

REFLEXÕES SOBRE INVALIDADES PROCESSUAIS.

Eduardo Kochenborger Scarparo.¹

*Advogado em Porto Alegre.
Mestrando em Direito Processual Civil – UFRGS.*

1. Introdução. 2. Planos Jurídicos. 3. Princípios e invalidades processuais. 4. As Sistematizações. 5. Considerações críticas. 6. A convalidação dos defeitos de forma. 7. Considerações Finais.

1. Introdução.

A invalidade processual² é um dos mais complexos temas da ciência do processo. Além da dificuldade inerente à temática, que impõe aprofundado estudo dogmático dos atos processuais singular ou conjuntamente, é comum na prática forense a sua associação a um contexto pessimista de burocratização, o que remete ao ideário popular de formalismos excessivos, nocivos ao desenvolvimento efetivo da atividade jurisdicional.

O tema das invalidades processuais vai, porém, muito além da perquirição sobre a forma em sentido estrito, o que justificaria uma percepção burocrática do processo. Ele trata, ao revés, da aceitação ou rejeição dos efeitos de um ato praticado em desconformidade de formas pelo direito. Isso significa que além da inadequação formal,

¹ Contato com o autor: eduardo@scarparo.adv.br; <http://www.scarparo.adv.br>.

² Prefere-se a terminologia invalidades à nulidade porque, aquela comporta, como gênero, além desta, como espécie, nas modalidades absoluta e relativa, a anulabilidade.

outros elementos são imprescindíveis para que os efeitos do ato processual sejam expurgados pelo direito através do decreto de uma invalidade.

Conforme já preconizou Galeno Lacerda ³, o Código de Processo Civil, no que percute ao seu sistema de invalidades, ampliou o problema da mera adequação à *fattispecie* à teleologia do ato, instituindo princípios elementares de freio a formalismos extremados, nocivos aos interesses que direcionam a atividade processual.

Neste ensaio, buscar-se-á analisar, em um primeiro momento, os planos jurídicos (existência, validade, eficácia), centrando-se na validade. Com as especificações e proposições encontradas, adentrar-se-á no seio das sistematizações processuais, para, ao fim, comentar os modos de se fazerem flexíveis os defeitos de forma.

2. Os Planos Jurídicos.

A categorização dos planos jurídicos é elementar ao estudo do Direito. Tradicionalmente divide-se o universo dos fatos jurídicos em três planos: existência, validade e eficácia. São convenientes breves considerações, com ênfase no plano da validade, cuja análise sobre o direito processual é o desiderato deste ensaio.

2.1. Existência

Quando se analisa o plano da existência, tradicionalmente se atenta aos elementos integrativos do suporte fático do fato jurídico: são os chamados elementos

³ LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 28, p.7-14, jul. 1983.

nucleares ou completantes⁴. Buscam-se os pressupostos de sua formação. A doutrina nacional costuma afirmar que, para existir um processo – ato jurídico complexo –, devem estar presentes alguns elementos essenciais: o autor com capacidade de ser parte, um órgão dotado de jurisdição e haver sido exercida uma demanda. Na ausência de qualquer de um destes não haveria processo, tal como na demanda proposta em face do oficial de justiça – ausência do segundo pressuposto.

O plano da existência remete à verificação dos elementos primordiais do fato jurídico cuja análise se propõe (sujeito, forma e objeto). Nessa vereda, pode-se configurar a inexistência tanto pela ausência material dos elementos indispensáveis ao ato como pela sua completa inaptidão jurídica de serem assim reconhecidos⁵.

L'atto inesistente dovrebbe perciò indicare una realtà di fatto che non è riuscita a penetrare nel mondo del diritto; si tratta perciò di un concetto meramente negativo, posto a segnare il margine estremo della realtà giuridica, la cui unica ragion d'essere è quella di respingere dal mondo del diritto quegli atteggiamenti della realtà fenomenica che non sono in modo assoluto suscettibili di rilevanza o valutazione giuridica, almeno agli effetti che di volta in volta vengono in considerazione⁶.

Trata-se do plano que baliza a consideração de fatos reais como jurídicos. Em outros termos: sem a correspondência entre os pressupostos de existência e os fatos reais, não há se falar em fatos jurídicos.

2.2. Validade.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 62.

⁵ PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 113.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. I*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 223. Tradução livre do autor: “O ato inexistente deveria indicar uma realidade de fato que não conseguiu penetrar no mundo do direito. Se trata portanto de um conceito meramente negativo, colocado a assinalar a margem extrema da realidade jurídica, a cuja única razão de ser é a de rejeitar do mundo do direito aqueles comportamentos da realidade fenomênica que não são de modo absoluto suscetíveis de relevância ou valoração jurídica, ao menos aos efeitos que de tempo em tempo vêm a consideração”.

O plano da validade diz respeito à eficiência com que o suporte fático do ato jurídico ⁷ foi preenchido, ou melhor: se os elementos complementares que integram o suporte fático são plenamente satisfatórios. Ultrapassa-se o momento de verificação se estão presentes os pontos essenciais, se existentes os pressupostos qualificadores do ato jurídico. Neste ponto é perquirido se a forma com que o ato teve seu suporte fático preenchido foi suficiente, atentando-se aos seus elementos complementares. Pode o ato jurídico ser classificado como válido, nulo ou anulável, conforme a constatação ou não do defeito e de seu grau de intensidade.

A validade é um estado do ato que para constituir-se supõe perquirição com retroação. Significa que o tempo considerado para a decretação de invalidade não é congênere à apreciação judicial, mas sim o da formação do ato jurídico ⁸. A integridade de cada ato deve ser analisada conforme o momento de sua criação, regra geral. Sintomaticamente, se para a validade de um ato jurídico a “Lei Processual 1” previa somente o requisito “A” e, após, entrou em vigência “Lei Processual 2” que dispunha a necessidade de “A + B”, o ato engendrado antes da vigência desta será válido se apenas contiver “A”.

A falta de elemento indispensável para que o fato seja relevante ao direito impede a sua inclusão no jurídico pela inexistência. A magnitude do problema sobre o ato que se pretendia realizar – falta do pressuposto essencial – fulmina com o seu não reconhecimento jurídico, o *não-ser* no universo jurídico. Para que o ato seja considerado inválido deverá possuir defeito sobre os elementos complementares do suporte fático. Caso o vício seja de pequena monta e, por isso, não perturbe tais aspectos jurídicos não há se falar em invalidade, mas sim em mera irregularidade.

