios dos atos processuais prendem-se a dois principais pontos de estudo: a) a causa formal da nulidade, que corresponde ao vício ou o defeito que lhe dá ensejo, b) o estado de nulidade, consistente na qualidade que distingue o ato nulo dos demais.¹⁹⁷

O primeiro destes enfoques é o adotado nas propostas lastreadas na natureza do interesse prejudicado pela inobservância da norma jurídica, nas quais somente os defeitos decorrentes da inobservância de norma voltada à proteção a um interesse predominantemente privado sujeitam-se aos princípios de aproveitamento do ato processual viciado.

O segundo ponto de estudo é o utilizado nas sistematizações fundadas no princípio da *legalidade*. É essa atividade de confronto entre o ato em concreto e sua modulação legal que desempenha a função de critério definidor da validade ou invalidade processual, estabelecendo a possibilidade de aproveitamento somente dos atos atingidos por vícios que não contam com a cominação legal indutora do juízo prévio de que o ato processual esteja fadado à pronúncia de nulidade.

Este é o marcante traço distintivo entre tais propostas e as orientações doutrinárias mais voltadas às consequências da nulidade. As sistematizações tradicionais, em um primeiro momento, estruturam suas propostas calcadas nos vícios e graduação das sanções de acordo com a escala de gravidade adotada. A possibilidade de aproveitamento do ato imperfeito é analisada, em caráter secundário, naqueles vícios que, com base nas premissas eleitas, sejam identificados como sanáveis.

Desta forma, revelam a preocupação de empregar o rigor terminológico e conceitual com a finalidade de obter, o máximo possível, uma classificação em categorias gerais e inflexíveis. Essa dedicação à acurada técnica

¹⁹⁷ Estes são dois dos tradicionais enfoques de estudos percebidos por Adolfo Gelsi Bidart. A eles, acresce-se terceiro enfoque: a consequência da nulidade, correspondente ao desaparecimento dos efeitos do ato nulo (sua ineficácia) ou o seu aproveitamento (BIDART, Adolfo Gelsi. **Nulidades...**, pp. 73-74).

classificatória resultou em propostas meritórias pela coerência interna, uniformidade conceitual e pela tentativa de abranger um amplo espectro de situações que desembocam em invalidades processuais.

No entanto, como já abordado em capítulos anteriores, a tão só aplicação de seus critérios muitas vezes mostra-se insuficiente naquele que é o ponto de maior proveito científico e prático de um estudo das invalidades: a efetiva necessidade de pronúncia da nulidade.¹⁹⁸

Não há como se negar o perfil finalístico das formas no processo civil. O que sobreleva de importância é a identificação dos casos que devem receber o tratamento excepcional da insanabilidade. Trata-se, em certa medida, de se conferir vocação residual a uma tentativa de sistematização dos vícios dos atos processuais.¹⁹⁹

Se os valores e princípios processuais relacionados com a segurança jurídica não permitem descuidar do critério da causa formal da nulidade (o vício propriamente considerado), a orientação finalística do processo e sua necessária interpretação voltada à efetividade impõem que não se deixem de lado os reflexos gerados pela resolução da crise de direito material, apesar do vício.

A presente tentativa de sistematização procurará coordenar estes dois aspectos, identificando as nulidades absolutas a partir da indispensabilidade de garantias essenciais ao adequado exercício do poder jurisdicional, mas também analisando o tema sob o prisma dos reflexos gerados pela mencionada aptidão para resolver a crise de direito material.

¹⁹⁸ Calmon de Passos revela a importância do estudo das invalidades sob o enfoque das suas consequências ao afirmar que “*o que tem relevo, isso sim, e antecede a decretação da nulidade, é o juízo sobre a repercussão da imperfeição do ato no pertinente ao fim que lhe destinou o sistema, dele resultando a necessidade ou desnecessidade da cominação de sua nulidade*”. (**Esboço...**, pp. 139-140)

¹⁹⁹ Muito embora essa vocação residual não seja afirmada de modo explícito pela doutrina, pode ser extraída de assertivas como a formulada por José Frederico Marques no sentido de que “*ato nulo de efeitos irremediáveis só será aquele que atingir a relação processual, tornando inadmissível a sentença de mérito. Mas isso só se verifica em hipóteses raríssimas e quando o autor deixar de promover providências saneadoras ordenadas pelo juiz*” (**Manual de Direito Processual Civil**, v. II, p. 189). Também Alberto Luis Maurino propõe uma interpretação restritiva das regras sobre nulidades, sendo uma solução excepcional a declaração destas (**Nulidades Processuais**, p. 28).

4.3 Valores relacionados com o processo

A doutrina é recorrente em indicar que a necessidade de afirmar a autonomia do processo levou a um modelo de valorização demasiada da técnica, cujas normas processuais eram aplicadas de modo destituído de direcionamento finalístico no que diz respeito às soluções para as crises de direito material.²⁰⁰

Confundia-se autonomia e indiferença para conceber o processo a partir dele próprio, sem a necessária preocupação com seus objetivos práticos.²⁰¹ A norma processual era entendida a partir de seus próprios pressupostos, sem o recurso a elementos externos e de forma despegada do direito substancial.²⁰²

O desenvolvimento mais recente da ciência processual reflete a preocupação com a capacidade de produzir resultados adequados à solução da crise de direito material, centralizando a tutela jurisdicional como importante polo metodológico do direito processual.²⁰³

O método instrumentalista passou a assumir sua importância como momento culminante da relativização do binômio *direito e processo*, superando um sistema em que o processo não funcionava como fator de legitimação, e sim um modelo repleto de formalidades até então tidas por necessárias à emissão de uma decisão.

Tal movimento, entretanto, não retira ou esvazia o direito processual de seu objeto. Coordená-lo com o direito material não importa abandonar ou menosprezar seus princípios fundamentais. Ao contrário, significa reconhecer que estes se

²⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto. **Execução judicial em matéria ambiental**, p. 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 22; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, p. 15.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 55.

²⁰² Carlos Alberto de Salles destaca que sob o a ótica autonomista, “o direito processual não era determinado nem pelo direito material, nem pelas autoridades responsáveis pela sua aplicação, nem pela ordem constitucional. Determinava-se a si próprio por auto-referência, baseado em sua autopoositividade” (**Execução...**, p. 32).

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**, p. 22; SALLES, Carlos Alberto. **Execução...**, p. 35.

espraiam para outros ramos do direito, definindo um modo próprio de tomada de decisões baseado na imparcialidade e independência do julgador e na concessão de garantias às partes.²⁰⁴

A autonomia processual é preservada.²⁰⁵ No entanto, passa-se a reconhecer também sua natureza instrumental em relação ao direito material. Trata-se da consciência de que o processo, embora *autônomo*, não é *neutro* com relação ao direito substancial.²⁰⁶

Admitir o processo como indispensável para a consecução dos objetivos das instituições jurídicas e para a aplicação do direito é fato suficiente para se extrair sua função instrumental. Não é objeto de questionamento, portanto, a assertiva de que a instrumentalidade constitui aspecto essencial do estudo do direito processual.²⁰⁷

No entanto, reclama cautela a concepção de que a relação de adequação entre *instrumento* e *objeto* seja a única fonte dos valores e da importância do processo.

Michele Taruffo destaca que direito material e processual concorrem com iguais forças para justiça da decisão, não sendo possível indicar a primazia de um deles. A ideia de que o processo perde a relevância quando o direito material é prestigiado não leva em conta que qualquer resultado obtido a partir de um processo injusto não pode ser tido como materialmente justo.²⁰⁸

²⁰⁴ Consoante destaca Paulo Henrique dos Santos Lucon, “*é preciso visualizar o processo (e isso vale para todo e qualquer processo, como método de solução de conflitos, inclusive o administrativo) a partir dos seus resultados e como instrumento apto a proporcionar decisões justas, razoáveis e proporcionais com a realidade*” (“Devido Processo Legal Substancial e Efetividade do Processo”, p. 277)

²⁰⁵ Bedaque alude a uma autonomia relativa, porque coordenada com o direito material, (**Direito e Processo...**, p. 29)

²⁰⁶ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni...**, p. 6.

²⁰⁷ Bedaque, em incursão histórica sobre o desenvolvimento do direito processual civil, menciona que este “*inicia-se com a absoluta identidade entre ambos e se chega a uma desvinculação indesejável. O método instrumentalista iniciou o retorno. A relativização do binômio representa o momento culminante, pois revela que o nexo de instrumentalidade é mais intenso do que se supunha*” (**Direito e Processo...**, p. 30).

²⁰⁸ “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, p. 321. Ou, como destaca Eduardo Talamini, no modelo do Estado democrático de Direito, não pode imperar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios,

Afirmar que as decisões realizadas no processo devam mirar a resolução da crise de direito material não significa que devam ocorrer fora de um cenário de valores intrínsecos ao processo. A compreensão de alguns de seus princípios e institutos estruturais requer que se tenha por fixada essa premissa.

Pense-se no caráter axiológico do contraditório e nas diversas acepções que, historicamente, esse princípio vem recebendo. A sua conformação clássica de *informação-reação* impõe a obrigatoriedade de notificar a parte que possa sofrer situação de desvantagem, de modo a permitir sua manifestação.

Modernamente, a essa concepção tem sido agregada a ideia de um direito efetivo de ser ouvido e de influenciar a decisão final, em linha de coerência com uma percepção mais democrática do processo e de acordo com princípio da *cooperação recíproca* entre os sujeitos da relação jurídica processual.²⁰⁹ A participação dos interessados no resultado do processo passa a ser fator para sua legitimação.²¹⁰

Também a axiologia da fundamentação da sentença revela a existência de valores intrínsecos ao processo. Há muito restou superado o entendimento de que a fundamentação das decisões judiciais é um mero exercício silogístico, de caráter puramente lógico-formal. Outros critérios imbricam nesta atividade, atualmente apreendendo-se que a decisão, ainda que não seja impecável sob o aspecto formal, deva conter uma argumentação jurídica racional.²¹¹

Além desta racionalidade, parcela da doutrina indica a necessidade de que a motivação convença as partes do processo e as instâncias judiciais superiores acerca do acerto da decisão.²¹² Com a posição, não concorda Carlos Alberto Alvaro de

eis que “*a via escolhida, o meio eleito, afeta de modo inexorável o fim que se quer atingir*”. (**Direito Processual...**, p. 189).

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 105.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, pp. 159-160.

²¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 316.

²¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 316. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, p. 149.

Oliveira, pontuando que a tarefa de convencer é do advogado, cabendo ao órgão julgador indicar o raciocínio para que se possa verificar, afinal, se a decisão é justa ou não.²¹³ Independente do posicionamento, o importante é indicar que a tão só discussão a respeito comprova que o processo, para além de ser mero instrumento, é dotado de valores intrínsecos.

Enfim, se o processo não tivesse valores próprios e independentes da relação de direito material, tais questões e debates seriam integralmente irrelevantes.²¹⁴

Daí se entender que as opções axiológicas refletidas no processo não se resumem à relação de adequação entre instrumento e objeto. Na impossibilidade de se estabelecer a *justiça substancial*, substitui-a a *justiça possível* das decisões, obtida também mediante garantia da observância do procedimento.²¹⁵

Para que se considere um processo justo, (i) o emprego de um procedimento válido e justo passa a marcar presença ao lado (ii) da correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso e (iii) da explicitação adequada dos fatos relevantes do caso.

Ao desenvolver o tema, sustenta Michele Taruffo que nenhum destes três critérios absorve os outros dois ou se apresenta como único e exclusivo parâmetro de justiça da decisão. Somente se poderia afirmar que uma decisão é justa em um sentido próprio se ela for justa a partir de todos os três critérios.²¹⁶

²¹³ **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, p. 106.

²¹⁴ “O processo, do mesmo modo que a jurisdição, não pode ser compreendido à distância dos valores do Estado ou da sociedade no qual está mergulhado. Ou seja, não há como se cogitar em adotar um conceito de processo instituído para uma jurisdição de outro momento da História, caracterizada pelos valores de outro Estado e de outra sociedade. Assim como a jurisdição, a ação e a defesa, o processo obviamente se compromete com os valores do seu momento histórico” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 402).

²¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 173; MARINONI, Luiz Guilherme. “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”, pp. 15-17.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. “Idee...”, p. 320.

Divergindo desse entendimento de não prevalência de qualquer dos critérios, parcela da doutrina identifica que no tema da justiça da decisão há uma progressiva perda de importância dos critérios ligados ao conteúdo da regra de direito material, substituídos em favor das questões procedimentais.²¹⁷

Enfim, qualquer que seja a posição adotada, confirma-se a assertiva de que há, entre direito substancial e processual, uma relação de dependência recíproca.²¹⁸ Ou, como ressaltado por Carnelutti ao identificar entre direito e processo um relacionamento lógico circular: “*O processo serve ao Direito, mas, para que sirva do Direito, deve ser servido pelo Direito*”.²¹⁹

A insuficiência da valoração do processo apenas em função do direito material é sentida também no plano das invalidades processuais. O exame funcional da adequação meio-fim, embora indispensável, não deve ser o único critério no exame da relevância da atipicidade processual.

Reconhecida a vocação residual de uma proposta de sistematização dos vícios dos atos processuais, esta há de ser inserida nos quadrantes da importância institucional do processo, discordando-se da assertiva de que todos os vícios são sanáveis e identificando situações nas quais a atipicidade traz prejuízo aos valores e princípios processuais, prejuízo esse que pode ser visto de forma autônoma do direito material.²²⁰

²¹⁷ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “*Transportando-se esta ideia para o campo do processo, tem-se a justiça aparecendo como conceito relevante quando se pensa na forma por meio da qual terá sido obtida a decisão. No que diz com o plano processual, não se questiona mais a ideia de justiça em relação à norma de direito material a ser aplicada, isto é, refoge ao âmbito das considerações relativas ao processo a questão da justiça do conteúdo da regra a ser aplicada (que, sob certo enfoque, também é uma decisão, só que do Poder Legislativo). À esfera processual interessa a forma de obtenção da decisão do magistrado.*” (**Nulidades...**, p. 183)

²¹⁸ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni...**, p. 5.

²¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**, p.33.

²²⁰ Ao tratar da visão inadequada do direito processual como simples repertório dos meios voltados a obter a afirmação do direito subjetivo, Adolfo Gelsi Bidart observa que tal erro tem raiz na subestimação do instrumento, o que demonstra uma dupla carência: a) falta de interesse científico, por se entender que o processo se trataria de uma simples técnica que basta dominar na prática, sem a necessidade de aprofundamento de seus supostos e princípios e b) falta de uma genuína autonomia do processo, já que a técnica processual estaria sempre subordinada à finalidade prática que persegue e também à sua razão fundante: o direito substancial (BIDART, Adolfo Gelsi. **Nulidades...**, p. 4).

4.4. Questões não resolvidas pela ótica exclusiva do direito substancial

4.4.1 Inexistência de controvérsia sobre a possibilidade de aproveitamento do ato

A feição instrumental do processo é resultado de anos de desenvolvimento da ciência processual no sentido de se livrar dos entraves e formalidades sem sentido, que em não poucas vezes sacrificavam o objetivo de eliminar a crise de direito material.

A mudança de perspectiva metodológica que desemboca em um processo imbricado na instrumentalidade faz com que os institutos processuais sejam analisados também em função da ótica do direito substancial. Portanto, a integração do binômio *direito e processo* está consolidada e ninguém haverá de lhe negar relevância.

Por esse motivo, no tratamento das invalidades processuais é essencial cogitar dos reflexos da resolução da crise de direito material sobre o ato viciado. Esse critério, contudo, deve ser aplicado com parcimônia.

A nulidade é consequência extraível da imperfeição do ato processual ou, como sustenta parcela da doutrina, sanção a ele aplicada. Seja como for, não é contemporânea ao vício.

Daí que o juízo acerca da pronúncia da nulidade ou aproveitamento do ato incide em uma etapa posterior ao reconhecimento de sua atipicidade. Após verificar-se a existência do vício é que se apura a possibilidade de sanação. O atingimento da finalidade ou a inexistência de prejuízo são elementos externos ao ato (dizem respeito a seus efeitos) e, por isso mesmo, não podem compor a própria *fattispecie* de um ato processual válido.²²¹

É recorrente na doutrina o raciocínio de que o órgão julgador, em um primeiro momento, apura a adequação do ato praticado com a forma para ele prevista. Concluindo pela perfeição formal, desnecessário prosseguir na cognição. Se, contudo,

²²¹ V. MARELLI, Fabio. *La conservazione...*, p. 69.

houver atipicidade, a pronúncia da nulidade não é automática. O juiz prossegue à segunda parte do raciocínio, correspondente ao exame da relação meio-fim, isto é, se as formas previstas para a prática do ato, ainda que desrespeitadas, não o impediram de atingir sua finalidade.²²²

Assim, entender que o exame da inexistência de prejuízo é realizado quando da investigação do suporte fático do ato processual válido é incidir na contradição de pretender incluir na composição de tal suporte um elemento que não lhe é intrínseco.²²³

Esse raciocínio somente teria lugar em um sistema de invalidades baseado na legalidade estrita, no qual, por estarem previstos em lei todos os elementos inerentes à validade do ato, não se justifica a existência de dois momentos sucessivos de cognição: nesses casos, a nulidade é uma consequência automática da inobservância do modelo legal, vez que a norma processual atribui um juízo de valor antecipado à imperfeição do ato.²²⁴

Pois bem. Apesar da presença maciça dos princípios relacionados com o aproveitamento no tema das invalidades, entende-se que estes não são chamados a incidir quando não cabe sequer o debate (nem mesmo em tese) sobre a possibilidade de aproveitamento do ato.

²²² A existência desse duplo exame pode ser extraída do entendimento de José Maria Tesheiner, para quem “a sanção da nulidade supõe que ela haja sido pronunciada.” (**Pressupostos processuais...**, p. 120). Também é o posicionamento de Calmon de Passos, afirmando que “a sanabilidade ou insanabilidade da nulidade é uma apreciação posterior ao pronunciamento jurisdicional que a constitui” (**Comentários...**, v.III, p. 414). Antonio do Passo Cabral admite explicitamente a existência destes dois momentos de cognição por parte do juiz (**Nulidades...**, p. 193). Teresa Wambier, muito embora não aluda explicitamente à atividade cognitiva do juiz, aponta a existência de “dois passos” no exame das invalidades: o primeiro, consistente na identificação e na classificação do vício; o segundo é o da possibilidade de pronúncia da nulidade (**Nulidades...**, p. 226). Aroldo Plínio Gonçalves reconhece que o ato viciado ou irregular preexiste à declaração da nulidade (**Nulidades...**, pp. 60-61).

²²³ Por esse motivo, diverge-se do entendimento de Daniel Francisco Mitidiero no sentido de que “os vícios são pré-excluídos pela incidência das normas de método”, razão pela qual a “invalidade não chega a formar-se” (**Comentários...**, p. 401). No mesmo sentido, também do autor: “O problema da invalidade processual dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo”, p. 13.

