

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

*Luciano Vitor Engolim Cardoso
Advogado*

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre, doutor e livre-docente pela Universidade de São Paulo, onde é Professor Titular, lecionando Direito Processual Civil nos cursos de bacharelado e pós-graduação. É também Professor da Escola Paulista da Magistratura. Integra o Instituto Brasileiro de Direito Processual, o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e a *International Association of Procedural Law*.

Publicou, por esta Editora, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (3ª ed., 2003) e *Direito e Processo* (4ª ed., 2006).

Heitor Vitor Mendonça Sica
Rua Sampaio Viana, 253, 9º andar
Tel.: (11) 3885-4230

 **MALHEIROS
EDITORES**

 **MALHEIROS
EDITORES**

Capítulo V

NULLIDADES PROCESSUAIS

1. *Ato processual: ato jurídico em sentido estrito.* 2. *Vício do ato processual: peculiaridade.* 3. *Forma desnecessária.* 4. *Necessidade da forma.* 5. *Forma e finalidade.* 6. *Forma e finalidade: ponto de equilíbrio.* 7. *Critério para abrandamento do rigor formal.* 8. *Código de Processo Civil, legalidade e instrumentalidade das formas.* 9. *Validade e eficácia: ausência de prejuízo.* 10. *Natureza do vício e convalidação do ato.* 11. *Nullidades processuais absolutas e cominadas: ainda sobre a convalidação.* 12. *Inexistência material do ato processual.* 13. *Inexistência jurídica do ato processual.* 14. *Vícios da citação.* 15. *Escopo da citação.* 16. *Outras considerações sobre inexistência jurídica e citação.* 17. *Falta de citação e conceito de "processo".* 18. *Réu falecido.* 19. *Garantias constitucionais e nulidades processuais: contraditório e ampla defesa.* 20. *Ausência de contraditório e validade do processo.* 21. *Violação a outras garantias constitucionais: juiz natural, motivação, publicidade e proibição de provas ilícitas.* 22. *Vícios da sentença.* 23. *Nullidades processuais: duas visões distintas.* 24. *Ausência de pre-juízo e jurisprudência.*

1. *Ato processual: ato jurídico em sentido estrito*

Ao interpretar as regras de Direito, inclusive as de natureza processual, não pode o hermenêuta limitar-se à análise dogmática do fenômeno, ignorando que o sistema de direito positivo é inspirado em experiências que o antecedem e visa a atingir determinados fins. Nessa medida, a realidade histórica e o aspecto teleológico devem influir na compreensão do significado das normas.

É preciso cuidado, ainda, para que o resultado da interpretação não represente exclusivamente a valoração axiológica de quem a faz.

Complexo, pois, o processo destinado a descobrir o verdadeiro significado da regra, na medida em que requer equilíbrio e bom senso – qualidades nem sempre presentes em todos os que se incumbem desse mister. É fundamental a consciência de que algo existe

além da regra, devendo o hermenêuta considerar todas essas circunstâncias para determinar o verdadeiro alcance dela.¹

Outro aspecto do ordenamento jurídico também precisa ser ressaltado. O Direito corresponde a regras criadas pelo próprio homem para regular a vida em sociedade, segundo os valores que, em dado momento, são considerados essenciais à convivência humana. A regulação social, aliás, é inseparável da condição humana e se efetiva mediante instrumentos de coerção, destacando-se a sanção institucionalizada, própria das normas jurídicas, que se caracterizam exatamente por sua particular impositividade.²

O Direito é resultado da tipificação de acontecimentos ou condutas e imposição de consequências. Para determinação do nexo entre uma e outra, nem sempre a vontade é considerada elemento fundamental. Às vezes o sistema prescinde dela ou de seu real direcionamento para impor certo efeito.

Já em outras situações, em respeito à autonomia de vontades, a ordem jurídica faculta aos sujeitos da conduta a determinação do resultado. Neste caso, a conformidade do ato jurídico com o sistema depende da coincidência entre o suposto voluntário e a consequência.