⁷ Neste plano, somente tem relevo as condições do *ato jurídico lato sensu*.

⁸ DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

A falta de numeração nas páginas do processo não enseja invalidade, ainda que defeito inegavelmente seja. A irregularidade “*é defeito que não diz respeito a requisito estrutural do ato (que não atinge a eficiência do suporte fático), mas tão-somente à conduta infringente de norma instituidora de dever ao sujeito agente*”⁹. Nessa lógica, a irregularidade não é espécie do gênero invalidade, porque os atos eivados com esse pequeno vício serão válidos, produzindo plenamente seus efeitos típicos.

Para Calmon de Passos¹⁰, diferentemente de não afetarem os elementos complementares do suporte fático, irregulares são aqueles atos defeituosos que não provoquem qualquer prejuízo. Utiliza, então, o doutor baiano a existência ou não do prejuízo como critério distintivo entre o inválido e o irregular.

2.3. Eficácia.

A eficácia, último plano a ser estudado, diz respeito à aptidão de um ato para produzir seus efeitos típicos¹¹. Por certo que o ato inválido é ineficaz para a produção de seus efeitos característicos, mas nem todo ato ineficaz é inválido. Sobre o ato válido pode pender condição suspensiva ou ter incidido condição resolutiva, que lhe retira ou deixa de permitir a produção de efeitos no mundo dos fatos. Ainda, “*os atos inexistentes*

⁹ DALL’AGNOL JR, Antônio Janyr. *Para um conceito de Irregularidade Processual*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 83-108, p. 103.

¹⁰ PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 111.

¹¹ Fala-se em efeitos típicos porque a decretação de invalidade sobre um ato pode ensejar uma série de efeitos no processo, como a invalidade por contaminação dos atos posteriores dele dependentes, acolhendo-se aqui a ressalva presente em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

*são ineficazes intrinsecamente, porque intrinsecamente impotentes para a produção de qualquer efeito processual”*¹².

*Da invalidade deriva, ou pode derivar a ineficácia, ou uma eficácia precária, que é também ineficácia (em sentido potencial); mas da ineficácia não pode deduzir-se invalidade. Daí a divisão da ineficácia, derivante da invalidade e a ineficácia em sentido técnico.*¹³

O que Komatsu denomina de ‘*ineficácia em sentido técnico*’ advém dos elementos condicionantes do ato (cláusula suspensiva ou resolutiva) que são analisados no momento em que deveriam produzir efeitos. Não há, portanto, ao contrário do exame de validade, retração à sua gênese. Perquire-se sobre a aptidão momentânea de produção de efeitos, sendo de todo irrelevante a presença de condição suspensiva antes incidente se ao tempo da análise não mais opera.

Nesse plano é que atua a suspensão do processo pelo aforamento de embargos do devedor em execução fundada em título extrajudicial. Sobre a execução pende condição suspensiva, sem que sejam questionadas a validade ou existência da relação processual – atuação no plano da eficácia.

Retomando os aspectos gerais da análise, com base nas observações realizadas, pode se concluir que os planos são encadeados, mas não se confundem. Na cadeia jurídica de investigação há uma relação íntima de dependência. Isso significa que para que o ato seja inválido, deverá antes ser existente. Ainda, somente o ato válido poderá ter sua eficácia questionada com fulcro em cláusula suspensiva ou superveniência de causa resolutiva.

¹² PASSOS, Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III: arts. 270-331*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 446.

¹³ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

3. Princípios e invalidades processuais.

O devido processo legal harmônico tende ao equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade. Logo, a norma processual tem por fulcro a organização de um processo justo com aptidão a fornecer os anteparos necessários à concretização do direito. Cumpridas as finalidades do processo, o erro de forma sobre certo ato isolado, isto é, sem repercussão na correção da decisão e na participação contraditória, não refletirá fundação suficiente ao decaimento da efetividade e da instrumentalidade processual.

A segurança jurídica tem sempre lugar e função no ordenamento processual, mas a sua incidência será sempre dosada pela concorrência com a efetividade. No caso das invalidades, vê-se a presença de inúmeras técnicas de flexibilização sobre o erro de forma, sustentadas pelo princípio da efetividade. A segurança jurídica atua como obstáculo a essas técnicas, estabelecendo-se no direito processual um verdadeiro mecanismo de pesos e contrapesos.

*Nos atuais ordenamentos, não vige só, de modo geral, o princípio da instrumentalidade das formas, como também os princípios da convalidação, da conservação, da causalidade, do interesse e da economia processual, todos pretendendo salvar ou diminuir as conseqüências do ato nulo, relativizando assim o desatendimento à forma em sentido estrito*¹⁴.

A incidência desses postulados, em função da adstrição realizada pela segurança jurídica, não é plena, mas suficiente para gerar um desarrocho sobre a rigidez das formas em sentido estrito. Mostra-se pertinente, antes da exposição das sistematizações propostas pela doutrina, um estudo introdutório sobre os princípios que norteiam o campo das invalidades processuais.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 206.

3.1. Economia Processual

O princípio da economia processual determina que sejam empreendidos esforços para alcançar o máximo de efeitos, o melhor resultado da atuação da lei, com o mínimo de atividades processuais.

*O princípio da economia processual informa todo o direito processual. Está presente nas manifestações do princípio da instrumentalidade, no da causalidade e principalmente no princípio da conservação, mesmo no aproveitamento dos atos do processo inadequados à ação exercida ou dos atos não decisórios do processo desenvolvido perante autoridade absolutamente incompetente.*¹⁵

Tereza Arruda Alvim Wambier usa termos fortes para apontar a tendência de que se “*passa por cima de nulidades, no sentido de não decretá-las, inclusive as absolutas*”¹⁶ em favor da economia processual. Deve-se criticar no argumento da processualista que, tecnicamente, não se ‘*passa por cima*’ das nulidades, mas sim do defeito de forma, visto que a invalidade depende e é posterior à decretação. A constituição da invalidade que é impedida pela adoção de meios de convalidação.