²²⁴ É, em boa medida, o que sustenta Pontes de Miranda, autor de proposta de sistematização fortemente inspirada no princípio da legalidade, segundo a qual há um princípio de relevância de todas as formas processuais, que, entretanto, não é absoluto (**Comentários...**, p. 473).

Como exemplo, cite-se a nulidade absoluta da citação, substituída por novo ato citatório ou pelo comparecimento espontâneo do réu. Não há convalidação do ato nulo. Não se abre espaço para eventual controvérsia acerca da possibilidade de *aproveitamento* do ato viciado, já que o alcance de sua finalidade (ciência ao réu da demanda que lhe foi proposta) não se coloca em função daquele ato irregularmente praticado, e sim à vista do segundo, que o substituiu.

O vício permanece sendo insanável, tanto é que o processo somente pode retomar seu curso porque sobreveio outro ato em substituição ao imperfeito. A insanabilidade também se demonstra porque somente o ato válido operará efeitos: o termo inicial do prazo para contestação será o momento do comparecimento do réu nos autos ou da nova citação, e não o instante da prática do ato viciado.²²⁵

O mesmo raciocínio se aplica ao desrespeito ao artigo 398, do Código de Processo Civil, segundo o qual sempre que uma parte juntar aos autos documento novo deve o juiz dar vista à parte contrária pelo prazo de cinco dias.

Em sede doutrinária e jurisprudencial, é comum que os problemas gerados pela inobservância destas normas processuais sejam resolvidos na esfera dos princípios relacionados com o aproveitamento do ato ou da transcendência (ausência de prejuízo).²²⁶

²²⁵ Eduardo Talamini insere este exemplo entre as hipóteses em que não seria possível falar em saneamento da nulidade, no sentido de convalidação, justamente em virtude de ter se mostrado necessária a nova prática do ato (**Direito Processual...**, pp. 165-167).

²²⁶ Em sede doutrinária, destaca-se o entendimento de Antonio Janyr Dall’Agnoll Jr., segundo o qual essa potencial nulidade resolve-se por incidência do princípio da ausência de prejuízo (“Para um conceito de irregularidade processual”, p. 20). José Roberto dos Santos Bedaque apresenta solução de acordo com o princípio da instrumentalidade das formas (“Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, p. 36) e também sustenta que o fato de configurar garantia constitucional não impede “*a incidência das regras e princípios destinados a sanar irregularidades e conservar os atos do processo*” (**Efetividade...**, p. 488). Aroldo Plínio Gonçalves, por seu turno, alude à convalidação do ato na hipótese de nulidade de citação (**Nulidades...**, pp. 82-83).

No âmbito jurisprudencial, é possível citar, ilustrativamente, julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se firmou o entendimento de que “*a falta de audiência da parte contrária, acerca da juntada de documento (art. 398 do CPC), não rende ensejo a nulidade quando constatada a ausência de prejuízo, denotada pela total desinfluença daquela prova para o deslinde da controvérsia*” (Brasil, STJ, 4ª Turma, REsp 222.785-RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 1.7.2004, p. 198).

O exame mais detido revela que estas nulidades absolutas deixam de ser pronunciadas não em virtude da incidência de mencionados princípios. Não há sequer a possibilidade de se instaurar debate a respeito da possibilidade de tal aproveitamento, que se colocaria em função de um ato já substituído ou retificado por outro, este sim regularmente praticado. Propriamente, não há, naquela primeira etapa da apuração da existência do vício, a formação do suporte fático que autorizaria a aplicação da sanção da nulidade. Por consequência, nada justifica o ingresso nos critérios pertinentes à segunda fase de cognição do órgão julgador.

Em uma interpretação mais apressada, poderia ser argumentado que a conclusão a que se chega por meio deste raciocínio é rigorosamente a mesma daquela extraída por quem defende a aplicação da instrumentalidade na hipótese.

Há, no entanto, uma diferença marcante, consistente em não se considerar inexistente o prejuízo decorrente da transgressão do contraditório, independente de ter sido o ato imperfeito substituído por um regular.

É indiscutível a existência de prejuízo processual decorrente da inobservância da garantia pertinente ao devido processo legal.²²⁷ Há, portanto, uma estreita vinculação deste tema com o da extrapolação da instrumentalidade e como esse fenômeno geralmente é acompanhando pela apreensão do processo como sendo mera técnica, desprovido de valores em si mesmo.

Assim, no tema dos vícios dos atos processuais, parcela da doutrina vem substituindo a incidência dos princípios tradicionalmente empregados no aproveitamento do ato por outros mais harmônicos com o entendimento de suas construções teóricas.

Daí a aplicação opulenta da instrumentalidade ser recusada quando a questão possa ser resolvida pelas noções até mesmo da doutrina mais tradicional que se debruçou sobre o tema das invalidades.²²⁸

²²⁷ MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 136.

A questão envolvendo a sentença favorável ao litigante prejudicado no plano processual, por exemplo, pode ser resolvida no plano da perda do interesse de agir para postular a pronúncia da nulidade, de resto como já determina a ordem positiva (art. 249, § 2º, CPC). Não há motivo, portanto, para que problemas que poderiam ser solucionados em uma perspectiva mais ampla sejam solvidos de modo específico e inadequado sob o enfoque da *inocuidade* da transgressão à garantia processual ou da possibilidade de *aproveitamento* do ato processual viciado.²²⁹

Também é perceptível a tendência doutrinária de que a teoria das invalidades deva gravitar em torno dos princípios constitucionais, notadamente o da efetividade e o da segurança jurídica, empregando-os em muitas situações nas quais a doutrina tradicional utilizaria a noção de inexistência de prejuízo.²³⁰

É direito dos litigantes e interessa à administração da Justiça que os processos sejam efetivos e tendam à segurança na solução da crise de direito material, tanto quanto interessa a observância do devido processo legal e das garantias que este encerra. Nenhum desses valores é absoluto, contudo.

Essa posição insere-se com adequação na assertiva de que mesmo nas hipóteses em que haja julgamento favorável à parte prejudicada pela ausência do que na presente dissertação se denominou garantia essencial do processo, haverá prejuízo

²²⁸ É o que sustenta Antonio do Passo Cabral, indicando a existência de orientação menos formalista e voltada aos fins do processo mesmo em momento anterior à virada pelo movimento instrumentalista aplicado às invalidades processuais, concluindo que “*se podemos conceber como uma perspectiva nova a instrumentalidade do processo (identificando escopos estatais que são realizados através da jurisdição) o mesmo não pode ser dito da instrumentalidade das formas.*” (**Nulidades...**, p. 89).

²²⁹ Realmente há uma *preferência normativa* pela validade dos atos processuais. Deve ser vista com parcimônia, contudo, a proposta de Antonio do Passo Cabral de empregar o princípio da *validade apriorística do ato processual* em lugar da instrumentalidade (**Nulidades...**, p. 192). A aplicação por ele proposta possui inegáveis benefícios, entre os quais talvez o maior seja conferir mais cientificidade ao tema. No entanto, não se pode descuidar que a própria lei se encarrega de, por vezes, restringir esta preferência normativa quando diante de invalidades reputadas mais graves (v.g., art. 246, CPC). Dentro do entendimento que é defendido na presente dissertação, a *validade prima facie* há de ser mitigada quando diante da transgressão de uma garantia essencial do processo, conformadora do devido processo legal. Até mesmo porque referidas garantias, no mais das vezes, têm sede constitucional, o que, por si só, faria pensar em um abrandamento desta noção de *validade apriorística*, que encontra sede predominante em nível infraconstitucional.

²³⁰ MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, pp. 84-97.

processual relevante, que somente não redundará em pronúncia da nulidade pela prevalência casuística do princípio da efetividade sobre o da segurança jurídica.²³¹

Em suma, se a escola instrumentalista nasceu como repúdio aos extremos da fase autonomista do processo, é de se indagar se a interpretação que por vezes se dá a ela no tema das invalidades processuais também poderia se distanciar do equilíbrio.

²³¹ Como reconhece até mesmo Alexandre Marder, a desvantagem de centrar o tema das invalidades predominantemente na polarização entre a efetividade e segurança jurídica está na inexistência de “*qualquer procedimento minimamente objetivo que seja capaz de fornecer um critério seguro para a escolha de um dos princípios colidentes*” (**Das invalidades...**, p. 109).

4.4.2 Violação de garantia essencial do processo

Durante a segunda metade do século XX, e notadamente após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se o espaço adequado para a reconstrução teórica dos princípios processuais com o pano de fundo da dignidade humana e do acesso à Justiça.

A cláusula do devido processo legal passou a receber os influxos da axiologia das garantias fundamentais do indivíduo, assumindo, mesmo em sua feição formal, a influência de aspectos substanciais que fixam condições como a do juiz natural, contraditório, controle da validade e legalidade das decisões judiciais e fundamentação destas como componentes necessários para os processos judiciais.²³²

Em lugar da observância de uma ritualística do procedimento, passa a assumir maior importância o conteúdo das garantias processuais previstas nos sistemas constitucionais, de modo a determinar que o processo não pode ser interpretado meramente a partir daquilo que está previsto na legislação infraconstitucional, e sim esta é que há de ser reconstruída de acordo com tais garantias.²³³

O processo ultrapassou a concepção de instrumento de trabalho. Mais do que regular a forma, regulamenta, limita e assim legitima o exercício do poder jurisdicional.²³⁴ No quadrante constitucional, o devido processo legal determina a leitura do princípio de acesso à jurisdição de forma a assegurar um processo qualificado pelas garantias que formam o denominado processo justo.²³⁵

²³² V. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, p. 119. Em outra obra, o jurista indicara, desta feita de modo menos específico, os seguintes componentes necessários: a) um juiz imparcial e independente, b) acesso ao Judiciário, c) contraditório (“O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição”, p. 86). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também divisa este duplo aspecto do devido processo legal ao separar, a sua composição em dois grupos. De um lado, o elemento de cunho estritamente processual correspondente à “*estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente*”. De outro, o elemento substancial, consistente na “*possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz*” (**Do formalismo...**, pp. 102-103).

²³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione...”, pp. 1064-1065.

²³⁴ DALL’AGNOL, Antonio Janyr. “Para um conceito...”, p. 19.

²³⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**, p. 229.

Como ressaltado por Paulo Henrique dos Santos Lucon, o modelo internacionalmente aceito de processo justo e equo está presente no sistema jurídico brasileiro e funda-se na cláusula geral do devido processo legal.²³⁶ “*Por processo justo e equo deve-se entender aquele processo regido por garantias mínimas de meios e de resultados, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva*”.²³⁷

A cláusula do *due process of law*, portanto, tem o desiderato de explicitar que são indispensáveis todas as garantias e exigências inerentes ao processo.²³⁸

Tal equivale a afirmar que a garantia de acesso ao Judiciário é de meio e de resultado, resultado esse que pode ser garantido mediante um processo que assegure a inviolabilidade daquele conjunto de princípios e garantias que compõem o fundamental para legitimar o provimento jurisdicional.

Assim, muito embora a locução *tutela jurisdicional* comumente preste-se a designar o desfecho da atividade processual, é possível conferir-lhe maior abrangência para apanhar não apenas tal resultado, mas igualmente os meios ordenados à sua obtenção, deste modo compreendidos os atos que compõem o processo e as garantias que lhe são inerentes.²³⁹

Entre tais garantias, há aquelas que a doutrina aponta como instituidoras de requisitos estruturais do processo, as linhas mestras que definem, de modo uniforme, o que deve estar presente nos processos judiciais.

Analisando-as à luz da ordem positiva italiana, Luigi Paolo Comoglio indica, entre outras, as seguintes: a) a função jurisdicional, em regra, é

²³⁶ Igual associação entre o devido processo legal e a garantia de um processo justo é apresentada por Antonio do Passo Cabral (**Nulidades...**, p. 184).

²³⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo Legal...", p. 296.

²³⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo...", p. 274.

²³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela...**, p. 27.

exercitada pelos magistrados instituídos e disciplinados com base na norma disciplinadora da organização judiciária, b) a vedação da instituição de juízes de exceção, c) a garantia da independência e autonomia da magistratura, d) a obrigatoriedade de motivação das sentenças.²⁴⁰

Cuida-se de postulados irrenunciáveis pelas partes ou não sujeitas à flexibilização por parte do órgão julgador.²⁴¹

Extrapolam a forma em sentido estrito, funcionando como fator de legitimação da atividade jurisdicional porque, simultaneamente, expressam uma marcante prevalência do interesse público da administração da justiça e se voltam à proteção dos direitos individuais, inclusive no que toca ao patrimônio fundamental da pessoa humana.²⁴²

Tome-se como exemplo as regras atributivas da jurisdição. Estas visam a assegurar a imparcialidade e autonomia do órgão julgador. Há também a obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais, com a finalidade de assegurar o controle das decisões judiciais pelos litigantes e por toda a sociedade.

Sob o enfoque das partes, afiançam que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei. É direito do jurisdicionado ter seu processo conduzido e apreciado por um juiz natural e ser atingido por decisões devidamente fundamentadas. A estas garantias, somam-se a da igualdade, contraditório, ampla defesa e a proibição de provas ilícitas.²⁴³

Daí serem referenciadas, na presente dissertação, como garantias essenciais do processo. Da sua pertinência ao devido processo legal extrai-se a conclusão no sentido de sua indispensabilidade à adequada estruturação da relação jurídica

²⁴⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni...**, p. 58.

²⁴¹ BERIZONCE, Roberto O. "Las formas de los actos procesales: sistemas", p. 23. COMOGLIO, Luigi Paolo, "I modelli di garanzia costituzionale del processo", p. 677.

²⁴² COMOGLIO, Luigi Paolo. "Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani", p. 160; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo...", p. 274.

²⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, "O processo civil na perspectiva dos direito fundamentais", p. 21.

processual,²⁴⁴ como postulados inafastáveis para que se cumpra a dupla finalidade de limitar o poder confiado ao órgão jurisdicional e legitimar o provimento a ser ao final prolatado.

Evidente que a resolução da crise de direito material poderá lançar efeitos sobre os vícios que acarretem transgressão destas garantias. Mas tal não é suficiente para que uma proposta de sistematização dos vícios da sentença civil valha-se de critérios ligados exclusivamente à resolução desta crise. Antes, o enfoque classificatório deve assentar sobre os referenciais do processo e destas próprias garantias.

²⁴⁴ É o mesmo raciocínio que está à base da assertiva de Dinamarco no sentido de que as nulidades absolutas devam ser aquelas decorrentes do descumprimento de requisito indispensável ao adequado funcionamento da jurisdição (**Teoria geral do Processo**, pp. 345-346).

4.5 Proposta de sistematização

4.5.1 Nulidade absoluta e relativa

Por disciplinarem a atuação do juiz e garantirem a participação das partes no desenvolvimento do procedimento regular, as normas processuais são impregnadas de finalidade predominantemente pública. A atividade processual é típica, restando pouca margem de liberdade aos sujeitos para elegerem a forma que melhor lhes convenha para a prática dos atos.²⁴⁵

É natural, portanto, que exista uma associação entre a natureza do interesse predominante que a norma processual visa a proteger e o seu grau de integridade.

Há mesmo uma sobreposição entre os conceitos do interesse preferencialmente protegido e da natureza da norma, motivo pelo qual se entende que o mesmo resultado será alcançado em termos de sistematização dos vícios processuais acaso se busque na norma processual, respectivamente, o critério relativo à prevalência do interesse público-privado ou o baseado na dicotomia do conteúdo cogente-dispositivo.²⁴⁶

Associar as nulidades à natureza do interesse que a norma processual objetiva proteger é insuficiente por ser ampla a cláusula dos interesses de ordem pública. O que se pretende é sua depuração, na tentativa de inserir as invalidades processuais no eixo das garantias necessárias ao correto funcionamento dos órgãos judiciários.²⁴⁷

O critério adotado na presente dissertação é o da indispensabilidade da garantia inobservada na prática do ato defeituoso, que pode ser verificada pela

²⁴⁵ SICA, Heitor Vítor Mendonça. “Contribuição...”, p. 195.

²⁴⁶ Essa sobreposição é percebida por Heitor Sica, que reputa ser de uma incongruência incontornável a afirmação de que há normas que tutelam interesses da parte e, ao mesmo tempo, são cogentes. (“Contribuição...”, p. 199).

²⁴⁷ Dinamarco expressa orientação no sentido de que as nulidades absolutas sejam aquelas decorrentes do descumprimento de requisito indispensável ao adequado funcionamento da jurisdição (**Teoria geral...**, pp. 345-346). No mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual...**, pp. 260-261.

pertinência desta mesma garantia ao devido processo legal como expressão de um modelo processual justo e equo.²⁴⁸

Muito embora a cláusula do *due processo of law* deva ser, deliberadamente, imprecisa,²⁴⁹ há objetividade neste critério porque a maior parte das garantias relacionadas com as invalidades é reproduzida no texto constitucional, denotando que sua presença é indispensável à própria estruturação do processo como decorrência da dupla finalidade de limitar o poder confiado ao órgão jurisdicional e legitimar o provimento a ser ao final prolatado.²⁵⁰

É bem verdade que nem todas as transgressões às garantias indispensáveis do processo acarretam prejuízo objetivamente aferível às partes na esfera do direito material. Haverá, no entanto, relevante prejuízo de índole processual, ligado aos valores do instrumento.²⁵¹

Isso é o suficiente para que se tenha por verdadeira a assertiva de que uma teoria das invalidades deve estar sustentada nas regras e princípios processuais, não podendo condicionar-se, exclusivamente, ao resultado final do processo.²⁵² Ilustrativamente: o escopo processual pretendido por meio da citação do réu, como

²⁴⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Devido Processo...”, p. 296; GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**, p. 321. Também Alexandre Marder destaca que “*o principal, todavia, passa realmente pelo respeito ao devido processo legal, porquanto é daí que decorrem as garantias realmente essenciais e que muitas vezes justificam a própria constituição do tipo pelo legislador infraconstitucional*” (**Das invalidades...**, p. 86).

²⁴⁹ Antonio Roberto Sampaio Dória sustenta que “*o conteúdo substantivo de due process é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais*” (**Direito constitucional tributário e due processo of law**, p. 33).

²⁵⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta como postulados indissociáveis do devido processo legal os princípios do juiz natural, igualdade, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais e proibição de provas obtidas por meios ilícitos (“O processo civil...”, pp. 77-86). Sérgio Luís Wetzel de Mattos arrola, entre as garantias desta natureza, “*a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa, o direito à prova, a inadmissibilidade de utilização de provas ilicitamente obtidas, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, a publicidade dos atos processuais, o juiz natural, a imparcialidade do juiz, o termo do processo em prazo razoável, o duplo grau de jurisdição e o procedimento regular*” (“O processo justo na Constituição Federal de 1988”, pp. 263-88).