Em síntese, os acontecimentos e as condutas são os fatos e atos da vida. Se relevantes para o Direito, qualificam-se como *jurídicos*. Temos, então, a categoria dos *fatos jurídicos* em sentido amplo. Podem ser naturais – fatos jurídicos em sentido estrito – ou dependentes da vontade – atos jurídicos. Se os efeitos produzidos pelos atos constituem resultado direto do querer, estamos diante dos *negócios jurídicos*. Se a vontade, embora essencial à existência do ato, é irre-

1. Calmon de Passos adverte que ignorar dos antecedentes da norma, que servem para orientar a compreensão do que foi institucionalizado, significa “empobrecer o próprio pensamento dogmático, tornando-o algo estéril, formal, desvitalizado”. Mas o comportamento oposto também gera consequências não desejadas, pois superestimar os dados externos e antecedentes à norma “em detrimento do dogmático importará em introduzir o arbítrio no seio jurídico, fragilizando-o no que é a sua própria razão de ser – autolimitação do poder, para legitimar-se, com a consequência de assegurar, no mínimo que seja, a liberdade de quem a esse poder está submetido” (Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*, p. 7).

2. Cf. Calmon de Passos, para quem “Direito é aquilo que os homens socialmente produzem para valer como direito em termos de regulação social” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada...*, pp. 8-9).

levante para determinação das conseqüências, que são previamente estabelecidas pelo legislador, o fenômeno é denominado “ato jurídico *stricto sensu*”.³

Interessam-nos, aqui – porque deles os atos processuais constituem espécie –, os acontecimentos em relação aos quais as conseqüências jurídicas são impostas pelo ordenamento independentemente do conteúdo da vontade que os determinou. Embora imprescindível seja ela manifestada validamente, irrelevante o objetivo perseguido pelo agente, visto que a conseqüência é aquela anteriormente prevista pelo ordenamento.⁴

3. Sobre a classificação dos fatos e atos jurídicos, v., por todos: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., t. II, pp. 183 e ss., e t. III, pp. 3 e ss.; Roque Komatsu, *Da Invalidez no Processo Civil*, pp. 103 e ss.

4. Esta síntese das idéias desenvolvidas com grande profundidade por Calmon de Passos revela-se importantíssima para a compreensão do sistema das nulidades processuais. Como bem observa o ilustre jurista baiano, quanto aos denominados “atos jurídicos em sentido estrito”, exatamente aqueles em que a vontade atua como mero fator determinante da sua existência, não da conseqüência, imposta pelo legislador, o problema da validade ou invalidade deve ser posto nos seguintes termos: “com preponderância da conseqüência em detrimento da adequação ou inadequação do suposto ou da vontade do resultado por parte do agente”. Em seguida o autor desenvolve sua premissa de forma muito clara e objetiva, razão por que peço licença para reproduzir suas palavras: “Há uma esfera do jurídico em que as imputações autorizadas pelo direito objetivo atendem ao que poderemos chamar, para dar-lhes uma denominação, de interesse social, interesse público, interesse geral, interesse indispôñivel etc. Nessa situação, o indivíduo é colocado numa posição de subordinação no que diz respeito à sua vontade e seus interesses. *Nesse campo, o resultado previsto pelo direito objetivo é que deve predominar e ser relevante*. Por isso mesmo, o resultado logrado com a atividade do agente prevalece sobre a adequação ou inadequação do comportamento concreto com determinado comportamento prescrito, e ainda se prescinde da correspondência entre o objetivo por ele conscientemente perseguido e o que resultou de sua atividade. Assim, a atipicidade (inadequação) não basta para desqualificação. Ela é apenas relevante em segundo grau. Primordialmente atende-se ao resultado alcançado na prática. E, ainda quando o ato se tenha consumado por forma atípica, a invalidade inexistente, não é decretável nem reconhecível, em virtude da prevalência que a ordem jurídica empresta ao resultado (conseqüência) por ela previsto. Se foi alcançado, não pode ser descartado sob o fundamento da atipicidade do suposto, colocado, aqui, num segundo plano”. E conclui que “no direito público, bem como no âmbito das normas cogentes, a invalidade é correlacionada à conseqüência antes que ao suposto normativo, falando-se, na espécie, em *fungtibilidade das formas ou dos tipos*. A ordem jurídica válida o comportamento ati-