O alerta de Humberto Theodoro Junior sobre a ampliação excessiva da incidência desse princípio é deveras importante, pelo que cabe a sua transcrição *in literis*:

*Há, entretanto, uma hierarquia entre os princípios, de modo que a economia processual não pode ser usada em prejuízo do direito ao devido processo legal e ao sistema do contraditório, de forma, por exemplo, a causar desequilíbrio entre as partes e cercear sua defesa.*¹⁷

A economia processual se mostra influente sobre a temática das invalidades dos atos no processo sob o alcinha de instrumentalidade das formas, de convalidação, de conservação dos atos e de técnica de redução dos efeitos sobre o ato inválido. Nesses e

¹⁵ KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 254.

¹⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 143.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 34, p. 161-184, p. 179.

em todos os casos em que atua deve ser dosada de modo a não suprimir outros princípios também relevantes ao direito processual.

3.2. A Instrumentalidade das Formas.

O princípio da instrumentalidade de formas engloba duas facetas bem conhecidas da doutrina nacional e que somente podem ser compreendidas conjuntamente: a imprescindibilidade de prejuízo e do desvio de finalidade para haver-se habilitação do juiz em constituir o estado de invalidade.

*É o mais importante dos fundamentos da atual concepção de processo, em matéria de nulidades. Figura como critério básico do sistema de nulidade de nosso Código de Processo Civil. Por esse princípio se entende que, sendo a forma instrumento, meio, e não fim, o que se procura apurar para definir-se uma nulidade é a circunstância de ter ou não sido atingido a finalidade do ato.*¹⁸

*“Il principio accennato significa che alle forme si riconosce unicamente il carattere di mezzi usati per raggiungere determinati scopi”*¹⁹. Ora, a característica de meio afim de que se alcance um fim é ínsita à ciência processual, partindo daí a força que esse princípio detém de fazer flexíveis formas muito rígidas.

Não se pode olvidar que as formas são importantíssimas, pois orientam a atividade jurisdicional, dando-lhe segurança e previsibilidade. Elas são obstáculos ao arbítrio e constituem uma garantia dos cidadãos contra o abuso de poder. Consistem, portanto, em institutos necessários à manutenção da ordem e da previsibilidade, operando como garantias contra a arbitrariedade²⁰.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil*. Revista de Processo, 30, 38-59, p. 44-45.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v.I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 235. Tradução livre do autor: “O princípio indicado significa que às formas se reconhece unicamente o caráter de meios usados para alcançar determinada finalidade”.

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 141.

Contudo, “*não se deve prestigiar a idolatria da forma que é perniciosa, recordando-se sempre que o processo não é mais que um instrumento, que as formas não são um fim em si mesmas e que todas elas são postas a serviço de um ideal, a justiça*”²¹. A instrumentalidade das formas age para minimizar formalismos exagerados que não contribuem ao alcance das finalidades do processo, mas é ciente de que o abuso e o arbítrio não direcionam a esses escopos.

3.3. Convalidação.

Convalidar quer dizer restabelecer, curar. Trata-se de um princípio geral, a incidir sobre todo o sistema de invalidades. Em outros termos, qualquer espécie de invalidade é passível de sanção. A convalidação é um verdadeiro remédio e serve para reparar os vícios dos atos e para eliminar as suas conseqüências nocivas²². A sanção cicatriza o ato defeituoso, reforçando sua aptidão a produzir efeitos pelo expurgo das lesões jurídicas concretas ou apenas potenciais que o vício de forma pode gerar. A sanabilidade dos atos encontra amparo junto ao caráter instrumental do processo.

Não é por menos que a não convalidação pode ser vista até como um pressuposto à invalidação²³. Dessa forma, para que um ato tenha seus efeitos extirpados por um decreto de invalidade deverá ter sobre si, anteriormente, o crivo dos princípios de convalidação.

No sistema jurídico processual brasileiro são meios de sanção: a ausência de

²¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e Nulidades em Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 43.

²² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. v. I. Buenos Aires: EJE, 1959, p. 546-547.

²³ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 242-246.

prejuízo somado ao alcance do escopo do ato, a preclusão, a aquiescência e a ausência de legítimo interesse. A convalidação não exige nenhuma atividade processual posterior à de feitura do ato para tomar lugar. Se sobre determinado ato viciado agem positivamente regras de convalidação, o deito passa a não mais apresentar relevância jurídica processual a ponto de sustentar um decreto de invalidade. A partir de então, pode-se impedir a constituição desse estado ou extingui-lo, caso já tenha sido decretado.

A convalidação anterior é a sua forma mais comum e pura. Nela, determinado desrespeito de forma, com a convalidação automática que opera face à ausência de prejuízo com o alcance da finalidade, não repercutirá quaisquer conseqüências no curso do processo. A convalidação atua como norma negativa, a impedir a constituição do estado de invalidade. Poderá haver, também, sanção posterior.

Assim, é correto afirmar que a insanabilidade de um ato é uma exceção²⁴. O tempo não impede a convalidação. Em determinados momentos, inclusive, o seu transcurso atua justamente como norma de sanção.

3.4. Causalidade

O processo é um ato jurídico complexo de formação sucessiva. Os atos jurídicos são complexos quando têm seu suporte fático formado por vários outros atos jurídicos encadeados. Há o ato final e os atos condicionantes, necessários ao desenvolvimento regular do ato²⁵. O procedimento é ato jurídico complexo porque se direciona a um ato final (sentença) que tem a validade dependente da existência e regularidade de atos anteriores condicionantes. *“Na verdade, o que ocorre no procedimento não é uma*

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil. v. I.* Buenos Aires: EJE, 1959, p. 546.

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da Existência.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.137-138.

pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo”²⁶. Os atos condicionantes intentarão efeitos preparatórios e serão pressupostos de validade do ato final.

Vale-se do conceito de processo de Fazzalari: “*il processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività*”²⁷. O processo é um procedimento em contraditório e, como tal, a ele se aplicam as noções de invalidade sobre atos complexos procedimentais.

A validade do processo terá investigação durante todo o seu *iter* de ato complexo, porque ocorrerá sobre a prática de seus atos condicionantes, cada qual em seu tempo. Sua validade será condicionada à validade e existência dos atos jurídicos simples necessários que integram a sua cadeia procedimental.