²⁵¹ Acresça-se ao já citado entendimento de Dinamarco o de Teresa Wambier no sentido de haver uma “*presunção absoluta de prejuízo*” com relação a tais invalidades (**Nulidades...**, p. 187).

²⁵² MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, p. 88. Teresa Wambier caminha em caminho próximo ao aludir à existência de uma distinção entre prejuízo processual e material (**Nulidades...**, pp. 169-170).

expressão da garantia do contraditório, estará comprometido ainda que a sentença seja favorável ao revel não citado.

Não é adequado, portanto, o entendimento de que a interpretação das garantias por meio de seus próprios referenciais ou os do processo poderia fazer com que essas mesmas garantias se transformassem em causas de injustiça da decisão.²⁵³

Primeiro porque essa posição desconsidera que o respeito ao direito material e ao direito processual equiparam-se em importância para que se obtenha uma decisão justa.

Segundo porque os referenciais de interpretação das garantias são de índole processual.²⁵⁴

Mesmo em seu sentido substancial (juiz natural, contraditório, motivação) ligam-se mais diretamente ao direito de participação das partes no processo do que ao conteúdo do direito material. Situam-se, assim, em um plano distinto da apuração do mérito da decisão, de sua justiça ou injustiça. Até mesmo porque a finalidade de cada ato processual não se confunde com a finalidade do processo em que estes mesmos atos estão inseridos.²⁵⁵

Não se pretende com isso sustentar que o direito material não deva ser levado em conta na apuração das invalidades processuais. Apenas se defende que o escopo imediato de uma garantia processual, com o perdão da tautologia, é de índole

²⁵³ É o que sustenta Sergio Chiarloni ao afirmar que a interpretação das garantias constitucionais do processo por si mesmas, com indiferença aos seus contextos e escopos, resulta frequentemente em uma elaboração que as transforma de elementos de justiça em causa de injustiça da decisão (“Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’”, p. 570).

²⁵⁴ “(...) la decisione giudiziaria non ha da esser giusta secondo criteri sostanziali generali di giustizia, ma secondo la legge, sicché la giustizia della decisione non potrebbe che coincidire con la sua legalità o legittimità, ossia con la sua conformità alla regola di diritto positivo applicabile al singolo caso” (TARUFFO, Michele. “Idee...”, p. 320).

²⁵⁵ É para esclarecer esta distinção que Alexandre Marder utiliza o exemplo do vício na intimação de uma testemunha, que fez com que o ato não atingisse sua finalidade (presença da testemunha na audiência de instrução e julgamento). Mas, não necessariamente isso significará prejuízo à finalidade do processo como um todo, caso a sentença beneficie a parte prejudicada no plano processual. (**Das invalidades...**, pp. 59-60).

processual. E tal fato não pode deixar de ser levado em conta para os fins de uma proposta de sistematização dos vícios das sentenças civis.

Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves ao tratar da inobservância do contraditório, mas explicitando argumentação que vale para infração a qualquer das garantias essenciais do processo, o *prejuízo processual* decorrente da preterição daquela garantia corresponde à própria “*desfiguração da finalidade do processo*”, já que fica impedido o alcance do escopo do instrumento que é a emanção da sentença como ato final de um procedimento que se forma com a garantia de participação daqueles que suportarão os seus efeitos.²⁵⁶

A circunstância de o resultado final do processo ter sido favorável àquele que foi prejudicado pela preterição da garantia essencial do processo é, como dito, uma circunstância. Não se liga à garantia desrespeitada como uma demonstração de que observância da regra não se mostrou necessária no caso ou de que esta seria, em regra, dispensável.

Até mesmo porque não se pode deixar de cogitar da possibilidade de que a sentença, favorável à parte prejudicada no plano processual, pudesse ser mais esmerada.

Ainda que o dispositivo da decisão já outorgasse ao réu tudo o que lhe beneficiaria acaso estivesse nos autos (sentença de integral improcedência do pedido), ao menos os seus fundamentos poderiam ser aprimorados.²⁵⁷ Essa ideia liga-se à importância da motivação como elemento não somente voltado às partes, mas também à legitimação da prestação jurisdicional perante a coletividade e como elemento facilitador do exame da causa, pelo juiz de instância superior, sob o aspecto da justificação adotada pelo magistrado que a prolatou.²⁵⁸

²⁵⁶ **Nulidades...**, p. 62.

²⁵⁷ Caminhando além, Alexandre Marder observa que se lhe tivesse sido oportunizado o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, “*o demandado poderia ter apresentado defesa com fundamentos que gerassem sentença ainda melhor aos seus interesses*” (**Das invalidades...**, p. 88).

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. “La fisionomia della sentenza in Italia”, p. 187.

Retoma-se aqui a observação formulada no capítulo 4.4.1 quanto a se chegar ao mesmo resultado pela técnica aqui observada ou por aquela do *aproveitamento* do ato: a grande diferença é não ter por sanados vícios de considerável gravidade.

Da obra de Salvatore Satta extrai-se crítica que bem serve a demonstrar o que se expõe. O formalismo excessivo do processo não se confunde com a forma para ele prevista. O juízo de valor negativo a respeito do primeiro não conspurca o segundo. Nem mesmo esse formalismo excessivo, que em hipótese alguma se confunde com a legalidade ou com princípio da legalidade, poderia ser criticado com base em uma *“aspiração vaga a uma justiça substancial, em uma rebelião declarada ou disfarçada contra a vontade da lei”*.²⁵⁹

Assim, a crítica às garantias processuais não pode partir dos aspectos de direito material. Nas transgressões às garantias indispensáveis ao processo, não há espaço para recorrer à investigação do quão comprometida ficou o conteúdo da decisão judicial em virtude do vício.²⁶⁰ O prejuízo deve ser entendido a partir dos referenciais do próprio direito processual civil, levando a um conceito de insanabilidade independente do direito material.²⁶¹ Reaviva-se aqui a crítica doutrinária de que, em casos tais, faltam à instrumentalidade das formas critérios metodológicos firmes para indicação do que precisamente seria a natureza do prejuízo envolvido na violação à norma processual.²⁶²

²⁵⁹ SATTA, Salvatore, “Il formalismo nel processo”, p. 1.144.

²⁶⁰ É o que defende José Maria Tesheiner com relação à impossibilidade de incidência do princípio da instrumentalidade quando houver violação à garantia do juiz natural. Mais adiante, referido processualista trata de outra hipótese na qual fica dispensada a apuração de prejuízo: a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente (**Pressupostos...**, p. 235 e 272).

²⁶¹ Alexandre Marder, tratando da hipótese de vício de citação com a seguida revelia, afirma não se poder *“aceitar que não tenha o demandado sofrido prejuízo. É claro que prejuízo houve, pois não teve o demandado acesso às garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, muito embora tenha vendido a demanda.”* (**Das invalidades...**, p. 88).

²⁶² As posições baseadas no exame da funcionalidade do ato, que objetivam perquirir se este atingiu a finalidade da justiça no caso concreto, não fornecem um critério uniforme e seguro para estas hipóteses de violação de garantia funcional do processo (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 90). Consoante ressalta Egas Moniz de Aragão em crítica contundente à teoria dos fins de justiça do processo, *“a cada qual poderá parecer que tais fins foram atingidos, mesmo em face de vícios os mais graves”* (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Nulidade, invalidade, ‘jardinagem’”, p. 180).

É possível falar em uma presunção de prejuízo decorrente da transgressão a uma destas garantias.²⁶³ Não deve causar espanto que assim o seja, vez que a concepção de que todas as invalidades processuais sejam convalidáveis corresponde a uma construção doutrinária. Da ordem positiva, ao contrário, extraem-se hipóteses nas quais a lei não condiciona a invocação do vício de nulidade à existência de prejuízo, como nos casos de rescisão da sentença por incompetência ou impedimento do juiz (expressão da garantia da imparcialidade).²⁶⁴ É razoável intuir que se a desnecessidade de invocação de prejuízo permanece firme mesmo após a sanatória geral da coisa julgada, não há razão para entender que essa invocação seria necessária antes disso.

Mais: optar pela *instrumentalidade das formas* importa assumir a posição pela tendência à validade do ato apesar da transgressão à garantia. Tal posição por vezes encerra situações nas quais a demonstração dos motivos que justificam a pronúncia da nulidade – a demonstração de existência do prejuízo processual ou material - apresentasse providência de cumprimento muito custoso (quicá impossível) à parte. É o caso da sentença desprovida de fundamentação, adiante examinada.

Para os fins da presente dissertação, portanto, entende-se que as nulidades absolutas são aquelas decorrentes da inobservância de norma processual instituída predominantemente na preservação de uma garantia indispensável do processo, cujo objetivo é preservar o correto funcionamento dos órgãos judiciários.²⁶⁵ A verificação dessa pertinência se dará, no mais das vezes, a partir do texto constitucional.

As nulidades absolutas correspondem aos vícios insanáveis, não sujeitos à preclusão e cognoscíveis de ofício. Com o trânsito em julgado da decisão, convertem-se em causas de pedir para o ajuizamento da ação rescisória.

Ressalte-se que não há qualquer incoerência em se admitir, dentro da categoria das nulidades absolutas, algumas cuja insanabilidade possa sofrer influência

²⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 187.

²⁶⁴ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil brasileiro**, p. 262; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 111.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. 2, p. 595-596.

do resultado final do processo se a sentença for favorável ao litigante prejudicado no plano processual.

Primeiro porque a sistematização ora proposta prende-se aos referenciais do direito processual. O resultado final do processo favorável à parte prejudicada no plano processual é circunstância externa à proposta de sistematização. Segundo porque boa parte das propostas de sistematização que abrigam a influência do julgamento final em seu panorama classificatório não visualiza qualquer incoerência em admitir as nulidades absolutas como ora “sanáveis”, ora “insanáveis”.²⁶⁶

Quanto às nulidades relativas, tem-se que a própria doutrina que se debruça sobre o tema enfrenta grande dificuldade de localizar normas processuais instituídas predominantemente na proteção de interesses privados. E isso se dá em virtude da prevalência dos interesses de órbita pública na correta aplicação das leis, composição dos litígios e promoção da paz social.²⁶⁷

Se o processo é voltado ao atendimento de uma função pública e a atividade judicial, por conta disso, há de ser pautada na estrita legalidade, é mesmo de se imaginar que as referências às normas dispositivas sejam escassas. A observância do procedimento, comparando como fator tendente à obtenção da *justiça possível*, se situa no plano do interesse público. Se a justiça do direito material é questão que pode se colocar defronte às partes, a dos atos processuais toca predominantemente ao interesse público de boa administração da Justiça.²⁶⁸

Sob a perspectiva que se adota na presente dissertação, as garantias instituídas predominantemente em favor dos interesses dos litigantes não são

²⁶⁶ Na obra de Liebman, a nulidade absoluta ora é sanável, ora é insanável (**Manual...**, pp. 260-261). Também Teresa Wambier admite que nulidades absolutas possam ser sanáveis. (**Nulidades...**, p. 226).

²⁶⁷ Bem ilustra esse fato o espanto manifestado por parte da doutrina processualista com relação à invocação, por parte de Galeno Lacerda em seu *Despacho Saneador*, da ausência ou nulidade de citação como exemplo de invalidade decorrente de inobservância de norma processual situada de modo prevalente na órbita dos interesses privados (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 392; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, p. 94). A bem da verdade, as normas disciplinadoras do ato citatório são efetivamente erigidas no interesse público da democrática e regular administração da Justiça.

²⁶⁸ Aroldo Plínio Gonçalves observa que “a justiça do ato processual não pode ser situada no interesse das partes, que, no processo, são divergentes” (**Nulidades...**, p. 64).

indispensáveis à estruturação do devido processo legal, motivo pelo qual a invocação do vício que dá causa à nulidade relativa está sujeita à preclusão e aos efeitos sanatórios da coisa julgada.

Assim, o vício decorrente da incompetência relativa. Esta, uma vez não invocada por meio de exceção e no momento adequado, enseja a preclusão e a prorrogação de competência. Da doutrina colhe-se outro exemplo de nulidade relativa: a inversão da ordem estipulada pelo artigo 655, do CPC, que deve ser suscitada pelo executado na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.²⁶⁹

Ressalte-se que esse entendimento - aliado ao já exposto no sentido de que somente os atos aviaados por agente público no exercício de função jurisdicional estão sujeitos ao regime das invalidades processuais – reduz drasticamente o rol de exemplos de nulidades relativas, comumente relacionados pela doutrina mais tradicional com relação aos atos das partes.

²⁶⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 200.

4.5.2. Tratamento da nulidade absoluta

Devem ser examinadas três situações relacionadas com as nulidades absolutas.

A primeira é a abordada no capítulo 4.4.1, consistente na inexistência de controvérsia sobre a possibilidade de aproveitamento do ato processual. Tal ocorre quando o ato imperfeito é substituído por outro, regular. O vício permanece sendo insanável e, tendo em vista que, em processo, o nulo deve ser entendido no encadeamento dos atos, não há espaço para se realizar a apuração da inexistência de prejuízo processual ou material em função de um ato que restou superado no procedimento.

A segunda é a abordada no capítulo 4.4.2, correspondente à infração de garantia essencial do processo. Trata-se de garantias irrenunciáveis pelas partes e não sujeitas à manipulação pelo órgão julgador, porque, além de instituídas no interesse predominante da administração da Justiça, dizem respeito ao patrimônio fundamental e inalienável da pessoa humana.

Se a sentença de mérito for favorável à parte a quem aproveitaria a pronúncia da nulidade, o defeito presente no ato, embora insanável, sofre a influência da decisão. Não se está com isso *aproveitando* o ato processual viciado. A decisão favorável é um evento circunstancial externo ao vício e que não se relaciona diretamente com os escopos da garantia processual preterida.

Há, contudo, uma terceira situação, igualmente relacionada com as garantias essenciais do processo. Trata-se dos vícios com potencial para carrear prejuízo de índole processual, indistintamente, a ambos os litigantes, independente do futuro conteúdo da sentença.²⁷⁰

²⁷⁰ Teresa Wambier, com relação às nulidades absolutas, afirma que a *perspectiva do prejuízo* não é apta a influir na arguição das nulidades, eis que somente aquele prejuízo já ocorrido teria esse condão (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 238). Esse entendimento coaduna-se com a concepção de que, nas invalidades em que há potencial de prejuízo a ambas as partes, não é possível restringir a suscitação da nulidade a somente uma delas.

É o caso das normas processuais que objetivam dar cumprimento à garantia essencial da imparcialidade, da regular constituição do juiz e da motivação das decisões judiciais.

É nesta medida que se sustenta não ser possível antever qual será a parte prejudicada pelo vício da decisão. Somente é possível antecipar que prejuízo a uma delas haverá. E isso é suficiente para se afastar a incidência dos princípios relacionados com o aproveitamento do ato processual viciado.

Tome-se o exemplo da sentença sem motivação.

Se o Tribunal não reconhecer o vício suscitado em apelação e a sentença for mantida, levar-se-á a efeito contrariedade ao artigo 249, § 2º, do Código de Processo Civil, que dispensa a pronúncia da nulidade somente quando a parte a quem esta aproveitaria possa obter julgamento de mérito favorável. A parte vencida perante as duas instâncias seria a prejudicada pela não pronúncia da nulidade.

De outro lado, se não reconhecido o vício e a sentença for reformada, a parte vencida em segunda instância seria prejudicada na medida em que não teve a oportunidade de ver a tese de seu adversário examinada adequadamente – e eventualmente rejeitada de modo suficiente - na instância inferior. É preciso levar em conta que a motivação também é voltada ao órgão jurisdicional responsável pelo reexame da causa em segunda instância.²⁷¹

Nestas hipóteses, como o vício detém aptidão para atingir quaisquer das partes, não se afasta a possibilidade de que ele seja objeto de impugnação de iniciativa de qualquer delas, incluindo aquela que obteve sentença favorável.

O interesse recursal haveria de ser reconhecido também a esta última em virtude da possibilidade de o mérito do julgamento ser invertido na instância superior ou de a parte contrária obter pronunciamento favorável em sede de ação rescisória

²⁷¹ TARUFFO, Michele. “La Fisionomia...”, p. 187.

ajuizada com fundamento na ocorrência do vício.²⁷² Negar-lhe a possibilidade de invocar este vício é fechar as portas à possibilidade de debelar a crise de certeza que se instaura em torno da validade do ato.²⁷³

E depõe mesmo contra a lógica imaginar que estes vícios possam ser superados pela prática de ato posterior que os substitua ou os tornem irrelevantes. A retificação do ato equivalerá à anulação do processo (v.g., no caso da irregular constituição do juízo) ou da sentença (v.g., no caso do defeito de fundamentação). Eis a insanabilidade de que a doutrina trata como sendo dos atos que impedem o prosseguimento da demanda.²⁷⁴

²⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 238.

²⁷³ É o mesmo fundamento que embasa a propositura de uma ação declaratória, que, segundo Alfredo Buzaid “*pode ser proposta independentemente da violação ou ameaça ao direito subjetivo. Basta apenas um estado de incerteza, que cause prejuízo*” (**A ação declaratória no direito brasileiro**, p. 156).

²⁷⁴ É o que expõe José Frederico Marques no sentido de que “*ato nulo de efeitos irremediáveis só será aquele que atingir a relação processual, tornando inadmissível a sentença de mérito.*” (**Manual...**, v. II, p. 189). Também Calmon de Passos alude à inadmissibilidade como aquele atributo relativo à inadequação do processo para autorizar a tutela jurídica, tendo em vista que nenhuma interferência na liberdade ou patrimônio dos sujeitos de direito é legítima se não se efetivar “*em um processo no qual foram atendidas as garantias do devido processo constitucional de produção do direito*” (**Esboço...**, p. 146).

4.5.3 Inexistência relacionada com a ausência de pressuposto processual de existência

Em um primeiro plano, a inexistência da sentença civil relaciona-se com a ausência dos pressupostos de constituição do próprio processo. Para utilizar a terminologia comumente empregada no âmbito das nulidades, dir-se-ia estar, nesta hipótese, diante de uma inexistência *derivada* da não instauração da relação jurídica processual.

Pressuposto de existência do processo equivale à categoria dos *pressupostos* na classificação engendrada por Calmon de Passos. Cumpre explicitá-la: os elementos do ato processual podem ser divididos em pressupostos, requisitos e condições. Aos primeiros, cumpre determinar a existência do ato; aos segundos, a validade; aos terceiros, a eficácia.²⁷⁵

Essa estruturação levaria à conclusão de inexistência do processo quando lhe faltassem quaisquer dos elementos determinantes à suficiente composição de seu suporte fático, quais sejam, autor, juiz e réu. É exatamente essa conclusão de inexistência da sentença que é alcançada por Calmon de Passos ao examinar a decisão prolatada por quem não está investido de jurisdição ou contra quem não foi parte no processo.²⁷⁶

Pois bem. A concretude fática apresenta situações que desafiam frontalmente este modelo ideal do mundo jurídico, revelando os inconvenientes de uma formulação hermética dos elementos que devem comparecer para que se tenha por existente a relação processual.²⁷⁷

O impasse não se coloca tanto em saber quais são os elementos necessários e suficientes para que se aperfeiçoe o processo. O relevante é determinar se

²⁷⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, pp. 35-40.