Veja-se, então que “*se uno o più atti del processo siano viziati. Le carenze di legittimazione, di giurisdizione, di competenza incidono su tutti gli atti del processo, perchè le regole relative concernono tutta la serie*”²⁸. Essa idéia é representada no Código de Processo Civil brasileiro em seu art. 248 cuja análise oportuna ter-se-á colocada no capítulo final deste estudo.

A análise de validade dos atos simples será congênere a sua formação e a análise neste plano do processo dependerá da dos seus atos simples condicionantes.

²⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.

²⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, s/a, p.82. Tradução livre do autor: “*O processo é um procedimento no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa invalidar as atividades daqueles*”.

²⁸ FAZZALARI, Elio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. V. I. Processo ordinario di cognizione*. Padova: CEDAM, 1985, p. 76. Tradução livre do autor: “*Se um ou mais atos do processo são viciados. As carências de legitimação, de jurisdição, de competência incidem sobre todos os atos do processo, porque as regras relativas concernem a toda a serie*”.

Dessa forma, se acrescentado requisito legal a um ato simples qualquer, será válido o ato e sobre o processo surtirá seus efeitos mesmo que a relação processual sobrevenha à vigência da nova legislação.

Imagine-se que, em processo de conhecimento, procedeu-se a citação regular por carta AR. Dias antes do julgamento de apelação entrou em vigor nova lei que extingue a modalidade de citação por AR, devendo, a partir de então, ser realizada sempre por meios eletrônicos ou por oficial de justiça. Aquela citação será válida, porque ao tempo em que se constituiu estava de acordo com o direito – análise em retração. O processo será também válido, porque plenamente regular seu elemento condicionante.

4. As Sistematizações

Espaço de grande discussão na doutrina processual diz respeito a uma sistematização das invalidades processuais. Entre os modelos propostos, escolheu-se três, dos quais decorrem outros: a teoria de nulidades cominadas e não cominadas, defendida por Pontes de Miranda; a teoria das nulidades de Calmon de Passos; e a teoria da finalidade e natureza das regras processuais, apresentada por Galeno Lacerda ²⁹.

4.1. Teoria das nulidades cominadas e não cominadas ³⁰.

²⁹ Cabe ressaltar de antemão que não se preocuparam esses juristas em distinguir invalidade de nulidade como fizeram Dall’Agnol e Komatsu. Adotar-se-á a terminologia eleita por aqueles autores para manter mais fielmente a consignação de sua doutrina. De toda sorte, ressalta-se que quando se propõe a terminologia “*nulidades cominadas*”, v.g., melhor seria falar em invalidades cominadas. O mesmo vale no que diz respeito à sistematização de Calmon de Passos que equivale os termos.

³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. t. 3*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 353-387.

O modelo defendido por Pontes de Miranda tem por substrato esta distinção elementar: a previsão expressa ou a sua falta no ordenamento positivo da consequência de nulidade a determinado defeito de forma. A cominação de nulidade a uma norma indica que ela será íntegra, enquanto que a não cominação apontaria para a vulnerabilidade do dispositivo legal.

Por conseguinte, as normas dotadas de integridade não admitem sanção, restando como úteis apenas se supridas as suas faltas. Do contrário, o ato deverá necessariamente ser repetido, em nada contribuindo ou efeitos quaisquer produzindo no processo.

De outra banda, se a norma é vulnerável, ou seja, sem cominação de nulidade, o ato será válido se as partes o utilizaram expressa ou implicitamente e tenha o ato atingido a sua finalidade, sem prejuízos aos sujeitos da relação processual.

4.2. Teoria das nulidades de Calmon de Passos³¹.

Para Calmon de Passos, imprestável a distinção entre espécies de nulidades no direito processual. A análise de nulidade deverá ter como fins a aplicação da justiça no processo, que se dará pela verificação da imperfeição do ato e da relevância do vício sobre o ato processual.

A atribuição de relevância à atipicidade será perquirida pelo alcance da finalidade do ato sem que se resulte avaria em outros direitos processuais. Caso tenha o ato atingido sua finalidade, mesmo com desrespeito à forma preestabelecida, sem constatar-se qualquer prejuízo, a inobservância do tipo culminará em mera

³¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

irregularidade, que impedirá a decretação de nulidade do ato pelo magistrado. Todavia, não cumprindo a finalidade ou a realizando com prejuízo, vai composto o suporte fático que permite a decretação da sanção de nulidade.

Ato nulo é o que assim foi decretado pelo magistrado a partir da incidência do *suporte fático de invalidade*, constituído da violação da forma e da presença de prejuízo³². A mera irregularidade representa a ausência do segundo elemento essencial à caracterização da nulidade.

4.3. Teoria da finalidade e natureza das regras processuais³³.

O norte diferencial na teoria de Galeno Lacerda³⁴, apresentada em sete páginas na obra *Despacho Saneador*, está em reconhecer à norma processual a finalidade de tutela sobre interesses particulares e públicos. Ainda, esquematiza sua sistematização conforme a natureza cogente ou dispositiva da norma.

Os traços distintivos entre as espécies de invalidade são, então, a natureza (cogente ou dispositiva) e os fins (tutelar predominante interesse público ou privado) da norma violada. O cruzamento desses critérios permite identificar as nulidades absolutas, as nulidades relativas e as anulabilidades.

As nulidades absolutas serão aquelas cogentes em que prevalece o interesse público de administração da justiça. A designação de competência material é absoluta, indisponível às partes. O interesse público prepondera porque a distribuição de

³² DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

³³ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985, p. 68-75.

³⁴ Na mesma linha de Galeno, com distinções não substanciais: DALL'AGNOL JR. *Invalidades Processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.; ARAGÃO, Egas Direceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts. 154-269*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

competências materiais diz respeito à própria organização interna da atividade jurisdicional, com a distribuição de recursos públicos financeiros e humanos entre os tribunais e, internamente, entre seus órgãos. A nulidade deverá ser decretada de ofício e não será sanável.

Se a norma cogente privilegiar o interesse particular estar-se-á diante de uma nulidade relativa. Na penhora dos bens listados no art. 649 do CPC, há vício maior sobre o interesse particular, do que se deduz a teleologia normativa. Tal qual nas nulidades absolutas, admissível a sua decretação de ofício, forte na cogência normativa. Poderá, contudo, ser sanada.

Por fim, as anulabilidades remeterão ao interesse predominante privado e à disposição das normas, como ocorre normalmente com a incompetência territorial. Nessas hipóteses, a verificação de imperfeição do ato jurídico será condicionada à representação da parte lesada. Trata-se de uma invalidade sanável.

Galeno Lacerda sustentou que as principais idéias a nortear um sistema de nulidades serão: a finalidade, a conversão, o prejuízo e a repressão ao dolo processual³⁵. Essas idéias constituem princípios sanatórios das invalidades. Como as nulidades absolutas são insanáveis, não incidem sobre elas.

5. Considerações críticas

Primeiramente, não se deve acolher a proposta que adota o critério exclusivo da cominação. A distinção, acolhida pelo Código de Processo Civil nos artigos 243 e 244, tem origem na tradição, presa ao princípio da legalidade³⁶. Isso advém da premissa de que as invalidades deveriam ser previstas abstratamente pelo legislador. A mera

³⁵ LACERDA, Galeno. *O Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985, p. 69.

³⁶ DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. *Invalidades Processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989, p. 59.

infração da forma bastava para a caracterização do inválido. Como já sustentado, não é toda a infração que preenche esse ponto do suporte fático necessário à configuração do estado de invalidade. Necessário, segundo a teoria dos fatos jurídicos, que ensejem defeitos sobre os elementos complementares do suporte fático.

Se o defeito não aflige consideravelmente esses elementos, não há invalidade. Os sentidos de cominação serão meramente de orientação ao aplicador. Até mesmo porque a invalidade de atos não pode ser prevista apenas no campo abstrato; ela exige a comparação dos efeitos provenientes do ato defeituoso com a realidade social e com os parâmetros constitucionais, notadamente com os direitos fundamentais.

Necessário ler os artigos 243 e 244 do Código de Processo Civil de outra forma que não a de Pontes de Miranda. O primeiro artigo ³⁷ faz uso da cominação de nulidade como uma forma de alerta sobre a invalidade incidente sobre determinada falha sobre o ato. Serve, portanto, de pressuposto ao impedimento de alegar em benefício da própria torpeza. Como se trata de uma restrição a um poder da parte, de boa índole que esteja a sua causa mais claramente prevista no ordenamento jurídico – relevância do princípio da segurança jurídica. Note-se, ainda, que essa disposição não se aplica aos casos em que deva a invalidade ser decretada *ex officio*, porque se configura aí o dever do exercício jurisdicional pelo juiz, independentemente de requerimento.

O artigo 244 ³⁸ deve ser estudado conjuntamente com o artigo 154 ³⁹ do também Código de Processo Civil. Caso fosse efetuado o raciocínio a *contrario sensu* dessas disposições legais, poder-se-ia concluir que as nulidades cominadas não admitem

³⁷ **CPC. Art. 243.** “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

³⁸ **CPC. Art. 244.** “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

³⁹ **CPC. Art. 154.** “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

a aplicação do postulado da finalidade. Porém, a interpretação em via contrária nem sempre conduz ao sentido objetivo da norma. Especificamente nesse caso, cumpre o próprio Código de Processo Civil de rechaçá-la ⁴⁰.

O parágrafo primeiro do artigo 249 ⁴¹ não faz qualquer referência à cominação ou não de nulidade ao positivizar o princípio do prejuízo. Outrossim, o artigo 250 ⁴² faz serem aproveitados os atos cometidos com erro de forma, sem qualquer remissão à necessidade de não-cominação.

Significa, em última análise, prevalecer a instrumentalidade das formas, conforme a fundamentação de Humberto Theodoro Junior:

Do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos do processo, decorre a irrelevância dos vícios do ato processual, mesmo em caso de nulidade absoluta, se o ato atingir o fim a que se achava destinado no processo. ⁴³

Finalmente, vale-se, mais uma vez, da lição de Tesheiner, concluindo que a “referência do Código às duas hipóteses de nulidade explica-se (...) como expressa rejeição à tese de que, sendo a nulidade uma sanção, somente poderia ser aplicada nos casos expressos em lei” ⁴⁴. Portanto, não há serventias efetivas na categorização defendida por Pontes de Miranda, a justificar a adoção de uma sistematização fundada no exclusivo critério de cominação expressa pelo texto legal.

Superada essa sistematização, passa-se às análises mais tormentosas e controvertidas: as condizentes às teorias de Calmon de Passos e Galeno Lacerda.

Percebe-se que a sistematização de Calmon de Passos relega ao exame

⁴⁰ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118.

⁴¹ **CPC. Art. 249, §1º.** “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”.

⁴² **CPC. Art. 250.** “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.”.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil*. Revista de Processo, 30, 38-59, p. 51.

⁴⁴ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

exclusivo do magistrado a decretação da invalidade. Nessa lógica todos os atos processuais podem ter a nulidade decretada de ofício, desde que sejam violados os “*fins da justiça no processo*”.

A lógica proposta por Calmon, com pequenos dissensos, foi recentemente defendida por Daniel Mitidiero ⁴⁵, sustentando sua proposição em ser íntimo à administração da justiça o interesse público e, por isso, ele predominar em todas as normas processuais. Com efeito, a sistematização com base na teleologia direta da norma, proposta de Galeno Lacerda, remeteria à submissão do processo como mecanismo ao interesse privado, relegando sua natureza, que para o jurista é unicamente pública.

A dificuldade de distinção entre o Público e o Privado é cada vez mais assente na sociedade contemporânea. Contudo, negar a existência de normas também voltadas ao interesse privado significa atribuir demais importância ao vetor público. Isso afeta a democracia e o equilíbrio ontológico do próprio direito processual. Em um processo cidadão não se pode admitir que um dos seus sujeitos possua poderes de vida e morte sobre a relação. Os poderes do juiz devem ser limitados, especialmente no campo das invalidades. Essa limitação deve ser pautada pela relevância pública do interesse em tutela.