²⁷⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, p. 102.

²⁷⁷ BAGGIO, Lucas Pereira; TESHEINER, José Maria Rosa. **Nulidades...**, p. 34.

pode ou não ser reconhecida alguma relevância jurídica - e para que fins – a uma relação estabelecida somente no plano bilateral, entre uma das partes e o juiz.

Muito embora não haja uniformidade a respeito, o entendimento aqui adotado é de que é fundamental a ligação entre o juiz e ao menos um dos sujeitos parciais.²⁷⁸ Entende-se necessária a *jurisdição* acrescida de um fato que gere um vínculo, no mínimo, bilateral: de regra, a demanda; excepcionalmente, a citação.²⁷⁹

Iniciando-se pelo exame da sentença proferida sem a participação do autor.

A inércia da jurisdição representa um avanço histórico indubitável no sentido de abandonar o processo fundando no princípio inquisitivo em favor daquele que tem sustentação no devido processo legal. Ninguém negará que o princípio é indispensável ao processo, mas o questionamento cabível é a respeito da medida dessa indispensabilidade: em não se lhe observando, o processo inexistente ou é inválido?

O critério da aptidão para solucionar a crise de direito material não responde à questão.²⁸⁰

A conclusão de que o processo exista por decorrência de tal aptidão traz em si certa promiscuidade entre os planos da existência e eficácia do ato processual: não se afirma a existência do processo a partir da observação dele próprio, e sim à vista da capacidade que seu resultado tem de gerar efeitos práticos (eficácia). Ademais, o potencial de dirimir a controvérsia somente pode ser apurado em uma visão retrospectiva, quando do

²⁷⁸ Em sentido contrário, exigindo a presença de todos os pressupostos processuais de existência para que se tenha por aperfeiçoada a relação jurídica processual, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 351.

²⁷⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Pressupostos...**, p. 36.

²⁸⁰ Em outras palavras, entender existente o processo porque, a despeito de não ter se iniciado com a propositura de uma demanda por aquele que seria detentor do direito acolhido, foi apto a solucionar a crise de direito material. Bedaque sustenta tese próxima a essa ao afirmar que “a ausência do liame jurídico com o autor, que não provocou a atividade jurisdicional, torna-se irrelevante com a sentença de procedência” (**Efetividade...**, p. 221). Observação análoga é formulada para a hipótese de sentença prolatada em processo que não contou com a participação do réu: “por que não admitir a existência e a eficácia deste ato, se a falta de citação não causou prejuízo ao réu, a quem o resultado acabou beneficiando?” (**Efetividade...**, p. 463).

fato consumado da resolução da crise de direito material. Como condicionar a existência do processo ao seu resultado final?

Por outras razões, concorda-se com a tese da existência da sentença nesta hipótese. São motivos ligados à possibilidade de o órgão jurisdicional *validamente* por fim ao processo que *invalidamente* foi instaurado.

Se um dado processo for iniciado de ofício fora das hipóteses em que permitido tal expediente, e uma vez aperfeiçoada a citação, todo o *iter* a ser observado pelo réu com vistas à suscitação do desrespeito do princípio dispositivo pressupõe a existência do processo.²⁸¹

A alegação deste voltada à demonstração de que o caso específico não se subsume a qualquer das hipóteses excepcionais de deflagração oficiosa do processo poderá ser veiculada em recurso próprio e a pretensão nele contida será objeto de pronunciamento motivado por parte do Tribunal.

Debruçando-se sobre o tema da petição inicial sem assinatura²⁸², Adrio Giovannoni conclui estar diante de um ato processual inexistente que, apesar disso, opera sucessivos efeitos: a petição passará pelo juízo de admissibilidade em primeira instância. Se admitida, abrir-se-á oportunidade para manifestação do réu, que poderá pleitear o reconhecimento do vício. Por fim, há efeitos no que toca à imposição de custas processuais.²⁸³

²⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade**..., p. 215.

²⁸² Tomada a assinatura como o modo pelo qual a parte confirma a expressão de vontade constante da peça inicial.

²⁸³ “Los Vicios Formales em La Realización del Acto Procesal”, p. 78. Muito embora referido doutrinador não esclareça se faz alusão à assinatura da parte (na procuração) ou do advogado (na petição inicial), as ilações por ele trazidas são aplicáveis ao processo civil brasileiro, no sentido de confirmar a existência do processo mesmo sem demanda.

Em suma, não reputar o processo existente mesmo à míngua de demanda é negar ao juiz a possibilidade de colocar fim validamente à atividade processual, tornando insolúvel o problema, conforme opinião referida por Roque Komatsu.²⁸⁴

Muito embora o doutrinador faça referência a esse posicionamento ao examinar a hipótese do processo iniciado após o falecimento do autor, não se visualiza nesta hipótese, se comparada com a do processo sem demanda, diferença substancial que justifique conclusões distintas no que toca à existência da relação jurídica processual.²⁸⁵

Em ambas as hipóteses, o impulso inicial foi dado por um terceiro, e não por aquele pretense titular do direito apreciado em juízo. Esse parece ser o dado essencial, até mesmo porque seria inexplicável admitir a existência de um ato sem alguém que o pratique, de uma demanda sem que exista um demandante. Como ressalta Bedaque, alguém acionou, “*apenas não se trata de titular do direito de demandar*”.²⁸⁶

A existência de processo decorrente tão somente da formação da relação jurídica em plano bilateral é algo presente quando se depara a sentença proferida sem a participação do réu. A relação jurídica processual, consoante se exporá adiante, é incompleta, porém existente.²⁸⁷ Tudo recomenda que igual orientação seja aplicada à hipótese de inexistência de *demandada*.

Também não parece correto entender que deva ser tido por inexistente o processo sem *demandada* por ser acentuada a gravidade presente na infração ao princípio da inércia da jurisdição.

Não se nega tratar de ofensa das mais graves e que o processo assim instaurado configura situação absolutamente teratológica e aberrante, mas, em linha de coerência, também há infração ao contraditório na sentença proferida sem a participação

²⁸⁴ **Da invalidade...**, pp. 233-234.

²⁸⁵ Aceitam a conclusão de existência do processo sem autor: Tesheiner (**Pressupostos processuais...**, p. 37), Bedaque (**Efetividade...**, p. 222) e Jorge Luís Dall’Agnol (**Pressupostos processuais**, pp. 30-31).

²⁸⁶ **Efetividade...**, p. 222.

²⁸⁷ V. TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 34; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 219; TALAMINI, Eduardo. “Notas...”, p. 55.

do réu e, mesmo assim, a questão não deve ser resolvida no plano da existência do processo como um todo.²⁸⁸

Até se poderia sustentar que, quanto à existência do processo em relação jurídica no plano bilateral, a atual ordem positiva somente contemplaria a sua formação na linha juiz e réu.²⁸⁹ No entanto, isso significaria condicionar a existência de processo às contingências da legislação positiva, e não à observação da essência do fenômeno processual.²⁹⁰

Além disso, há de se considerar que a sentença que aprecia um pedido não formulado pelo autor é também um exemplo de ausência de *demanda* com relação a uma parte da pretensão, que não foi deduzida em juízo. Sob determinado prisma, essa situação encerra violação ainda mais grave do que aquela presente quando não existe, em absoluto, a *demanda*.

É que neste último caso, por não ter sido apresentada petição inicial, caberá à contestação dimensionar o espectro de fatos que será apreciado pelo juiz. De outro lado, na hipótese de a sentença julgar um pedido não deduzido na petição inicial, porque o réu foi direcionado a concentrar sua defesa nas matérias e pedidos efetivamente invocados na inicial, há maior probabilidade de que não tenham sido impugnados os fatos constitutivos da pretensão irregularmente acolhida, deixando-se de estabelecer o contraditório sobre eles.²⁹¹

²⁸⁸ Diz-se que não deve ser resolvida no plano da existência do processo como um todo porque processo, tomado como relação jurídica ao menos bilateral, existe. O que não há é processo de que o autor (isto é, aquele que deveria ter proposto a ação) faça parte (como formulação de Eduardo Talamini em **Direito Processual Concretizado**, p. 174). A relação processual é existente, apesar de incompleta.

²⁸⁹ Trata-se do artigo 285-A, do Código de Processo Civil. E, mesmo em período anterior à entrada em vigência do dispositivo, não era de se causar estranhamento a existência do processo mesmo antes da citação do réu, como se extrai da possibilidade de sua extinção liminar ou mesmo de antecipação dos efeitos da tutela ao despachar a inicial. (BRESOLIN, Umberto Bara. “Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil”, p. 379).

²⁹⁰ A técnica de firmar o conceito de inexistência processual a partir da disciplina legislativa, e não com bases nos caracteres ontológicos do fenômeno, é severamente criticada por Remo Pannaim (**Le Sanzioni...**, pp. 348-349).

²⁹¹ Tal se vincula à observação de Salvatore Satta no sentido de que além do princípio da demanda, também o da defesa está à base da regra de congruência entre pedido e decisão (**Commentario al Codice di procedura civile**, v. I, p. 429).

Se neste último caso – mais grave por importar também nítida violação ao princípio do contraditório - não se cuida de sentença inexistente (e sim nulidade),²⁹² entende-se que, *a fortiori*, não se está diante de sentença inexistente quando demanda não houver.

Também há divergência doutrinária no que toca à imprescindibilidade da citação para que se tenha por existente o processo.²⁹³

A existência nesse caso também é constatada a partir dos efeitos gerados pela propositura da demanda e por todos os atos que lhe sucederam, como o recebimento da petição inicial e a decisão determinando a citação. Entender que não existiu processo significa concluir que o eventual provimento jurisdicional que pronunciar o defeito de citação imponha a necessidade de nova propositura da demanda e da repetição dos atos que precederam ao citatório.²⁹⁴

Por esse motivo, é acertado o entendimento de que, na hipótese de citação inválida, é suficiente que o processo exista apenas entre autor e o Estado e não em relação ao réu.²⁹⁵ A relação bilateral estabelecida entre jurisdição e autor é o necessário para que seja propiciada uma decisão válida contra este último.²⁹⁶

²⁹² V. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 219 e BESSO, Chiara. **La sentenza civile inexistente**, pp. 194-195.

²⁹³ No sentido de considerar a sentença inexistente nesta hipótese: CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**, p. 92; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 354; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoques sobre o interesse de agir**, p. 38. Examinando a historiografia lusitana, verifica-se a importância que era dada ao tema mesmo em período anterior à monarquia e aos grandes monumentos legislativos lusitanos. A citação foi regulada à minúcia nas Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas (CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**, p. 45)

²⁹⁴ Heitor Sica alcança a mesma conclusão no sentido de existência do processo ao analisar a hipótese de este receber o despacho inicial de um juiz já aposentado. Todos os atos anteriores ao recebimento da inicial são existentes (**Preclusão processual civil**, p. 140).

²⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii...**, p. 1000; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, “Breve análise das sentenças civis ineficazes ope legis”, p. 105; TALAMINI, Eduardo, **Direito Processual...**, p. 174.

²⁹⁶ V. TALAMINI, Eduardo. “Notas...” , p. 55; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 463; ARMELIN, Donaldo Armelin. “Flexibilização da coisa julgada”, p. 55.

A falta de vínculo com o réu não obsta o estabelecimento da relação jurídica de modo incompleto. É bem verdade que a ausência deste sujeito parcial importa na desnaturação do modelo convencional da relação jurídica trilateral, mas não impede que se reconheça à relação processual na linha autor-juiz alguma relevância jurídica, ainda que mais limitada.²⁹⁷

Não é incomum à ordem jurídica a possibilidade de se extrair efeitos de atos que não se conformem com absoluta perfeição aos seus requisitos. É possível, por exemplo, a conversão substancial do negócio jurídico, de modo que aquele realizado invalidamente, mas que contenha requisitos de outro, subsista como se esse fosse (artigo 170, do Código Civil).²⁹⁸

No processo, acaso o réu não seja citado e também não compareça nos autos, deve ser considerado terceiro e, nessa condição, não estará sujeito à imutabilidade da sentença em virtude dos limites subjetivos da coisa julgada.

Se a decisão lhe for desfavorável, a ela o réu sempre poderá resistir. Acaso a decisão lhe seja favorável, este, muito embora não sujeito à autoridade da coisa julgada, pode aproveitar o comando lá contido para impedir nova investida do autor contra sua esfera jurídica.²⁹⁹

Daí não ser possível se aludir à ineficácia da sentença a ser prolatada em processo nestas condições.³⁰⁰ Entendimento como esse poderia conduzir à

²⁹⁷ A esse propósito, destaca-se que Calmon de Passos aborda a inexistência processual como “*algo existente no mundo da realidade, com possível relevância jurídica em outra situação*” (**Esboço...**, p. 98). A observação amolda-se ao que aqui é defendido, no sentido de que ainda que a ausência do réu impeça a configuração do processo na formatação trilateral, não impede que a relação jurídica exista em plano bilateral e que dela se extraiam efeitos válidos “*em outra situação*”, qual seja, a da sentença de improcedência.

²⁹⁸ Zeno Veloso cita o caso de uma venda de imóvel sem escritura pública, que é nula, e pode ser convertida em outro negócio, que atende, razoavelmente, as finalidades econômicas das partes, como a promessa de compra e venda (**Invalidade...**, p. 123).

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 464.

³⁰⁰ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais...**, p. 22.

possibilidade de “aceitação” da sentença, como sustenta José Maria Tesheiner, desde que o réu, cientificado na execução, não argua o defeito de citação.³⁰¹

A omissão posterior do réu não tem o extenso efeito de ratificar o processo do qual não participou, para que assim a coisa julgada da sentença do processo de conhecimento lhe alcance. O fato de não ter participado do processo constituiu fundamento suficiente e autônomo para resistir à sentença, por qualquer meio.³⁰²

A posição aqui adotada torna bastante restrita a ocorrência da sentença inexistente por decorrência da ausência dos requisitos processuais de existência. Entende-se, no entanto, que esse resultado é comprometido com a preocupação de que uma construção teórica em torno do que seriam as sentenças inexistentes não pode ter a pretensão de ser mais realista do que a própria concretude do processo.

³⁰¹ **Pressupostos processuais...**, p. 22.

³⁰² DEMARCHI, Juliana. “Ato processual juridicamente inexistente – Mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração de inexistência jurídica”, pp. 55-57; TALAMINI, Eduardo. “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”, pp. 231-232; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 465.

4.5.4 Inexistência relacionada com a ausência de elementos intrínsecos da sentença

Em um segundo plano, a inexistência da sentença civil pode ser verificada a partir da ausência de seus elementos intrínsecos. Os defeitos que levam a tal inexistência são aqueles que atinjam direta ou indiretamente o dispositivo da decisão.³⁰³

Assim o é porque o dispositivo da sentença deve corresponder ao pronunciamento explícito quanto ao julgamento dado pelo órgão jurisdicional, sem o que não é possível afirmar que houve julgamento.³⁰⁴ Por esse motivo, além de ser inexistente a sentença que não disponha deste elemento, também o é a decisão na qual o comando é contraditório, retirando da decisão as condições materiais de produzir efeitos.³⁰⁵

Quanto à imperfeição de outro elemento intrínseco da sentença que repercute sobre o dispositivo, destaque-se que também é causa da inexistência deste ato a *ausência* de fundamentação.

A deficiência de fundamentação, por si só, é hipótese de nulidade absoluta do ato, mas nesta específica situação o defeito é qualificado por atingir a essência do pronunciamento jurisdicional.³⁰⁶ No perfil do Estado Democrático de Direito, a decisão judicial não se funda sobre o arbítrio, nada podendo significar o dispositivo isolado e vazio, sem referência a qualquer aspecto justificativo.³⁰⁷

Nem se poderia distinguir o defeito de fundamentação da sentença no que toca à possibilidade de o ato ser impugnado: de um lado, estaria a sentença inexistente quando a deficiência de motivação for tal que impedir a interposição de

³⁰³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, p. 149.

³⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual...**, p. 32; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 3, p. 22; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**, p. 635; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 470; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 509; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 434.

³⁰⁵ Como a sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito e julga a lide (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Nulidades...**, p. 470).

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione...**, pp. 463-464.

³⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”, p. 36; SOUZA, Wlison Alves. **Sentença Civil Imotivada**, p. 219.

recurso; de outro, a decisão eivada de nulidade que, apesar do defeito, não impede o embasamento do recurso.

O critério é inadequado porque não é possível apurar quão comprometido restou o direito de recorrer em virtude do defeito de fundamentação. Trata-se de conferir uma ficcional objetividade a um exame que é, naturalmente, subjetivo e casuístico. Essa impossibilidade de apuração é, a propósito, a premissa para que se tenha a violação a esta garantia como um vício insanável, consoante indicado em capítulo seguinte.

Quanto ao defeito do relatório, tem-se que este elemento, na quase totalidade das oportunidades, é determinante para situar a fundamentação, mas não o é para dimensionar a extensão do dispositivo. No mais das vezes, o relatório tem a sua importância sob um ponto de vista extraprocessual, vez que sem ele a coletividade não saberá os contornos fáticos do caso a se decidir.³⁰⁸ Mas, na perspectiva dos litigantes, da sua ausência normalmente não é possível intuir que a decisão seja inexistente.

No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deparou com um caso bastante peculiar, no qual acertadamente reconheceu a inexistência da sentença porque o relatório, indevidamente, ampliou a extensão subjetiva da demanda. Na situação, a sentença havia julgado procedente o pedido em favor da autora da ação de usucapião e também de seu esposo, que, muito embora não figurasse como parte na causa, constou do relatório nessa condição.³⁰⁹

Também a sentença não assinada é inexistente.³¹⁰ Mas, na hipótese, entende-se possível a convalidação do ato.³¹¹ Uma vez assinada, o vício se torna

³⁰⁸ SOUZA, Wilson Alves. **Sentença...**, p. 219.

³⁰⁹ O erro material do relatório, responsável por essa indevida extensão subjetiva da demanda, se deu porque, na qualificação da autora na inicial, havia referência ao nome seu marido (sob a fórmula “casada com”). Quando da elaboração da sentença, o magistrado incorreu no erro de incluir referido senhor no polo ativo (Brasil, TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 7000195060, rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgado em 14 de agosto de 2003).

³¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 471.

³¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 497; BESSO, Chiara. **La sentenza...**, p. 294.

irrelevante e sua retificação opera retroativamente para confirmar todos os efeitos pretéritos da decisão.³¹²

Cabível, nesse ponto, uma comparação. A assinatura, lançada na sentença, permite a confirmação de que o ato de vontade estatal lá expressado foi emanado de órgão investido do poder jurisdicional. Por isso mesmo, se não firmado o ato, deve ser havido por inexistente.

Trata-se de vício sanável, que se submete a um tratamento absolutamente distinto daquele que deve ser dispensado, por exemplo, à hipótese da sentença proferida quando já extrapolado o prazo do que, em alguns Tribunais da Federação, convencionou-se denominar auxílio-sentença.

Nesse último caso, o vício não pode ser convalidado pela posterior extensão, pelo Tribunal, do período do regime excepcional de modo a apanhar o momento em que a decisão foi proferida. O vício diz respeito às regras atributivas da jurisdição, como expressão do devido processo legal. Ao contrário do que ocorre no caso da sentença sem assinatura, a simples extensão do prazo do regime excepcional não é suficiente para conferir regularidade ao ato. Para que se lhe agregue o elemento faltante (competência absoluta do magistrado prolator da decisão) a única providência possível é a refeitura do ato (prolação de nova decisão), o que, em termos práticos, equivale à sua anulação.

Nessa breve comparação, pretende-se demonstrar como reconhecer valores ao processo e a sua cláusula do devido processo legal importa em restringir o âmbito de incidência do princípio da instrumentalidade.

Ainda, há de se destacar que parcela da doutrina entende ser inexistente a sentença ilegível.³¹³ Ainda que esta hipótese seja de difícil verificação prática na atualidade em virtude do quase completo abandono da técnica manuscrita para

³¹² Não admitir a convalidação da sentença nessa hipótese significaria retroceder ao tratamento que era conferido à sentença nenhuma nas Ordenações Afonsinas, por força do qual nenhum ato praticado após essa sentença inexistente teria aptidão para transformá-la em *alguma* (LOBO DA COSTA, Moacyr. **A revogação da sentença**, p. 154)

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Civil**, p. 158; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 471.

elaboração do ato, há de se admitir que o vício se sujeita à convalidação, tal como a sentença desprovida de assinatura.

Também há referência à inexistência da sentença não escrita. Entende-se, no entanto, que esta não ultrapassou a barreira da elaboração intelectual por parte do órgão julgador, ainda não se materializando em ato processual. Parece, portanto, ser questão relacionada muito mais ao estágio da prática do ato do que a um defeito propriamente dito.

O mesmo raciocínio, contudo, não pode ser aplicado à sentença não publicada.³¹⁴ É que após a entrega ao cartório³¹⁵ e mesmo antes de sua cientificação às partes, a decisão já opera efeitos, ao menos dentro do processo, como vedar ao juiz a sua modificação, somente lhe sendo possível a atividade que fica à margem da finalidade principal do processo: retificar ou esclarecer o ato sentencial e ordenar os atos preparatórios do procedimento recursal.³¹⁶

³¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 471.

³¹⁵ A publicação, como ato que confere existência à sentença, corresponde à entrega da decisão ao cartório (Brasil, STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 750.651-PA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 22.5.2006, p. 199).

³¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “Execução de Título Judicial e defeito ou ineficácia da sentença”, p. 67.

4.6 Conclusões parciais

1. A particularidade dos atos processuais que mais influencia no tema das invalidades é a sua perspectiva predominantemente teleológica. A anulação não é consequência indesviável do vício, mas apenas uma possibilidade aberta pelo ordenamento.

2. À luz das especificidades do processo, parcela da doutrina afirma que todas as nulidades processuais são relativas.

3. A teoria das invalidades sofreu o impacto de que o processo não deve servir a seus próprios fins. Firmada essa concepção, há de se realçar os limites deste aspecto instrumental.

4. A tão só aplicação dos critérios tradicionais de sistematização muitas vezes mostra-se insuficiente naquele que é o ponto de maior proveito científico e prático de um estudo das invalidades: a efetiva necessidade de pronúncia da nulidade.

5. Sobreleva de importância identificar os casos que devem receber o tratamento excepcional da insanabilidade. Trata-se, em certa medida, de se conferir vocação residual a uma tentativa de sistematização dos vícios dos atos processuais.

6. Reclama cautela a ideia de que a relação de adequação entre *instrumento e objeto* seja a única fonte dos valores e da importância do processo.

7. A insuficiência da valoração do processo apenas em função do direito material é sentida também no plano das invalidades processuais. O exame funcional da adequação meio-fim, embora indispensável, não deve ser o único critério na apuração da relevância da atipicidade processual.

8. A nulidade é consequência extraível da imperfeição do ato processual ou, como sustenta parcela da doutrina, sanção a ele aplicada. Seja como for, não é contemporânea ao vício.

9. Entender que o exame da inexistência de prejuízo é realizado quando da investigação do suporte fático do ato processual válido é incidir na contradição de pretender incluir na composição de tal suporte um elemento que não lhe é intrínseco.

10. Apesar da presença maciça dos princípios relacionados com o aproveitamento no tema das invalidades, entende-se que estes não são chamados a incidir quando não cabe sequer o debate (nem mesmo em tese) sobre a possibilidade de aproveitamento do ato.

11. A interpretação proposta, muito embora chegue a mesma conclusão, contém uma diferença marcante para o raciocínio do *aproveitamento* do ato viciado: não se considera inexistente o prejuízo decorrente da transgressão da garantia processual, independente de ter sido o ato imperfeito substituído por um regular.

12. No tema dos vícios dos atos processuais, percebe-se que parcela da doutrina vem substituindo a incidência dos princípios tradicionalmente empregados no aproveitamento do ato por outros mais harmônicos com o entendimento de suas construções teóricas.

13. É perceptível também a tendência doutrinária de que a teoria das invalidades gravite em torno dos princípios constitucionais, notadamente o da efetividade e o da segurança jurídica, empregando-os em muitas situações nas quais a doutrina tradicional utilizaria a noção de inexistência de prejuízo.

14. Atualmente, a cláusula do devido processo legal incorpora a axiologia das garantias fundamentais do indivíduo. Mesmo em sua feição formal, recebe a influência de aspectos substanciais que fixam os componentes necessários para os processos judiciais.

15. A cláusula do *due process of law* tem o desiderato de explicitar que são indispensáveis todas as garantias e exigências inerentes ao processo.

16. Entre estas, há aquelas que a doutrina aponta como instituidoras de requisitos estruturais do processo. Cuida-se de postulados irrenunciáveis pelas partes ou não sujeitas à flexibilização por parte do órgão julgador.

17. Evidente que a resolução da crise de direito material poderá lançar efeitos sobre os vícios que acarretem transgressão destas garantias. Mas tal não é suficiente para que uma proposta de sistematização das invalidades processuais valha-se de critérios ligados a esta *circunstância* externa. Antes, o enfoque classificatório deve assentar sobre os referenciais do processo e de suas próprias garantias.

18. O critério da indispensabilidade da garantia baseia-se na pertinência desta ao devido processo legal como expressão de um modelo processual justo e equo. Muito embora a cláusula do *due process of law* deva ser imprecisa, há objetividade neste critério porque a maior parte das garantias relacionadas com as invalidades é reproduzida no texto constitucional.

19. Nem todas as transgressões às garantias indispensáveis do processo acarretam prejuízo objetivamente aferível às partes na esfera do direito material. Haverá, no entanto, relevante prejuízo de índole processual, ligado aos valores do instrumento.

20. É inadequado o entendimento de que a interpretação das garantias por meio de seus próprios referenciais ou os do processo poderia fazer com que essas mesmas garantias se transformassem em causas de injustiça da decisão.

21. É possível falar em uma presunção de prejuízo decorrente da transgressão a uma das garantias mencionadas. Não deve causar espanto que assim o seja, vez que a concepção de que todas as invalidades processuais sejam convalidáveis corresponde a uma construção doutrinária.

22. Optar pela *instrumentalidade das formas* na hipótese dessas transgressões importa assumir a posição pela tendência à validade do ato apesar da violação à garantia. Tal posição por vezes encerra situações nas quais a demonstração dos

motivos que justificam a pronúncia da nulidade apresenta-se providência de cumprimento muito custoso (quicá impossível) à parte.

23. As nulidades absolutas são aquelas decorrentes da inobservância de norma processual instituída predominantemente na preservação de uma garantia indispensável do processo, cujo objetivo é preservar o correto funcionamento dos órgãos judiciários. Correspondem aos vícios insanáveis, não sujeitos à preclusão e cognoscíveis de ofício. Com o trânsito em julgado da decisão, convertem-se em causas de pedir para o ajuizamento da ação rescisória.

24. As garantias instituídas predominantemente em favor dos interesses dos litigantes não são indispensáveis à estruturação do devido processo legal, motivo pelo qual a invocação do vício que dá causa à nulidade relativa está sujeita à preclusão e aos efeitos sanatórios da coisa julgada.

25. Devem ser examinadas três situações relacionadas com as nulidades absolutas.

26. A primeira consiste na inexistência de controvérsia sobre a possibilidade de aproveitamento do ato processual. Tal ocorre quando o ato imperfeito é substituído por outro, regular. O vício permanece sendo insanável e, tendo em vista que, em processo, o nulo deve ser entendido no encadeamento dos atos, não há espaço para se realizar a apuração da inexistência de prejuízo processual ou material em função de um ato que restou superado no procedimento.

27. A segunda corresponde à infração de garantia essencial do processo. Se a sentença de mérito for favorável à parte a quem aproveitaria a pronúncia da nulidade, o defeito presente no ato, embora insanável, sofre a influência da decisão. Não se está com isso *aproveitando* o ato processual viciado. A decisão favorável é um evento circunstancial externo à invalidade e que não se relaciona diretamente com os escopos da garantia processual preterida.

28. Há uma terceira situação, igualmente relacionada com as garantias essenciais do processo. Trata-se dos vícios com potencial para carrear prejuízo de

índole processual, indistintamente, a ambos os litigantes, independente do futuro conteúdo da sentença. Não se afasta a possibilidade de que ele seja objeto de impugnação de iniciativa de qualquer dos litigantes, incluindo aquela que obteve sentença favorável. O interesse recursal há de ser reconhecido também a esta última em virtude da possibilidade de o mérito do julgamento ser invertido na instância superior ou de a parte contrária obter pronunciamento favorável em sede de ação rescisória ajuizada com fundamento na ocorrência do vício.

29. Depõe mesmo contra a lógica imaginar que estes vícios possam ser superados pela prática de ato posterior que o substitua ou os tornem irrelevantes. A retificação do ato equivalerá à anulação do processo ou da sentença. Eis a insanabilidade de que trata a doutrina como sendo dos atos que impedem o prosseguimento da demanda.

30. Em um primeiro plano, a inexistência da sentença civil relaciona-se com a ausência dos pressupostos de constituição do próprio processo.

31. A relação estabelecida somente no plano bilateral, entre uma das partes e o juiz, é suficiente para se reconhecer algum efeito jurídico ao processo, ainda que limitado. À existência do processo, portanto, reputa-se necessária a *jurisdição* acrescida de um fato que gere um vínculo com o autor ou com o réu.

32. Não é possível afirmar tal existência a partir da aptidão para solucionar a crise de direito material, vez que tal representa certa promiscuidade entre os planos da existência e eficácia do ato processual. Ademais, o processo somente poderia ser afirmado existente em uma visão retrospectiva.

33. Há processo somente em plano bilateral porque todo o *iter procedimental* a ser observado pelo réu com vistas à suscitação do desrespeito do princípio dispositivo pressupõe a existência do processo. Se assim não fosse, negar-se-ia ao juiz a possibilidade de colocar fim validamente à atividade processual.

34. É inadequado entender que deva ser tido por inexistente o processo sem *demanda* por ser acentuada a gravidade presente na infração ao princípio da inércia da jurisdição.

35. Também a sentença que aprecia um pedido não formulado pelo autor é um exemplo de ausência de *demanda* com relação a uma parte da pretensão, que não foi deduzida em juízo. Sob determinado prisma, essa situação encerra violação ainda mais grave do que aquela presente quando não existe, em absoluto, a *demanda*. Se neste último caso não se cuida de sentença inexistente (e sim nulidade), entende-se que, *a fortiori*, não se está diante de sentença inexistente quando demanda não houver.

36. A existência do processo em que não houve citação também é constatada a partir dos efeitos gerados pela propositura da demanda e por todos os atos que lhe sucederam, como o recebimento da petição inicial e a decisão determinando a citação.

37. Na hipótese de citação inválida, é suficiente que o processo exista apenas entre autor e o Estado e não em relação ao réu. A falta de vínculo com o réu não obsta o estabelecimento da relação jurídica de modo incompleto.

38. Acaso o réu não seja citado e também não compareça nos autos, deve ser considerado terceiro e, nessa condição, não estará sujeito à imutabilidade da sentença em virtude dos limites subjetivos da coisa julgada.

39. Em um segundo plano, a inexistência da sentença civil pode ser verificada a partir da ausência de seus elementos intrínsecos. Os defeitos que levam a tal inexistência são aqueles que atinjam direta ou indiretamente o dispositivo da decisão.

40. Também é causa da inexistência deste ato a *ausência* de fundamentação. A deficiência de fundamentação, por si só, é hipótese de nulidade absoluta do ato, mas nesta específica situação o defeito é qualificado por atingir a essência do pronunciamento jurisdicional.

41. Quanto ao relatório, tem-se que este elemento, na quase totalidade das oportunidades, é determinante para situar a fundamentação, mas não o é para

dimensionar a extensão do dispositivo. No mais das vezes, este elemento tem a sua importância sob um ponto de vista extraprocessual.

42. A sentença não assinada e a ilegível são inexistentes, mas passíveis de convalidação.

43. A sentença não escrita não é inexistente. Simplesmente não ultrapassou a barreira da elaboração intelectual por parte do órgão julgador, ainda não se materializando em ato processual.

44. A sentença, após a entrega ao cartório e mesmo antes de sua ciência às partes, já opera efeitos, ao menos dentro do processo. Por isso que a sentença, neste estágio, mesmo não publicada em órgão oficial, é existente.

CAPÍTULO 5 – CASUÍSTICA

5.1. Sentença dada em processo com irregular constituição do juiz

Os litigantes têm o direito de obter um pronunciamento jurisdicional emanado de órgão constituído de acordo com as condições prévias de que deve se revestir a organização judiciária. A proibição constitucional de instituição de juízos ou tribunais de exceção tem a finalidade de resguardar a legitimidade, imparcialidade³¹⁷ e legalidade da decisão.³¹⁸

O princípio, portanto, guarda íntima relação com o devido processo legal, de onde se afirma ser ele “*inseparável do sistema da legalidade*”³¹⁹.

Também a irregular investidura do órgão julgador é vício relacionado com o processo de tomada de decisão, sendo possível vislumbrar um claro e imediato prejuízo processual que atinge indistintamente ambas as partes e com relação ao qual não necessariamente é possível aferir um prejuízo ao direito material nitidamente decorrente da transgressão de tal garantia.

A alternativa da convalidação do ato esbarra, portanto, na impossibilidade de se realizar o exame funcional meio-fim de acordo com o conteúdo da sentença, vez que não é possível a dosimetria do quão comprometida ficou a decisão final em virtude do vício de constituição do julgador.³²⁰

Não foi este, contudo, o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em hipótese na qual a sentença sobreveio quando já

³¹⁷ ROMBOLI, Roberto. **Il giudice naturale**, v. I, pp. 131-132.

³¹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo, “I modelli...”, p. 689.

³¹⁹ CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile**, v. IV, p. 258.

³²⁰ Tesheiner também sustenta a impossibilidade de se aplicar o princípio do prejuízo nas invalidades processuais ligadas ao juiz natural (**Pressupostos...**, p. 235). Alexandre Marder sustenta haver violação palmar a referido princípio na hipótese tratada no presente capítulo, qual seja, a sentença publicada quando já encerrado o período de regime excepcional de competência do magistrado prolator da decisão (**Das invalidades...**, p. 138).

encerrado o regime de exceção (auxílio-sentença) do magistrado prolator da decisão, referido Tribunal reconheceu validade à decisão.³²¹

Esse precedente contou com um dado que revela particular gravidade: tendo em vista que o magistrado prolator da sentença reconheceu que esta havia sido publicada quando já expirado o período do tal auxílio sentença, o Tribunal de Justiça, por meio de novo ato administrativo, designou retroativamente a competência ao juiz para atuar naquela Comarca no exato dia em que a decisão foi proferida.³²²

Tratou-se de uma fixação casuística das regras de competência, de modo retroativo, em nítida transgressão do postulado do juiz natural, que confere ao jurisdicionado o direito a um julgamento por órgão jurisdicional legitimamente investido da jurisdição³²³ e pressupõe que tal investidura se dê de modo prévio e genérico.³²⁴

Em outro julgado, este proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deixou-se de invalidar sentença também prolatada fora do prazo do regime excepcional sob o argumento de que “*a concepção moderna do processo prega sua efetividade*”.³²⁵

³²¹ Tratou-se do julgamento da Apelação n.º 556.057-4/4-00, posteriormente integrado pelo v. Acórdão que julgou os Embargos Declaratórios em seguida opostos, no qual se entendeu pela inexistência de violação ao princípio do juiz natural notadamente porque, apesar de a sentença ter sido prolatada já fora do período de regime excepcional, os autos teriam sido encaminhados à conclusão quando este ainda vigia (Brasil, TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, julgado em 29 de outubro de 2008).

³²² Cuida-se de ato publicado no Diário Oficial de 05.10.2007, designando de modo retroativo o magistrado prolator da decisão para atuar na Comarca por onde tramitava o processo no exato dia 20.8.2007.

³²³ PIZZORUSSO, Alessandro. “Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di normal sostanziale”, p. 2; ANDRIOLI, Virgílio. “La preconstituzione del giudice”, p. 328. Além de prévia e genérica, José Rogério Cruz e Tucci sustenta que a investidura do órgão deva observar todas as garantias ínsitas ao normal desempenho do cargo: vitaliciedade, independência jurídica e política, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (**Constituição de 1988 e processo - Regramentos e garantias constitucionais do processo**, pp. 28-29).

³²⁴ José Frederico Marques destaca que o princípio contrapõe-se à possibilidade de “*juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares*” (**Instituições de direito processual civil**, v. I, p. 175). No âmbito jurisprudencial, e particularmente com relação ao mencionado atributo de *generalidade* de que deve se revestir a investidura jurisdicional, cite-se recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, na seara criminal, já havia decidido que “*é ilícita a designação ad personam de magistrado para atuar especificamente em determinado processo*” (Brasil, 6ª Turma, HC 161.877-PI, rel. Min. Celso Limongi, DJU 15.6.2011).

³²⁵ Brasil, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70007433477, rel. Des. Naele Ochoa Piazzetta, j. em 18 de dezembro de 2003.