Sempre é saudável discutir à luz do enfoque cultural se a finalidade da norma, pelos meandros da historicidade, passou do interesse privado ao público ou o contrário. A majoração da finalidade pública da citação, que se deu pelo reconhecimento dos benefícios da cooperação ao processo civil, não extinguiu ou diminuiu a relevância que a norma já representava aos propósitos particulares – ser o réu chamado a se defender.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil. v. II*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

Cumprirá ao operador jurídico, situar a regra no espaço cultural, verificando qual prato da balança faz-se prevalecer.

Eliminar do núcleo do processo ou não reconhecer à questão das invalidades a interação entre interesses e reflexos públicos e privados é caminhar ao arbítrio. Não se pode negar a importância do interesse privado nas normas processuais, tanto que elas muitas vezes são erigidas com sua fulminante supremacia. A finalidade imediata de cada norma do processo assemelha-se a uma balança, que, a partir da pesagem da ideologia, penderá a um dos lados, conduzindo, sempre permeada pela realidade, à realização do direito material e da justiça.

Exemplo claro disso está na regra do art. 647, III do Código de Processo Civil⁴⁶, que resguarda a impenhorabilidade do anel nupcial e dos retratos de família. Por certo que a família é uma instituição protegida pelo direito e que sua defesa possui forte significado social. Todavia, a prevalência do interesse da norma é notoriamente privado. Veja-se que é o anel nupcial um símbolo, com relevo sentimental ao casado, tocando sua esfera privada. Seria desprestigiar a instituição familiar dizê-la que se mantém apenas ancorada na existência de um anel. Da mesma forma, não se cogita serem matéria de direito público as regras sobre a organização do casamento, como, *v.g.*, o regime de bens que está à livre escolha dos nubentes⁴⁷.

Calmon de Passos e seus seguidores, ao atribuírem o caráter de prevalência pública a todas as normas processuais estão dotando o magistrado de poderes diretos sobre a esfera dispositiva das partes. Não há para os autores, inclusive, espaço para disposição de normas processuais, sendo, portanto, dever do magistrado conhecer de

⁴⁶ **CPC. Art. 649.** “São absolutamente impenhoráveis: III – o anel nupcial e os retratos de família”.

⁴⁷ **Código Civil. Art. 1639.** “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

quaisquer de suas violações de ofício. Essa proposta não explica a limitação do pedido e da causa de pedir pelo autor ou a possibilidade de extensão da competência pela inércia da parte, como aquelas matérias oponíveis apenas por exceção.

O sistema de invalidades é, na verdade, reflexo direito da distribuição dos poderes processuais. O processo como procedimento em contraditório impõe a participação dos interessados no *iter* de formação da decisão, o que deve ocorrer com a repartição equitativa de forças, fato que repercute na exclusão da direção exclusiva pelo juiz do procedimento.

*Em face dessa realidade, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar nos limites impostos pelo próprio sistema.*⁴⁸

Essa brilhante assertiva enquadra-se perfeitamente ao sistema de invalidades, visto que se vislumbra a diagramação de faculdades e poderes entre as partes e o juiz, limitantes e cooperativos. Desse modo se induz ao desenvolvimento participativo do processo, com suporte democrático, de maneira a impedir o arbítrio e a realizar o interesse público de paz social.

Ao se dotar o juiz de amplos poderes para decretar invalidades de ofício, está se ignorando a indispensável balança ao processo que equilibra atuações privadas e oficiais. Imprescindível a adoção de um sistema que permita a atuação do magistrado sobre determinadas invalidades, assim como também lhe obste o exercício arbitrário do poder jurisdicional. Somente por esse caminho respeitar-se-á a máxima da cooperação e a necessária distribuição de poderes entre os sujeitos da relação processual. Ademais, é esse o caminho apontado pela legislação brasileira.

Louvável, contudo, na teoria ora criticada, a imprescindibilidade da existência

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

de algum prejuízo para a decretação de invalidade. Essa necessidade, ao contrário do que propôs Galeno Lacerda no *Despacho Saneador*, diz respeito a todas as violações normativas processuais já que Calmon não fez distinção entre as espécies de invalidade. Assim o prejuízo passou a integrar o tipo da invalidade, avanço notável em prol da realização da justiça no caso concreto.

O capítulo sobre invalides é o coração de um Código de Processo Civil, porque diagrama o relacionamento entre a forma e a finalidade. Se por um lado a forma será a segurança do particular contra o arbítrio estatal, o exame sobre a realização prática do direito conduzirá a uma atenuação da rigidez formal em prol da efetivação das finalidades do direito processual. Inegável que essa intermediação deve ser consciente da postura reguladora de forças públicas e privadas do direito processual.

A classificação de Galeno Lacerda possui valia ao desenhar os contornos de atuação do magistrado, mas é falha ao impossibilitar a convalidação dos defeitos de forma quando concernem ao interesse público. Isso porque a instrumentalidade das formas é princípio que se reflete sobre toda a cadeia processual, atacando toda e qualquer espécie de invalidade.

Ocorre que para Galeno Lacerda havia insanabilidade nas nulidades absolutas, o que desconsidera o princípio geral da sanção⁴⁹, expresso no art. 249, §1º do CPC. Essa percepção ignora o princípio da instrumentalidade das formas, cerne da visualização das invalidades no direito processual.

A classificação de Galeno Lacerda, apesar dos problemas, é a mais completa e aceita pela doutrina brasileira justamente porque traz uma solução sobre os limites à atuação do juiz no plano das invalidades. Ainda assim existem aspectos falhos em sua

⁴⁹ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 99.

sistemática, face à inaplicabilidade do princípio do prejuízo aos defeitos de atos cuja subsunção conduza às nulidades absolutas. Em momento posterior à elaboração de sua tese originária, o próprio doutrinador zelou pela sanabilidade de todas as espécies de atos processuais inválidos, contrariando, no ponto, sua doutrina primeira ⁵⁰.

Parece que ambas as sistematizações, seja a de Calmon de Passos seja a de Galeno Lacerda, têm aspectos muito valiosos para o direito processual brasileiro. Em linha conclusiva, buscando a integração e o aprimoramento dessas teses, adota-se a classificação originária de Galeno Lacerda com temperamentos, para que todos os atos processuais com defeito formal passem pela balança da instrumentalidade das formas para serem ou não invalidados.

6. A convalidação dos defeitos de forma

“O que logo surpreende o leito 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” ⁵¹. O comentário de Pontes de Miranda expõe a importância que as normas de flexibilização têm sobre o sistema de invalidades.

Antes de constituição do estado de invalidade o magistrado deverá verificar se não ocorreu a convalidação do defeito formal. Passa-se, à análise desses mecanismos.

6.1. Prejuízo

Sem a presença de dano não se justifica a configuração do estado de invalidade,

⁵⁰ LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 28, p.7-14, jul. 1983.

⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 3., p. 353.

logo a presença de prejuízo é indispensável para a sua decretação, sejam nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades, nulidades cominadas ou não cominadas.

A doutrina francesa contemporânea alude estar a invalidade de um ato do processo condicionada duplamente: à existência, pela imperfeição de forma e à decretação, pela presença de prejuízo ⁵². Restou consagrada a fórmula *'pas de nullité sans grief'*, ou, em português, *'não há nulidade sem prejuízo'*.

Pode existir, na França, a nulidade sem que seja possível a sua decretação. O fato de ser o prejuízo (*grief*) um elemento condicionador da decretação no direito francês e não da existência da invalidade advém de razões históricas.

Note-se que o primitivo sistema francês cominatório absoluto, vigente no Antigo Direito até as ordenações de 1.667, vedava ao juiz a livre apreciação de um ato formalmente deficiente com fins de decretá-lo inválido. A partir de 1.667, passou-se ao sistema cominatório relativo, devendo as nulidades serem obrigatoriamente previstas na lei (*'pas de nullité sans texte'* ou *'não há nulidade sem texto'*).

O Código de Processo Civil francês, de 1807, reproduziu com poucas mudanças a sistemática vigente desde 1.667. Na sua redação primeira, a grande preocupação era determinar expressamente as causas de nulidade na lei, que continham natureza peremptória e decretação obrigatória para o juiz.

Ocorre que, o sistema revelou-se palco fácil para armadilhas e dilações abusivas do processo, com o que se preocupou o reformador processual de 1933 e 1935 que, *"acrescentando uma condição suplementar ao regime inicial do Código, entendeu por subordinar a pronúncia efetiva da nulidade à justificação de um prejuízo"*. ⁵³

Note-se que o legislador francês, para manter a estrutura sistêmica que fazia

⁵² KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 83.

⁵³ KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 83.

indispensável a cominação legislativa dos defeitos de forma a configurarem a nulidade, optou não por agregar novo elemento necessário à existência do estado de invalidade, mas a condicionar sua decretação.

No direito pátrio, essa distinção reside sem fundo dogmático. Isso porque no processo civil brasileiro não existem nulidades de pleno direito, razão pela qual a decretação da invalidade é indispensável. A invalidade passa a ter relevância jurídica somente a partir do momento em que é decretada pelo magistrado, em uma *decisão de efeitos constitutivos*. Pode-se afirmar que a ausência de prejuízo convalida o ato com defeito formal, impedindo-se a decretação porque o vício de forma não é suficiente para a invalidação sem a constatação do prejuízo. Em outros termos, o prejuízo é um pressuposto de existência da invalidade processual.

A inserção desse princípio elementar sobre as invalidades está assente no §1º do art. 249 do Código de Processo Civil brasileiro. Logo na seqüência legal, o § 2º do mesmo artigo aponta para uma situação exemplificativa sobre a atuação do postulado do prejuízo.

6.2. Finalidade.

Ao lado do princípio do prejuízo deve ser estar o alcance da finalidade: são ‘sub-postulados’ que preenchem o conteúdo do princípio da instrumentalidade das formas. Tendo cumprido o ato a finalidade e ausente qualquer mal às partes ou ao processo, a repetição ou retificação do ato será absolutamente inútil e ensejará uma violação frontal ao princípio da efetividade, sem qualquer ganho real de segurança.

Non trovano applicazione le sanzioni di nullità (...) quando si possa constatare a posteriori (e dovrà constatarlo il giudice) che non ostante le inosservanze di forme l'atto ha raggiunto lo scopo. E allora torna la

*demanda: quale scopo? Ancora una volta secondo noi se deve rispondere, che occorrerà avere riguardo non soltanto allo scopo soggettivo e contingente dell'autore dell'atto, ma allo scopo che se proponeva la legge esigendo quelle formalità.*⁵⁴

Sua previsão deduz-se da leitura conjunta do artigo 244⁵⁵ com o artigo 154⁵⁶ do Código de Processo Civil. O alcance da finalidade atado à ausência de prejuízo incide como contraponto ao defeito formal, impedindo a invalidação.

“A regra de ouro nesta matéria consiste em considerar plenamente válido o ato se, realizado de outra forma, atingir sua finalidade essencial”⁵⁷. Ainda, a disposição contida no art. 154 do Código de Processo Civil impede as formas residuais, ou seja, aquelas que permanecem na lei embora não mais manifestem sentidos atualmente proveitosos, assim considerados em perspectivas culturais.

6.3. Legítimo interesse.

Esse postulado advém de dois propósitos, sempre ligados às faculdades da parte que alega o defeito de forma e o prejuízo. O primeiro é que para que um ato com defeito formal tenha sua invalidade decretada deverá o requerente possuir interesse na invalidação, ou seja, a exclusão dos efeitos do ato deverá ser útil e necessária.

Tal abrangência é própria à prática de qualquer ato judicial, devendo o atuante

⁵⁴ REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 231-232. Tradução livre do autor: “Não encontram aplicação as sanções de nulidade quando se possa constatar a posteriori (e deverá o constatar o juiz) que não obstante as inobservâncias de formas o ato atingiu sua finalidade. A então pergunta-se: qual finalidade? Novamente para nós se deve responder que é necessário haver o resguardo não somente à finalidade subjetiva e contingente do autor do ato, mas à finalidade que propunha a lei exigindo aquela formalidade”.

⁵⁵ **CPC. Art. 244.** “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

⁵⁶ **CPC. Art. 154.** “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 205.

possuir legítimo interesse na concreção do ato a que pretende realizar, para que seja reconhecido no ordenamento. Assim como não se admite o recurso de apelação daquele que obtém a total procedência de seu pedido na sentença, no sistema de invalidades, deve haver necessidade e utilidade na invalidação.