Não é possível concordar com este entendimento, tornando-se a firmar a posição de que não se convalida a sentença eivada de vício relacionado com a regular constituição do órgão julgador por não ser possível realizar-se o exame da adequação funcional entre instrumento e objeto.

Em sede de doutrina estrangeira, Eduardo J. Barrios aplaude a apurada técnica de disposição inserta em Código de Processo Civil de província da Argentina que dispõe ser insanável e pronunciável de ofício a nulidade proveniente dos defeitos de constituição do órgão julgador.³²⁶ Na Itália, o vício em questão é explicitamente contemplado pelo ordenamento positivo com estas mesmas características.³²⁷

Em artigo elaborado por oportunidade das Primeiras Jornadas Santafequinas-Platenses de Derecho Procesal, Roberto Berizonce destaca que, em 1977, a Suprema Corte da Província de Buenos Aires anulou, de ofício, centenas de decisões emanadas dos Tribunais Trabalhistas em virtude da incorreta integração dos órgãos que as haviam prolatado.³²⁸

Assim, para os fins da presente tentativa de sistematização, entende-se que os vícios relacionados com a constituição do julgador, assim considerados os que correspondem à irregular investidura do órgão jurisdicional ou à infração ao juiz natural, consubstanciam nulidades absolutas e, por se tratar de vício relacionado estritamente com o processo de tomada de decisão, são insanáveis.

³²⁶ O doutrinador refere-se ao Código de Processo Civil da província de Tucumán, cujo artigo 166 estipula ser insanável, sujeita à pronúncia de ofício, a nulidade proveniente de defeitos de constituição do órgão julgador (“Convalidación de la nulidad del acto procesal”, p. 133). O texto do dispositivo legal foi obtido a partir do site do Poder Judiciário argentino: www.justucuman.gov.ar.

³²⁷ É o que estipula o artigo 158 do *Codice di Procedura Civile*. Apesar do texto legal, parcela da doutrina italiana entende que o vício é sanado pelos efeitos da coisa julgada (TARUFFO, Michele. **Commentario breve al Codice di Procedura Civile**, p. 266).

³²⁸ Cuidava-se de decisões emanadas com participação de somente dois dos três membros que deveriam integrar tais tribunais (BERIZONCE, Roberto O. “Primeiras Jornadas Santafequinas-Platenses de Derecho Procesal”, p. 389).

5.2 Decisão sobre matéria cognoscível de ofício sem oitiva da parte

O aumento dos poderes do juiz, característica do processo civil moderno, dota o órgão julgador de uma atividade mais intensificada no que diz respeito à condução do processo, posicionando-o não mais como o “convidado de pedra”, um mero expectador e fiscal da disputa entre os litigantes.³²⁹

Ultrapassada a fase em que todo o material argumentativo e probatório deve ser necessariamente aportado aos autos pelas partes, a ampliação de tais poderes coloca os temas da direção material e formal do processo na pauta de discussões da ciência processual.

A recepção do magistrado no desempenho destas novas funções impõe um redimensionamento teórico de alguns institutos e princípios com a finalidade de obter medidas de compensação em favor dos direitos dos litigantes e evitar um aumento descompassado das potestades judiciais.

Entre estas novas definições teóricas, está a do princípio do contraditório. Apreendê-lo somente em seu aspecto lógico-formal decorrente da bilateralidade da ação e do processo, da ação e reação é compatível com a percepção da sentença como mera síntese lógica do exercício dialético entre os litigantes.

Evidente que tal visão permanece sendo imprescindível porque assegura ao litigante potencialmente prejudicado por uma decisão a oportunidade de exercer, previamente, o direito de influenciar o convencimento judicial. Mas, não é suficiente diante dessa nova perspectiva de direção do processo.

³²⁹ A expressão *convidado de pedra* é utilizada por Berizonce para designar a posição do magistrado que somente observava o desenvolver da dialética processual instaurada entre os litigantes (“Las formas de los actos procesales”, p. 17). Barbosa Moreira indica o fato de o juiz não poder mais se “*comportar no arquétipo do observador distante e impassível diante da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das regras do jogo, e, no fim, proclamar o vencedor*” (“A função social do processo civil moderno e o papel do Juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, p. 140). DIDIER JUNIOR, Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, p. 77. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 162.

A atividade do magistrado investido de poderes para aportar aos autos elementos jurídicos ou fáticos também deve ficar sujeita à participação das partes, sob pena de a decisão não passar de um amontoado de argumentos desprendido da realidade do processo no qual foi prolatada.

Assim, a exigência de uma postura de diálogo efetivo com as partes e com os demais sujeitos do processo funciona como verdadeira medida de compensação face à ampliação dos poderes do juiz. O processo deve ser dirigido de forma a respeitar a dignidade dos litigantes, observados os deveres judiciais de esclarecimento, consulta e prevenção.³³⁰

Sob o ângulo destes, cuida-se de lhes assegurar o direito de participarem e de serem ouvidos e de reconhecer o cumprimento de tais direitos como mecanismo de legitimação do provimento jurisdicional. As partes não podem ser tidas como simples destinatárias ou absorventes inertes da decisão.³³¹

Dai o contraditório atualmente se enfeixar por uma série de direitos - v.g., à crítica, à resposta judicial - reconhecidamente atribuídos às partes sob a perspectiva de um processo participativo. A manifestação prévia à emissão do ato decisório é entendida como uma espécie de colaboração com a autoridade pública, por meio da qual a parte apresenta ao Estado suas ponderações (direito de influência) e contribui para a eliminação das controvérsias jurídicas e fáticas (dever recíproco de cooperação).³³²

Uma das principais decorrências desta nova dimensão do contraditório imbrica-se no tema das invalidades processuais: a proibição de que o juiz

³³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. “O princípio da cooperação...”, p. 77.

³³¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 106.

³³² O princípio da cooperação recíproca encontra assento no artigo 266 do Código de Processo Civil de Portugal: “*I. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*” (acessado em 30/11/11 no site da Direção-Geral da Política de Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça de Portugal; endereço eletrônico: <http://www.dgpj.mj.pt>)

surpreenda as partes com decisões sobre questões que, embora versem sobre matérias cognoscíveis de ofício, não tenham sido objeto de debate no curso do processo.³³³

Na doutrina brasileira, também é presente o entendimento de que o juiz não pode decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.³³⁴

Nos ordenamentos positivos francês³³⁵ e italiano³³⁶ esse princípio passou a marcar presença no intento de orientar o magistrado ao exercício da função de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório.

³³³ DENTI, Vittorio. “Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio”, pp. 224-225; ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al Codice di procedura civile**, v. II, p. 81; CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**, p. 170; TARZIA, Giuseppe. “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, p. 13; COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e técnica del “giusto processo”**, p. 58-59.

Entendimento restritivo é o sustentado por Sergio Chiarolini, asseverando que o pronunciamento do juiz sobre matérias cognoscíveis de ofício sem a oitiva das partes não envolve propriamente violação ao princípio do contraditório, porque estas matérias formariam um conhecimento comum a todos os sujeitos da relação jurídica processual, sendo-lhes, por esse motivo, acessíveis independentemente da concessão de específica oportunidade de manifestação pelo magistrado. (“Questioni...”, p. 578). O doutrinador italiano, contudo, admite a violação ao *princípio da recíproca colaboração do juiz com as partes*, o que, por si só, justifica a conclusão pela invalidade da decisão nestas situações.

³³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. “O princípio da cooperação...”, p. 77; GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, pp. 76-77; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 104; CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 240.

No sentido de restringir a incidência do contraditório quanto às questões pronunciáveis de ofício, Barbosa Moreira sustenta que o juiz poderia dar configuração às questões de direito sem participação das partes, muito embora sugira a necessidade de equilibrar os poderes dos sujeitos processuais (**O neoprivatismo no processo civil**, pp. 15-16).

³³⁵ O artigo 16 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações”

Versão original:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.
(fonte: <http://www.legifrance.gouv.fr>; versão consolidada em 11 de novembro de 2011).

³³⁶ Artigo 183 do Código de Processo Civil italiano.

Assim, para que se tenha por observado o contraditório e a dignidade das partes quanto à direção material do processo, entende-se necessária a intimação destas para que se manifestem a respeito da matéria cognoscível de ofício. Somente a título exemplificativo, tem-se a prescrição,³³⁷ inconstitucionalidade de uma norma³³⁸ e a própria pronúncia de nulidades processuais.³³⁹

A decisão que não observa esse dever de informação e esclarecimento é eivada de vício insanável, dando ensejo à decretação da nulidade absoluta.

³³⁷ Porque a prescrição sujeita-se a causas suspensivas e interruptivas. Normalmente, a ocorrência da prescrição pode ser feita a partir de elementos que já se encontram nos autos do processo. A demonstração destas causas suspensivas e interruptivas, não.

³³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 239.

³³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, pp. 242-243; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 401. Muito embora não haja imposição do ordenamento positivo brasileiro no sentido de se promover a intimação das partes a respeito, ao contrário do que consta do artigo 207, do Código de Processo Civil português: “*a arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta necessidade*” (acessado em 30/11/11 no site da Direção-Geral da Política de Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça de Portugal; endereço eletrônico: <http://www.dgpj.mj.pt>)

5.3 Sentença com defeito de fundamentação

A motivação é um dos requisitos estruturais do provimento jurisdicional.³⁴⁰ Trata-se de garantia essencial do processo, instituída no interesse dos litigantes e em observância do interesse público³⁴¹. Atribui-se a tal requisito uma dupla finalidade de assegurar o controle endoprocessual e extraprocessual das decisões judiciais.³⁴²

No primeiro destes desideratos, a garantia sobreleva de importância como mecanismo voltado às partes e ao órgão jurisdicional de revisão da decisão proferida. Vincula-se diretamente com a possibilidade de impugnação da sentença sob dois aspectos: (i) serve aos litigantes que, conhecendo os motivos da decisão, poderão decidir melhor e mais agilmente se irão impugná-la e (ii) serve ao juiz de instância superior, que poderá examinar melhor a decisão impugnada sob o aspecto da justificação adotada pelo magistrado que a prolatou.³⁴³

Em sua segunda finalidade, a presença obrigatória da motivação constitui expressão de como deve ser administrada a Justiça no contexto do Estado Democrático de Direito, permitindo-se um controle amplo sobre a correição e legitimidade do exercício do poder confiado ao órgão jurisdicional.³⁴⁴ A obrigação de motivar liga-se a uma exigência de transparência e é consentânea com a noção de que a credibilidade do

³⁴⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione...**, p. 458. Analisando-se a historiografia, verifica-se que o direito canônico, desde sua origem, mesmo quando os pronunciamentos eclesiásticos não necessariamente se revestiam de marcante formalidade e técnica, a necessidade de motivar as decisões estava presente em virtude do caráter terapêutico, pedagógico e preventivo do ato judicial perante as partes diretamente afetadas e toda a comunidade eclesial (LLOBELL TUSET, Joaquín. **Historia de la motivacion de la sentencia canónica**, p. 170; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**, p. 140). A importância da fundamentação no âmbito do processo canônico é reforçado em virtude da elevação da *certeza moral* ao posto de um de seus princípios centrais (GROCHOLEWSKY, Zenon. **Principios inspiradores del proceso canónico ordinario**, p. 478).

³⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**, p. 139; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Nulidades...**, p. 313.

³⁴² NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**, p. 29; MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, pp. 131-132.

³⁴³ TARUFFO, Michele. “La fisionomia...”, p. 187.

³⁴⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione...**, p. 407; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Nulidades...**, p. 314; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo...**, p. 106.

exercício jurisdicional assenta-se mais sobre a racionalidade da própria decisão do que sobre o *imperium* do qual esta é dotada.³⁴⁵

Ambas estas finalidades devem ser interpretadas em uma relação de coordenação. Ainda que a questão discutida no processo tenha pouca ou nenhuma aptidão para alcançar o interesse da coletividade (v.g., porque restrita a direitos disponíveis dos litigantes ou porque o processo corra sob sigilo de Justiça), resiste a importância institucional da garantia voltada aos litigantes e ao juiz.³⁴⁶

Face à importância da fundamentação, há um descontentamento doutrinário quanto ao que se entende ser um tratamento pouco rigoroso do legislador positivo a respeito do vício decorrente de sua ausência, sob o entendimento de que se justificaria regulamentação que o excluísse dos efeitos da sanatória geral da coisa julgada.³⁴⁷

Michele Taruffo inclina-se a considerar até como *inexistente* a sentença a que falte um conteúdo mínimo de motivação, indispensável para que nela se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional.³⁴⁸

Para fins da sistematização à que se propõe a presente dissertação, entende-se que de inexistência somente se poderá falar quando houver absoluta ausência de motivação, repercutindo sobre o dispositivo da decisão de forma a deixá-lo sem qualquer substrato justificativo.

³⁴⁵ VERDE, Giovanni, “Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”, p. 310.

³⁴⁶ A respeito, Giovanni Verde discorda de que essa segunda finalidade da motivação tenha, no processo civil, a mesma importância de que dispõe no âmbito penal. Argumenta o jurista que o dever de convencer não somente as partes, mas também a coletividade, é mais marcante neste segundo ramo jurídico. Por esse motivo, apresenta proposta de atenuação da garantia da motivação nos processos relativos a direitos disponíveis (“Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”, p. 310). Justamente em virtude da necessária interpretação coordenada entre as duas finalidades da motivação, este entendimento não deve ser acolhido.

³⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 324.

³⁴⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione...**, p. 466.

Fora desta hipótese, a deficiência de fundamentação corresponderá à nulidade absoluta. Seja qual for o motivo de tal deficiência, o efeito será sempre o de impossibilitar que as partes exerçam adequadamente seu direito ao recurso.

Marca presença em sede doutrinária a concepção de que não se aplicam a tais vícios os princípios relacionados com o aproveitamento do ato processual.

José Rogério Cruz e Tucci somente admite de modo explícito que se apure a existência de prejuízo quanto às decisões interlocutórias.³⁴⁹ No que toca às sentenças, reconhece estar diante de nulidade absoluta declarável até mesmo de ofício.³⁵⁰

José Manoel de Arruda Alvim rejeita a aplicação dos princípios relacionados com o aproveitamento do ato processual por reconhecer na motivação uma importância que transcende a mera forma do ato processual, consistindo em elemento concernente à essência do provimento jurisdicional.³⁵¹

O que parece importante sublinhar é que o condicionamento da decretação da nulidade à apuração do prejuízo decorrente do vício significaria conferir ao órgão julgador o poder de definir se a fundamentação faltante seria ou não determinante para a conclusão a que chegou a sentença.³⁵² Não há outra forma de se realizar o exame do possível prejuízo senão imergindo nessa análise inteiramente subjetiva. Sempre haverá um argumento para sustentar que o enfrentamento de tal ponto da ação ou defesa foi irrelevante para trilhar o caminho que desemboca no dispositivo da decisão.³⁵³

³⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação...**, p. 142.

³⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação...**, p. 141. Apesar da distinção formulada, entende-se que por ser a obra anterior à Constituição Federal de 1988 (art. 93, IX e X), é possível estender o raciocínio sobre a impossibilidade de aproveitamento a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional imotivado.

³⁵¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. “A sentença no processo civil”, p. 23.

³⁵² Na defesa da tese de que a anulação somente seria possível se presente o prejuízo, está Calmon de Passos (**Esboço...**, p. 151).

³⁵³ A demonstração objetiva disso é o uso corrente da assertiva de “*que a convicção a que chegou o acórdão decorreu da análise dos pontos que pareceram relevantes à Turma julgadora*”, que com alguma frequência se faz presente na rejeição de embargos declaratórios opostos em segundo grau com o objetivo de suprir omissões decorrentes da não apreciação de alguma das teses debatidas nos autos.

Conceder esse hipertrofiado poder ao órgão jurisdicional é algo mais consentâneo com os modelos estatais de inspiração autoritária, que avocam para si o direito de julgar eles próprios o acerto de suas decisões, desta forma desprezando qualquer forma de controle externo.³⁵⁴

O prejuízo decorrente da transgressão desta garantia há de ser presumido. Não se entende possível intuir que tal vício não tenha prejudicado o direito da parte pela simples razão de esta ter interposto recurso em face da sentença.³⁵⁵

A interposição da apelação não significa que a parte tenha logrado exercer adequadamente seu direito de recorrer. A falta de exposição adequada dos motivos sobre os quais se funda a decisão impõe que a parte idealize todas as possíveis hipóteses de raciocínio que desembocaram na conclusão expressa na sentença, o que, à evidência, inviabiliza o adequado embasamento do recurso.

O vício em comento impede o exercício do direito de crítica à decisão judicial, impossibilitando que a parte fundamente seu recurso e, desta forma, inviabilizando a discussão em torno da legalidade ou do acerto da decisão.³⁵⁶

Mais do que isso: entender pela possibilidade de aproveitamento da sentença pela tão só apresentação do recurso é desconsiderar que a fundamentação tem uma finalidade extraprocessual, que ultrapassa os quadrantes de cada processo

³⁵⁴ Muito embora trate do tema dos Embargos Declaratórios, são aplicáveis as ponderações formuladas por José Emilio Medauar Ommatti no sentido de que não se poderia atribuir “*ao magistrado o controle completo da situação, ficando ao bel-prazer do órgão julgante dizer se houve, ou não, omissão no julgado. É a completa liberdade do juiz, que se torna o ‘guardião’ da sociedade, sabendo o que é melhor para essa sociedade*”. E complementa: “*como saber se a apreciação da questão não resolvida era necessária ou não?*” (OMMATTI, José Emilio Medauar. “Embargos declaratórios e o estado democrático de direito”, p. 259)

³⁵⁵ Discordando, neste particular, de Bedaque, que sustenta que “*se, apesar da carência da fundamentação, a parte tiver condições de desenvolver as razões do recurso de apelação, possibilitando ao tribunal perfeita compreensão da controvérsia, parece-me deva ser desconsiderado o vício. O objetivo da exigência constitucional é propiciar o controle crítico da sentença, permitindo a verificação de eventual falha cometida pelo juiz, e garantir a efetividade do contraditório. Atingido esse escopo, deve incidir o art. 244 do CPC.*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 493).

³⁵⁶ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu que “*a decisão judicial que não apresenta a necessária motivação, por deixar de explicitar o direito e os fatos determinantes da convicção do julgador, mesmo que sucintamente, afronta o devido processo legal – garantia do Estado Democrático de Direito -, a par de acarretar o cerceamento de defesa dos litigantes, por impedir o embasamento de eventuais recursos*”. (Brasil, STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 517.871-PE, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 15.08.2005)

individualmente considerado no afã de permitir o controle da regularidade e legitimidade do exercício do poder confiado ao órgão jurisdicional.

É também exigir que a parte prejudicada pela sentença imotivada desincumba-se de ônus que se entende ser de impossível cumprimento: demonstrar que o defeito de fundamentação lhe trouxe prejuízo. Muito embora o prejuízo seja presumível face à dificuldade (quicá impossibilidade) de exercer o direito de crítica sobre a decisão judicial, ele não é demonstrável em termos concretos. Como pode a parte demonstrar em quais pontos seu recurso estaria melhor embasado acaso houvesse suficiente fundamentação se ela não tem condições de saber que fundamentação seria essa?

Parece inadequado o entendimento de que o efeito translativo da apelação resolveria este impasse no sentido da possibilidade de convalidação do vício.³⁵⁷ A possibilidade de o Tribunal apreciar todas as questões suscitadas e discutidas no processo não tem o condão de ceifar o direito da parte de impugnação da sentença à vista de sua motivação.

Até mesmo porque o texto legal alude à possibilidade de conhecimento destas outras questões “*ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro*”, deixando claro que alguma análise é necessária no bojo da sentença impugnada, situação essa que não se concretiza na hipótese de completa denegação de prestação jurisdicional decorrente do defeito de motivação.

Não é possível reconhecer entre as finalidades do dispositivo legal em comento a de funcionar como autorização para a desconsideração de vício processual como o de ausência de motivos da sentença impugnada. Entender o contrário importaria permitir o exame da causa somente por um grau de jurisdição fora das hipóteses nas quais a legislação infraconstitucional o permite, eis que quando há sentença com tal vício não é dado concluir que o processo esteja em “*condições de julgamento*”.

³⁵⁷ Consoante sustenta Bedaque no que toca à aplicação do artigo 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil: “*Tratando-se de sentença, como a profundidade do efeito devolutivo da apelação abrange todos os fundamentos da demanda e da defesa (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º), deverá o tribunal examiná-los, proferindo decisão fundamentada. A sentença não fundamentada, por expressa previsão legal, admite convalidação. Não deve o tribunal anulá-la por não observância da garantia constitucional, mas simplesmente eliminar o vício, suprindo a omissão verificada em primeiro grau.*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 494).

A bem da verdade, o que se verifica é que a prestação jurisdicional não foi exaurida em primeira instância porque não se deu uma solução adequada à lide.³⁵⁸ Sendo a motivação um componente estrutural do provimento jurisdicional, a decisão somente constituirá expressão da jurisdição se motivada de forma racional e controlável.³⁵⁹

É nesta medida que se sustenta não ser possível, na hipótese de sentença sem motivação, antever qual será a parte prejudicada pelo vício da decisão. Somente é possível antecipar que prejuízo a uma delas haverá. E isso é suficiente para se afastar a incidência dos princípios relacionados com o aproveitamento do ato processual viciado.

Portanto, não se admite a convalidação do vício da sentença imotivada porque, uma vez não se exaurindo suficientemente a prestação jurisdicional em primeira instância, qualquer solução de mérito que poderia ser adotada pelo órgão de reexame após promover dita convalidação carregaria a uma das partes o prejuízo decorrente do vício da decisão.

Daí se tratar de um vício insanável, ensejador de nulidade absoluta da sentença e sujeito à impugnação após o trânsito em julgado, desde que durante o biênio da ação rescisória.

De mais a mais, as hipóteses nas quais há expressa autorização para saneamento das invalidades em segundo grau são reconduzíveis ao artigo 515, § 4º, do Código de Processo Civil. Da ressalva legal quanto a serem os vícios *sanáveis*, exclui-se do âmbito de sua incidência o defeito de motivação da sentença, por todos os motivos aqui expostos.³⁶⁰

³⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 75; SOUZA, Wilson Alves. **Sentença civil...**, p. 229.

³⁵⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione...**, p. 458.

³⁶⁰ Em sentido contrário, Bedaque entende que a disposição é aplicável a qualquer vício. (“Nulidades Processuais e Apelação”, p. 227).

CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO

Apesar de a invalidade ser fenômeno presente em todos os ramos do Direito, sua ocorrência não é uniforme. É possível associá-la ora à inobservância de regras instrumentais, ora à prática de atos que, em seu conteúdo, são contrários à lei.³⁶¹

O que há de comum nestas suas diversas manifestações é que da imperfeição formal ou material do ato passa-se ou tende-se a passar ao seu estado de inaptidão para produzir efeitos.

No processo, as invalidades assumem contornos próprios. Mesmo orientações doutrinárias que submetem os atos processuais aos mesmos requisitos de validade da lei civil não deixam de reconhecer atos inválidos que são peculiares aos valores e princípios processuais.³⁶²

Pois bem. Questiona-se a possibilidade de se distinguir as invalidades processuais das do direito material sob o aspecto de que, neste último, o nulo de pleno direito dispensaria a pronúncia judicial. Essa afirmação, frequente aos civilistas, desafia a necessidade prática de que também a nulidade absoluta do negócio jurídico seja decretada.³⁶³

Entre outros pontos, a diferença entre os dois regimes fica adequadamente esclarecida no plano da distinção das técnicas pelas quais o ato passa da invalidade à ineficácia.

No processo, há uma segunda etapa, sequencial à apuração da atipicidade do ato, na qual se examina a relevância desta.³⁶⁴ Essa providência inexistente no método de pronúncia das nulidades materiais.

³⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da Existência**, p. 263.

³⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As nulidades...”, p. 50.

³⁶³ GOMES, Orlando. **Introdução...**, p. 408; VELOSO, Zeno. **Invalidade...**, p. 153.

A presença desse passo adicional justifica-se em virtude da vocação finalística do processo, conferindo ao regime das invalidades processuais, neste particular, um perfil mais liberal do que aquele que regulamenta as invalidades dos negócios jurídicos.³⁶⁵

Daí se afirmar que as nulidades não são uma consequência indesviável da invalidade. Trata-se de uma das opções abertas pelo ordenamento.

A indagação seguinte seria, portanto, relativa à definição do que seriam as nulidades.

Cumprindo compreendê-la como uma das consequências, dependente de pronunciamento judicial, possíveis de serem atribuídas ao ato pela sua prática em condição de desconformidade ao estipulado pelo legislador³⁶⁶ ou em virtude de falha em sua estrutura interna.³⁶⁷

Não se trata de sanção, instituto esse vinculado fundamentalmente às normas impositivas de conduta. É sanção, por exemplo, a penalidade aplicada a um servidor público que descumpra seus deveres funcionais, assim como aquela cominada ao autor de determinado fato tipificado em lei penal. No processo não se reúnem, em uma mesma pessoa, a figura do autor do ato e a daquele que deve suportar os prejuízos de sua repulsa pela ordem positiva.

E essa não “confusão” entre as duas figuras dá-se justamente porque os atos das partes não se submetem ao plano da invalidade processual. Estes são examinados sob o ângulo de sua admissibilidade, por força do qual se autorizará ou não o

³⁶⁴ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos...**, p. 120; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários...**, v.III, p. 414, PASSO CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, p. 193; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 226; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades...**, pp. 60-61.

³⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição...”, p. 188.

³⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 434; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 140.

³⁶⁷ FONSECA, Tito Prates da. **As nulidades...**, p. 54.

juízo de mérito. A receber a pecha de nulos, somente estão os atos do juiz e de seus auxiliares.³⁶⁸

Expostas as conclusões de ordem conceitual, cumpre extrair aquelas relativas à tentativa de sistematização proposta neste estudo.

Discorda-se da afirmação no sentido de que todas as nulidades processuais sejam relativas, no sentido de que qualquer defeito processual é passível de ser desconsiderado.³⁶⁹

Com isso, não se está a ignorar que o processo não deve servir a seus próprios fins. Evidentemente, o resultado final do processo lança repercussão sobre a atipicidade do ato, mas tal não afasta o atributo da *insanabilidade* do domínio dos atos processuais. Ainda que esse atributo remanesça com caráter excepcional.

A relação de adequação entre *instrumento* e *objeto* não é a única fonte dos valores e da relevância do processo. O exame meio-fim, embora indispensável, não deve ser o exclusivo critério da apuração de relevância da atipicidade processual. Direito material e processual concorrem com iguais forças para justiça da decisão, não sendo possível indicar a primazia de um deles.³⁷⁰

Essa afirmativa fica bem colocada quando se enfrenta situação na qual não cabe o debate (nem mesmo em tese) a respeito da possibilidade de aproveitamento do ato processual viciado.

Exemplo típico é o da citação nula ou inexistente seguida do comparecimento do réu nos autos. Não cabe o exame sobre o *aproveitamento* de um ato já superado no procedimento, eis que substituído por outro, regular, que produziu os efeitos que haveriam de ser típicos ao defeituoso.

³⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, pp. 590-592; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários...**, v. II, p. 389; SICA, Heitor Vitor Mendonça, “Contribuição...”, pp. 191-194.

³⁶⁹ BARRIOS, Eduardo J. “Convalidacion...”, p. 133; MARELLI, Fabio. **La conservazione...**, pp. 1-7.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. “Idee...”, p. 321;

O vício permanece sendo insanável, tanto é que o processo somente pode retomar seu curso porque sobreveio outro ato em substituição ao imperfeito. A insanabilidade também se demonstra porque somente o ato válido operará efeitos: o termo inicial do prazo para contestação será o momento do comparecimento do réu nos autos ou da nova citação, e não o instante da prática do ato viciado.³⁷¹

É bem verdade que esta interpretação conduz ao mesmo resultado que seria obtido se fosse aplicado o raciocínio do *aproveitamento* do ato viciado. Mas, há uma diferença marcante: não se considerar inexistente ou irrelevante o prejuízo decorrente da transgressão da garantia processual, independente de ter sido o ato imperfeito substituído por um regular.

Perceptível é a tendência de parcela da doutrina à substituição dos princípios do aproveitamento do ato e da inexistência de prejuízo pela maior incidência daqueles de índole constitucional ou por outros, mais harmônicos com o entendimento de construções teóricas.³⁷²

O presente estudo procura inserir o tema das invalidades processuais no eixo do devido processo legal, cláusula essa que funciona como medida da indispensabilidade das garantias e exigências inerentes ao processo.³⁷³ Assim, entende-se serem essenciais, notadamente, o juiz natural e imparcial, contraditório e fundamentação das decisões judiciais.³⁷⁴

As nulidades absolutas são aquelas decorrentes da inobservância de norma processual instituída predominantemente na preservação de uma garantia indispensável do processo, cujo objetivo é preservar o correto funcionamento dos órgãos

³⁷¹ Eduardo Talamini insere este exemplo entre as hipóteses em que não seria possível falar em saneamento da nulidade, no sentido de convalidação, justamente em virtude de ter se mostrado necessária a nova prática do ato (**Direito Processual...**, pp. 165-167).

³⁷² PASSO CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades...**, pp. 185-189; MARDER, Alexandre. **Das invalidades...**, pp. 84-97.

³⁷³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Devido Processo...”, p. 274.

³⁷⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, p. 119; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo...**, pp. 102-103.

judiciários. Correspondem aos vícios insanáveis, não sujeitos à preclusão e cognoscíveis de ofício. Com o trânsito em julgado da decisão, convertem-se em fundamentos para o ajuizamento da ação rescisória.

As garantias instituídas predominantemente em favor dos interesses dos litigantes não são indispensáveis à estruturação do devido processo legal, motivo pelo qual a invocação do vício que dá causa à nulidade relativa está sujeita à preclusão e aos efeitos sanatórios da coisa julgada.

Reitera-se ser inegável a possível influência da resolução da crise de direito material sobre o tratamento destas nulidades absolutas. Mas tal não é suficiente para que uma proposta de sistematização das invalidades processuais valha-se de critérios ligados a esta *circunstância* externa. Antes, o enfoque classificatório deve assentar sobre os referenciais do processo e de suas próprias garantias.³⁷⁵

Outra demonstração objetiva de que é insuficiente o tão só exame da adequação instrumento-objeto está na constatação de que nem todas as transgressões às garantias indispensáveis do processo (i) acarretam prejuízo objetivamente aferível às partes na esfera do direito material ou (ii) permitem antecipar a qual das partes esse prejuízo, se concretizado, seria carreado.

Assim, faltarão à técnica do *aproveitamento do ato* o próprio suporte para o exame do alcance do resultado ou da inexistência de prejuízo.

Tome-se o exemplo da sentença com defeito de motivação.

A interposição da apelação não significa que a parte tenha logrado exercer adequadamente seu direito de recorrer.³⁷⁶

Ainda que o recurso dirigido ao Tribunal permita que o órgão jurisdicional compreenda a controvérsia, o exame da inexistência de prejuízo não pode ser

³⁷⁵ MARDER, Alexandre S. **Das invalidades...**, p. 88.

³⁷⁶ Em sentido contrário: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade...**, p. 493.

situado nessa possibilidade de compreensão dos contornos da causa. A principal prejudicada com o defeito da sentença é a parte. É em torno do exercício de seu direito à impugnação da decisão que deveria ser apurado o prejuízo (se essa apuração fosse possível).

A falta de exposição adequada dos motivos sobre os quais se funda a decisão impõe que a parte idealize todas as possíveis hipóteses de raciocínio que desembocaram na conclusão expressa na sentença, o que, à evidência, inviabiliza o suficiente embasamento do recurso.

Se o Tribunal não reconhecer o vício suscitado em apelação e a sentença for mantida, levar-se-á a efeito contrariedade ao artigo 249, § 2º, do CPC, que dispensa a pronúncia da nulidade somente quando a parte a quem esta aproveitaria possa obter julgamento de mérito favorável. A parte vencida perante as duas instâncias seria a prejudicada pela não pronúncia da nulidade.

De outro lado, se não reconhecido o vício e a sentença for reformada, a parte vencida em segunda instância seria prejudicada na medida em que não teve a oportunidade de ver a tese de seu adversário examinada adequadamente – e eventualmente rejeitada de modo suficiente - na instância inferior. É preciso levar em conta que a motivação também é voltada ao órgão jurisdicional responsável pelo reexame da causa em segunda instância.³⁷⁷

Condicionar a decretação da nulidade à apuração do prejuízo decorrente do vício significaria conferir ao órgão julgador o hipertrofiado poder de definir, com base em critérios nada objetivos, se a fundamentação faltante seria ou não determinante para a conclusão a que chegou a sentença.³⁷⁸ Como a discussão é subjetiva, haverá sempre um argumento para sustentar que o enfrentamento de tal ponto da ação ou defesa foi irrelevante para trilhar o caminho que desemboca no dispositivo da decisão.³⁷⁹

³⁷⁷ TARUFFO, Michele. “La Fisionomia...”, p. 187.

³⁷⁸ OMMATTI, José Emilio Medauar. “Embargos declaratórios...”, p. 259

³⁷⁹ A demonstração objetiva disso é o uso corrente da assertiva de “*que a convicção a que chegou o acórdão decorreu da análise dos pontos que pareceram relevantes à Turma julgadora*”, que com alguma frequência

O prejuízo decorrente da transgressão desta garantia há de ser presumido.³⁸⁰ Não se entende possível admitir uma presunção em sentido contrário que, ao reconhecer a tendência à validade do ato, restrinja o direito da parte de discutir criticamente a sentença a partir das razões nela consignadas.

Optar pelo *aproveitamento do ato* na hipótese dessas transgressões importa assumir a posição pela tendência à validade do ato apesar da violação à garantia. Tal posição por vezes encerra situações nas quais a demonstração dos motivos que justificam a pronúncia da nulidade apresenta-se providência de cumprimento muito custoso (quicá impossível) à parte.

Nestas hipóteses, como o vício detém aptidão para atingir quaisquer das partes, não se afasta a possibilidade de que ele seja objeto de impugnação de iniciativa de qualquer delas, incluindo aquela que obteve sentença favorável.

O caminho da decretação da nulidade, então, afigura-se muito mais rigoroso. Depõe mesmo contra a lógica imaginar que estes vícios possam ser superados pela prática de ato posterior que os substitua ou os tornem irrelevantes. A retificação do ato equivalerá à anulação do processo ou da sentença. Eis a insanabilidade de que trata a doutrina como sendo dos atos que impedem o prosseguimento da demanda.³⁸¹

A partir dessas observações, questiona-se se os princípios relacionados com o *aproveitamento* dos atos processuais viciados realmente devem ter a presença maciça que atualmente lhes é conferida no tema das invalidades processuais.

Sob os signos de aproveitamento, convalidação ou irrelevância, a atipicidade dos atos é frequentemente abordada a partir do enfoque único da solução final para o direito material. E o que poderia parecer um detalhe terminológico traz aplicações práticas. A título de exemplo: se for admitido que o defeito de citação *convalida-se* diante

se faz presente na rejeição de embargos declaratórios opostos em segundo grau com o objetivo de suprir omissões decorrentes da não apreciação de alguma das teses debatidas nos autos.

³⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 187.

³⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Manual...**, v. II, p. 189.

do julgamento favorável ao revel, nada impediria que o Tribunal desse provimento à eventual apelação do autor, reformando a sentença em desfavor daquele que deveria ter ocupado o polo passivo, já que o ato processual, uma vez convalidado, passou do estado inválido para o válido.³⁸²

Entende-se que atribuir finalidades distintas ao ato processual e ao processo como um todo auxiliaria a esclarecer o que se afirma.

A finalidade da garantia que determinado ato processual visa a assegurar é de índole processual.³⁸³ Ainda que a sua observância colabore para alcançar a *justiça do procedimento*, não diz respeito, imediatamente, ao conteúdo material da futura sentença. Já a finalidade do processo pode-se situar mais claramente no plano da composição dos litígios com justiça.

Não se pode afirmar, portanto, que o escopo da garantia foi preservado porque, a despeito de inobservada em concreto, a parte preterida no plano processual obteve julgamento favorável.³⁸⁴ Independente do resultado final do processo, o objetivo da garantia é assegurar o adequado funcionamento da jurisdição. A circunstância de a sentença final ter sido favorável à parte prejudicada no plano processual não se liga ao vício processual como uma demonstração de que a observância da garantia ou da forma por ela instituída foi desnecessária.

³⁸² Eduardo Talamini faz observação semelhante com relação à hipótese do julgamento favorável ao incapaz na hipótese em que o Ministério Público não interveio nos autos (**Direito processual...**, p. 169).

³⁸³ “(...) *la decisione giudiziaria non ha da esser giusta secondo criteri sostanziali generali di giustizia, ma secondo la legge, sicché la giustizia della decisione non potrebbe che coincidire con la sua legalità o legittimità, ossia con la sua conformità alla regola di diritto positivo applicabile al singolo caso*” (TARUFFO, Michele. “Idee...”, p. 320).

³⁸⁴ Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves ao tratar da inobservância do contraditório, mas explicitando argumentação que vale para infração a qualquer das garantias essenciais do processo, o *prejuízo processual* decorrente da preterição daquela garantia corresponde à própria “*desfiguração da finalidade do processo*”, já que fica impedido o alcance do escopo do instrumento que é a emanação da sentença como ato final de um procedimento que se forma com a garantia de participação daqueles que suportarão os seus efeitos (**Nulidades...**, p. 62).