O segundo remete à repressão da má-fé processual, impedindo-se que aquele que deu causa ao defeito venha por meio dele se beneficiar, em detrimento do litigante que atua de boa fé. A previsão legislativa está na segunda parte do art. 243 do Código de Processo Civil. Em suma, reproduz a vedação muito conhecida em direito privado de que o malfeitor beneficie-se da própria torpeza.

6.4. Aquiescência

A aquiescência é a concordância da parte com a manutenção do ato defeituoso no processo. Essa espécie de sanação apenas tem relevância nos vícios que gerem anulabilidades. Nos defeitos que produzam real ou potencial prejuízo público não se pode falar em aquiescência. Nas falhas habilitadoras de anulabilidades importará efetivamente como uma renúncia à exceção processual.

A aquiescência demonstra através do comportamento da parte que ela está disposta a sofrer o prejuízo privado que o defeito lhe proporciona. Ora, se o lesado peticiona nos autos afirmando querer suportar a perda, há aquiescência expressa, pelo que se convalida o defeito, impedindo-se a decretação da invalidade. Caso já haja sido pronunciado esse estado, haverá sanação do defeito, desfazendo-se os elementos necessários à invalidação, razão pela qual o magistrado deverá esboroar o estado que constituiu ao culminar as conseqüências da invalidade ao ato defeituoso.

6.5. Preclusão

A preclusão é a extinção da possibilidade de se praticar um ato processual pelo decurso do tempo, pela realização de outro ato incompatível ou pela sua prática anterior. Ela “*abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz*”⁵⁸. Pode-se dizer, em função disso que “*o objeto da preclusão é sempre uma faculdade das partes ou poder do juiz*”⁵⁹.

O artigo 473 do Código de Processo Civil a acolhe expressamente, dispondo ser “*defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão*”. Trata-se de norma que torna viável o andamento do processo, impedindo que sejam formulados incontáveis requerimentos de revisão de julgamentos já proferidos, que tumultuariam o curso procedimental, com procrastinações sem propósitos.

*Cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não é mais dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para frente, rumo à solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má-fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos, nem propiciar vacilações e incertezas do órgão judicial, com referência àquilo que já restou definitivamente decidido nas fases próprias já superadas.*⁶⁰

Como “*o ordenamento jurídico não se adstringe à formulação das regras das atividades processuais, mas regulamenta também a sua sucessão*” origina-se “*uma ordem legal entre as diversas atuações, no escopo de dar-se maior precisão ao processo*”. Disso, por meio da preclusão, “*resulta a consequência de não se poder*

⁵⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 158. p. 59-66, mar-abr. 1955, p. 61.

⁵⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 158. p. 59-66, mar-abr. 1955, p. 62.

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 34, p. 161-184, p. 179.

*exercer determinadas faculdades processuais além dos limites impostos ao seu exercício”*⁶¹.

No sistema de invalidades, a preclusão também tem reflexos, como sobre qualquer outra faculdade ou poder processual. Não é novidade que o art. 245⁶² do Código de Processo Civil brasileiro determina que o requerimento de invalidação dos atos processuais viciados deve ser realizado na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Essa disposição não se aplica aos defeitos de forma que dêem azo a prejuízos públicos. Sabe-se que nesses casos, a possibilidade de cognição *ex officio*, corresponde a uma garantia de boa administração da justiça⁶³.

O art. 471 proibiu o juiz de julgar novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo nas hipóteses de relação jurídica continuativa e de reconsiderações previstas expressamente na lei. O CPC vedou ao juiz *“a reapreciação da mesma matéria, salvo se impugnada, a tempo e modo, pelo recurso próprio. Essa é uma contingência inevitável, própria do exercício da jurisdição, e instituída em benefício da ordem pública”*⁶⁴.

Evidentemente, quando essa vedação, instituída em proveito da ordem pública, puder causar conseqüências gravíssimas ao processo, a preclusão ao juiz não terá lugar. Ademais, há previsão expressa no § 1º do texto referido, dizendo não se aplicar às

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80-81.

⁶² **CPC. Art. 245.** *“A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber falar à parte nos autos, sob pena de preclusão.*

Parágrafo único. *Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deve decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”.*

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 275-290, p. 284-285.

⁶⁴ VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. *O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais*. Revista da Ajuris, n. 40, p. 155-165, p. 156.

nulidades que o juiz tem o *dever* de decretar de ofício.

A preclusão para as partes não incidirá se houver provado legítimo impedimento para alegar ou conhecer a invalidade. A noção de legítimo impedimento deve ser conexa a de justa causa, prevista no parágrafo 1º do art. 183, ou seja, “*o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário*”. Dessa feita, se os autos estavam em carga do advogado da parte contrária, não opera a preclusão, visto que o prejudicado não pôde ter acesso às informações.

7. Considerações Finais.

Muito embora seja a temática bastante controversa e de difícil consenso na doutrina, fazem-se necessários estudos sobre ela cada vez mais freqüentes, para que alimentar o debate e o aprimoramento do processo civil brasileiro. Para que as idéias sejam bem recepcionadas e com albergue científico e dogmático, os debates devem ter fundo teórico bem clarificado.

O objetivo deste ensaio foi apresentar aspectos gerais acerca das invalidades processuais, clareando os planos jurídicos, as sistematizações erigidas até então e os modos de convalidação dos defeitos formais. Espera-se contribuir com algumas críticas a correntes tradicionais e com percepções da temática que promovam as finalidades próprias do processo, conscientes da insuperável harmonia entre a segurança jurídica e a efetividade.

Referências Bibliográficas.

- ARAGÃO, Egas Direceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts. 154-269*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 158. p. 59-66, mar-abr. 1955.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil. v. I*. Buenos Aires: EJEA, 1959.
- DALL'AGNOL JR, Antônio Janyr. *Para um conceito de Irregularidade Processual*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 83-108.
- DALL'AGNOL JR. *Invalidades Processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.
- DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, s/a.
- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. V. I. Processo ordinario di cognizione*. Padova: CEDAM, 1985.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985.
- LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 28, p.7-14, jul. 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. I*. Milano: Giuffrè, 1957.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. t. 3*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil. v. II*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1957.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e Nulidades em Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil*. Revista de Processo, 30, 38-59.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 34, p. 161-184.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 275-290.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. *O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais*. Revista da Ajuris, n. 40, p. 155-165.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.