CAPÍTULO 7 – BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato, *Diritto Amministrativo*, v. I, Milano: Giuffrè, 1949.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do Direito Português*, Coimbra: Almedina, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do Formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*, ed. 3, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, “Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade”, *in* *Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____, “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”, *in* *Revista de Processo*, v. 33, n.º 155, São Paulo, jan. 2008.

ANDRIOLI, Virgílio, “La preconstituzione del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, ed. 26, São Paulo: Malheiros, 2010.

ARMELIN, Donaldo, “Flexibilização da coisa julgada”, *in* *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º esp., São Paulo, jan./dez. 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, “Sentença no processo civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau”, *in* *Revista de Processo*, v. 2, 1976.

ASSIS, Araken de, “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, *in* *Revista jurídica*, v. 50, n.º 301, Porto Alegre, nov. 2002.

_____, Manual do processo de execução, ed. 7, São Paulo: RT, 2001.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, O direito de ser citado – perfil histórico, São Paulo: FIEO – Resenha Universitária, 1980.

_____, Introdução à História do Direito, ed. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BAGGIO, Lucas Pereira; TESHEINER, José Maria Rosa, Nulidades no processo civil brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, ed. 14, São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção do processo”. *in* Revista de Processo, v. 37, São Paulo, 1985.

_____, “Citação de pessoa falecida”, *in* Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. v.20. n.º 58. jul. 1993.

_____, “Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material”, *in* Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 62, Rio de Janeiro, jan./mar. 2005.

_____, O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, 1968.

_____, “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil”, *in* Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, Porto Alegre, jul. 1985.

BARRIOS, Eduardo J, “Convalidacion de la nulidad del acto procesal”, *in* Estudios de nulidades procesales, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1980.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, ed. 5, São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, *Efetividade do processo e técnica processual*, ed. 2, São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

_____, “Nulidades Processuais e Apelação”, *in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.º 1, Vitória, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria, “A relativização da coisa julgada que viola a Constituição”, *in Coisa julgada inconstitucional*. ed. 4, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

BERIZONCE, Roberto O, “Las formas de los actos procesales, sistemas”, *in Estudios de nulidades procesales*, Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

_____, “Primeras Jornadas Santafecinas-Platenses de Derecho Procesal”, *in Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n.º 40, La Plata, 1977.

BESSO, Chiara, *La sentenza civile inesistente*, Torino: G. Giappichelli, 1996.

BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmática*, ed. 2, Milano: A. Giuffrè, 1971.

BIDART, Adolfo Gelsi, *Nulidades en los actos procesales*, Montevideo: Unidos, 1949.

BLANC, Ernesto E. Nieto, *Nulidad en los actos jurídicos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, “Breve análise das sentenças civis ineficazes ope legis”, *in Revista dos Tribunais*, v. 94, n.º 838, São Paulo, ago. 2005.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, *A coisa julgada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRESOLIN, Umberto Bara, “Considerações sobre o artigo 285-A do Código de Processo Civil”, *in* CARMONA, Carlos Alberto (org.), *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe*, São Paulo: Atlas, 2007.

BUZUID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958.

CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*, ed. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALAMANDREI, Piero, *La cassazione civile*, v. II, Torino: Fratelli Bocca New York, 1920.

_____, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. IV, Padova: Cedam, 1943.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 7, v.III, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMUSSO, Jorge P, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires: Ediar, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle part nel processo civile*, Milano : A. Giuffrè, 1974.

_____, O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, ed. 2, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPRI, Federico; COLESANTI Vottorio; TARUFFO, Michele, Commentario breve al Codice di procedura civile, ed. 4, Padova: CEDAM, 2002.

CARDOSO, Oscar Valente, “Repercussão geral, questões constitucionais qualificadas e coisa julgada inconstitucional”, *in* Revista dialética de Direito Processual, n.º 72, São Paulo, mar. 2009.

CARMONA, Carlos Alberto, Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, “Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional”, *in* Revista Forense, v. 102, n.º 384, Rio de Janeiro, mar./abr. 2006.

CARNELUTTI, Francesco, Diritto e Processo, Nápoles: Morano, 1958.

_____, Lecciones sobre el Proceso Penal, Buenos Aires: Ejea, 1950.

_____, Sistema di diritto processuale civile, v. II, Padova, CEDAM, 1936.

CASTRO, Amílcar de, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

CHIARLONI, Sergio, “Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.º 3, set. 1987.

CHIAVEGATTI, Ricardo, Coisa julgada: análise das sentenças contrárias à Constituição no âmbito do sistema jurídico brasileiro, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, ed. 2, São Paulo : Bookseller, 2000.

_____, *Principii di Diritto Processuale Civile: Le azioni, il processo di cognizione*, Napoli: Jovene, 1965.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, ed. 6, São Paulo: Saraiva, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo, *Etica e técnica del “giusto processo”*, Torino: G. Giappichelli, 2004.

_____, “Garanzie minime del giusto processo civile negli ordinamenti ispanolatinoamericani”, *in Revista de Processo*, v.28, n.º 112, São Paulo, out./dez. 2003.

_____, “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale”, *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n.º 4, Milano, dic. 1994.

_____, I modelli di garanzia costituzionale del processo, *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v.45, n.º 3, Milano, sett. 1991.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ed. 2, Bologna: Il mulino, 1998.

CORREIA, André de Luizi, *A citação no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1946.

CRAMER, Ronaldo, “Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional”, *in Revista de Processo*, v. 33, n.º 164, São Paulo, out. 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de História do processo civil romano*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____, *Lições de Processo Civil Canônico (História e Direito Vigente)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Lições de História do Processo Civil Lusitano*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da, “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o §4º do art. 515 do CPC)”, *in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: RT, 2008.

DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Invalidades Processuais*, Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1989.

_____, “Para um conceito de irregularidade processual”, *in Revista de Processo*, v. 15, n.º 60, São Paulo, out./dez. 1990.

DEL CLARO, Roberto, *Direção material do processo*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2009.

DELGADO, José Augusto, “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, *in Coisa julgada inconstitucional*, ed. 4, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DELLA ROCCA, Fernando, *Istituciones de derecho procesal canônico*, tr. Pacífico de Iragui, Buenos Aires: Dedebec, 1950.

DEMARCHI, Juliana, “Ato processual juridicamente inexistente – Mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração de inexistência jurídica”, *in Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 13, São Paulo, abr. 2004.

DENTI, Vittorio, “Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio”, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1968.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo*, São Paulo: FD/USP, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, ed. 5, Salvador: JusPodivm, 2008.

_____, “O princípio da cooperação: uma apresentação”, *in* *Revista de Processo*, v. 30, n.º 127, São Paulo. set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, “Relativizar a coisa julgada material”, *in* *Revista de Processo*, v. 28, n.º 109, São Paulo, jan./mar. 2003.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vols. I, II e III, São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

_____, *A instrumentalidade do processo*, ed. 13, São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva, *Código de Processo Civil Interpretado*, ed. 2, São Paulo: Atlas, 2005.

ESPINOSA, José Maria Martín de la Leona, *La nulidade de actuaciones en el proceso civil*, Madrid: Colex, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, “Réu revel não citado, ‘Querela Nullitatis’ e Ação Rescisória”, *in* *Revista de Processo*, v. 12, n.º 48, São Paulo, out./dez. 1987.

FAZZALARI, Elio, *Il giuzidio civile de cassazione*, Milano: Giuffrè, 1960.

FONSECA, Tito Prates da, *As nulidades em face do Código de Processo Civil*, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

_____, Nulidades no Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1926.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, Condições da ação: enfoques sobre o interesse de agir, ed. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIOVANNONI, Adrio, “Los vicios formales en la realización del acto procesal”, *in* Estudios de nulidades procesales, Buenos Aires : Editorial Hammurabi, 1980.

GOLDSCHMIDT, James, Derecho procesal civil, Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Fábio, Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, ed. 18, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, Nulidades no processo, Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo, “Ação declaratória de inexistência de ‘sentença’ baseada em ‘lei’ posteriormente declarada inconstitucional”, *in* NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, v. 2, ed. 15, São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, As nulidades no processo penal, ed. 7, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____, “Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (parecer)”, *in* Revista dos Tribunais, v. 91, n.º 804, São Paulo, out. 2002.

GROCHOLEWSKY, Zenon, Principios inspiradores del proceso canónico ordinário, v. 39, n.º 78, Pamplona: Ius Canonicum, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *O conceito de Direito*, ed. 5, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, ed. 2, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

_____, “O Código e o formalismo processual”, *in* *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 28, Porto Alegre, jul. 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, Trad. de C. Dinamarco, ed. 4 do *Manual di diritto processuale civile*, vol. I, ed. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LLOBELL TUSET, Joaquín, *Historia de la motivacion de la sentencia canônica*, Zaragoza: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, 1985.

LOBO DA COSTA, Moacyr, *A revogação da sentença*, São Paulo: Edusp-Ícone, 1995.

_____, “Reflexões críticas sobre a ação rescisória”, *in* *Revista de Processo*, v. 10, n.º 39, São Paulo, jul./set. 1985.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, “Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único”, *in* *Revista do Advogado*, v. 25, n.º 84, São Paulo, dez. 2005.

_____, “Devido Processo Legal Substancial e Efetividade do Processo”, *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.), *O Processo na Constituição*, São Paulo: Quartier Latin, 2008

_____, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, *Embargos à Execução*, ed. 2, São Paulo: Saraiva, 2001.

MAIER, Julio B. J, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

MARDER, Alexandre Salgado, *Das invalidades no direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2010.

MARELLI, Fabio, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova: CEDAM, 2000.

_____, “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”, *in* *Revista dos Tribunais*, v. 852, São Paulo, out. 2006.

_____, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Editora RT, 2006.

MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, v. I, Campinas : Millennium, 2000.

_____, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. 2, v. I, II, III e IV, Campinas: Editora Millennium, 2000.

MARTÍNEZ, Oscar J, “Los vicios del consentimiento en la realización de acto procesal”, *Estudios de nulidades procesales*, Buenos Aires, Hamurabi, 1980.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, “O processo justo na Constituição Federal de 1988”, *in* *Revista de Processo*, v. 30, n.º 120, fev. 2005.

MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires: Ástrea, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, ed. 34, São Paulo : Malheiros, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de, Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência, ed. 15, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____, Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade, ed. 8, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional, Saraiva, ed. 5, São Paulo, 2007.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva, Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868 de 10-11-1999, São Paulo: Saraiva, 2001.

MITIDIERO, Daniel Francisco, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

_____, “O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo”, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, ed. 6, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____, “Nulidade, invalidade, ‘jardinagem’”, *in* Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade, Código de Processo Civil Comentado. ed. 9, São Paulo: RT, 2006.

NOJIRI, Sérgio, O dever de fundamentar as decisões judiciais, ed. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OLIANI, José Alexandre Manzano, “Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência”, *in* Revista de Processo, v. 28, n.º 112, São Paulo, out./dez. 2003.

OMMATI, José Emilio Madauar, “Embargos declaratórios e o estado democrático de direito”, *in* NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v.5, São Paulo: RT, 2002.

PAJARDI, Piero, Procedura civile istituzioni e lineamenti generali, Milano: Giuffrè Editore, 1989.

PANNAIM, Remo, Le sanzioni Degli atti Processuali Penali, Napoli: Nicola Jovene, 1933.

PEYRANO, Jorge Walter, “Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas”, *in* Revista de Processo, v. 21, n.º 82, São Paulo, abr/jun. 1996.

PIZZORUSSO, Alessandro. “Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di normal sostanziale”, *in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 1975.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III (Arts. 154-281), Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____, Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões, ed. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PROTO PISANI, Andrea, Lezioni di diritto processuale civile, 3. ed. Napoli: E. Jovene. 1999.

ROMBOLI, Roberto, Il giudice naturale, v. I, Milano: Giuffrè, 1981.

SALLES, Carlos Alberto de, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto, *Direito constitucional tributário e due process of law*, ed. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, ed. 24, São Paulo: Saraiva, 2005.

SATTA, Salvatore, *Commentario al Codice di procedura civile*, v. I, Milano: F. Vallardi, 1959.

_____, *Diritto Processuale Civile*, ed. 6, Padova: Cedam, 1959.

_____, “Il formalismo nel processo”, *in* *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XII, n.º 1. Milano, marzo 1958.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no código civil e no direito processual civil”, *in* BUENO, Cássio Scarpinella (org.), *Impactos Processuais do Direito Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Coisa julgada relativa?” Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>, acesso em 02 de agosto de 2010.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Wilson Alves, *Sentença Civil Imotivada*, Salvador: Editora Podivm, 2008.

TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e Constituição: limites da “relativização” da coisa julgada*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

_____, *Direito Processual Concretizado*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____, “Embargos à Execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún)”, *in* *Revista de Processo*, v. 27, n.º 106, São Paulo, abril-junho, 2002.

_____, “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”, *in* *Revista dialética de Direito Processual*, v. 29, São Paulo, 2005.

TARUFFO, Michele, “Idee per una Teoria della Decisione Giusta”, *in* *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 51, n.º 2, Milano: Giugno, 1997.

_____, *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975.

_____, “La Fisionomia della sentenza in Italia”, *in* *La Senteza in Europa*, Metodo, Tecnica e Sitle, Padova : Cedam, 1988.

TARZIA, Giuseppe, “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *in* *Revista de Processo*. v. 26. n.º 103, jul./set. 2001.

TEPEDINO, Ricardo. “Comentários aos artigos 105 a 138 da Lei n.º 11.101/05”, *in* *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TESHEINER, José Maria, *Pressupostos processuais e Nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, “As nulidades no Código de Processo Civil”, *in* *Revista de Processo*, v. 30, São Paulo, abr/jun. 1983.

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, ed. 49, São Paulo: Forense, 2008.

_____, “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”, *in* *Revista de Processo*, ano 5, n.º 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 1980.

_____, “Princípios Gerais do Direito Processual Civil”, *in* Revista do Processo, v. 23, São Paulo, 1981.

_____, “Sentença inconstitucional: nulidade, inexistência, rescindibilidade”, *in* Revista Dialética de Direito Processual, n.º 63, São Paulo, jun. 2008.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, *in* Revista dos Tribunais, v. 91, n.º 795, São Paulo, jan. 2002.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de, “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”, *in* Revista de Processo, v. 30, n.º 127, São Paulo, set. 2005.

TUCCI, Rogério Lauria, Constituição de 1988 e processo - Regramentos e garantias constitucionais do processo, São Paulo: Saraiva, 1989.

VELOSO, Zeno, Invalidade do negócio jurídico, ed. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VERDE, Giovanni, “Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”, *in* Rivista di Diritto Processuale, v. 55, n.º 2, apr./giug. 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Nulidades do Processo e da Sentença, ed. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz, Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, “Breve revisita ao tema da ação rescisória”, *in* Revista de Processo, v. 20, n.º 79, São Paulo, jul/set. 1995.

_____, Tutela jurisdicional, ed. 7, São Paulo: Atlas, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino, “Embargos à Execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC”, *in* Revista de Processo, v. 30, n.º 125, São Paulo, jul. 2005.

ZANZUCCHI, Marco Tulio, *Diritto processuale civile*, ed. 5, Milano: Giuffrè, 1964.

Ordenações Afonsinas, extraídas no endereço eletrônico do Instituto de História e Teoria das Ideias (Universidade de Coimbra): <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>

Ordenações Manuelinas, extraídas no endereço eletrônico do Instituto de História e Teoria das Ideias (Universidade de Coimbra): <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>

Ordenações Filipinas, extraídas no endereço eletrônico do Instituto de História e Teoria das Ideias (Universidade de Coimbra): <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>

Jurisprudência:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: www.stf.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: www.stj.gov.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: www.tj.sp.gov.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: www.tjrs.jus.br

RESUMO

Para o desenvolvimento do tema, analisou-se a possibilidade de fixação de um conceito geral de invalidades, aplicável a todos os ramos do Direito.

Tratou-se das especificidades das invalidades processuais, bem como de seu conceito e abrangência. Os principais critérios doutrinários para sistematização dos vícios dos atos processuais foram examinados como método auxiliar da elaboração da proposta de sistematização que compõe o objeto do presente estudo.

A teoria das invalidades sofreu o impacto da acertada preocupação de que o processo não deve servir a seus próprios fins. Firmada essa concepção, nota-se uma dedicação à tarefa de realçar os limites deste aspecto instrumental, de modo a questionar a possibilidade de o exame da irrelevância do vício processual se dar pelo enfoque exclusivo de critérios exteriores à relação jurídica processual. Atualmente, a cláusula do devido processo legal incorpora a axiologia das garantias fundamentais do indivíduo, explicitando que são indispensáveis as garantias inerentes ao processo.

A resolução da crise de direito material deve lançar efeitos sobre os vícios que acarretem transgressão de tais garantias, mas uma teoria das invalidades deve estar sustentada nos referenciais processuais, não podendo condicionar-se, exclusivamente, ao resultado final do processo, dado que lhe é externo.

Assim, o enfoque classificatório adotado para sistematização dos vícios da sentença civil procura assentar-se sobre as regras e princípios do processo, notadamente porque se reconhece que o respeito ao direito material e ao direito processual equiparam-se em importância para que se obtenha uma decisão justa. A inexistência da sentença foi examinada sob os aspectos da decisão proferida em processo juridicamente inexistente ou pela ausência de seus elementos intrínsecos. Ao final, examinou-se a casuística relativa à sentença inválida, como aquela dada em processo com irregular constituição do juiz ou com defeito de fundamentação.

ABSTRACT

Aiming to develop the theme, the analysis on the possibility of setting a general concept of invalidities, applicable to all the areas of Law was analyzed.

The specificities, concept and scope of procedural invalidities were addressed. The main juristic criteria used to systematize the defects of procedural acts were analyzed as an auxiliary method for preparing the systematization proposal that comprises the subject matter of this study.

The theory of invalidities was impacted by the appropriate concern about the procedure not being used as means to suit its own purpose. After establishing this concept, there is the focus on underlining the limits of this instrumental aspect to question whether the possibility of the analysis on the irrelevance of the procedural defect is focused solely on criteria that is external to the procedural legal relationship. Currently, the section of the due process of law incorporates the axiology of individual fundamental guarantees, making explicit that the guarantees inherent to the procedure are fundamental.

The solution for the crisis of substantive law should impact the defects that lead to the violation of such guarantees. However, the theory of invalidities should be grounded on procedural references, and not be exclusively dependent on the final result of the process, since such theory is external to it.

Accordingly, the focus on classification adopted to systematize the defects of the civil judgment intends to have as base the rules and principles of the process, since it is known that the respect toward substantive law and procedural law are of equal importance in reaching a just decision. The inexistence of the judgment was reviewed based on the aspects of the decision granted in a process that does not exist in legal terms or by the absence of its intrinsic elements. Finally, there was the analysis of case histories related to the invalid judgment, such as the judgment of a procedure with irregular constitution of the court or with defect of reasons.