É bem verdade que também em relação aos negócios os efeitos não são livremente estabelecidos pelas partes, ao menos aqueles naturais. Se alguém pretende vender, este resultado é obtido mediante a prática de determinado ato, cuja conseqüência – a transferência do domínio – encontra-se previamente prevista. No processo ocorre fenômeno semelhante: se a parte deseja o reexame de decisão judicial, interpõe recurso. O efeito pretendido está regulado na lei, e sua verificação depende da observância dos requisitos do ato.⁵

Tais pormenores, todavia, não são relevantes para o objetivo a ser alcançado. O importante é deixar claro que o ato processual produz determinados efeitos, considerados essenciais à validade do

pico, tendo em vista a sua adequada instrumentalidade prática para lograr o fim perseguido. Campo fecundo dessa construção é o processo” (Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., pp. 31-32). Sobre a classificação dos fatos jurídicos, v. também José Maria Tesheiner, *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*, pp. 5-7.

5. Eduardo Talamini segue critério diverso e aparentemente mais preciso para classificar os fatos jurídicos. Segundo o jovem processualista paranaense, *fatos jurídicos em sentido estrito* correspondem aos acontecimentos da Natureza (nascimento, morte), para os quais a ação humana não constitui elemento essencial. O *ato-fato jurídico* é resultado de ato humano, mas as conseqüências jurídicas independem do fim visando pelo agente, que é irrelevante, pois são previamente estabelecidas pela norma. Já os *atos jurídicos em sentido estrito* – entre os quais ele inclui os processuais – teriam como elemento nuclear a declaração de vontade tendente à consecução de efeitos. O legislador estabelece o caminho, regula o instrumento destinado à obtenção de determinados efeitos jurídicos pretendidos pelo agente (cf. Eduardo Talamini, *Coisa Julgada e sua Revisão*, pp. 285-289). Como reconhece o autor, há certa semelhança entre o ato jurídico e o ato-fato. O que os diferencia é exatamente a declaração de vontade, reconhecida como apta à produção de determinados efeitos. Nos denominados “atos-fatos” as conseqüências previstas pelo legislador não levam em conta essa declaração (a compra e venda de imóvel gera efeitos tributários, mas o suporte normativo que os prevê não considera a declaração como elemento nuclear). Os *atos jurídicos* se aproximariam também dos *negócios*, mas deles se distinguem em função de a declaração, nestes últimos, ter aptidão de determinar o conteúdo de alguns efeitos. O que importa, parece-me, é estabelecer que os atos processuais – e, conseqüentemente, a forma como devem ser praticados – são meios para se atingir fins desejados pelo legislador, e não pelas partes, cuja declaração tem o condão apenas de possibilitar que os objetivos sejam alcançados, não de determiná-los. Outras considerações sobre a natureza do ato processual foram desenvolvidas por Ferruccio Auletta, *Nulità e Inesistenza degli Atti Processuale Civile*, pp. 37-57.

processo, sejam eles resultado da vontade, ou não. Na verdade, no ato processual ela cumpre papel residual, pois se resolve nas simples intenção e consciência de cumprir o ato, sendo irrelevante o objetivo de alcançar determinado fim. Aliás, é impotente para determiná-lo, pois ele já se encontra estabelecido na lei.⁶

Relevantes, portanto, são as consequências do ato, não ele em si mesmo. O ato processual bem como a forma pela qual ele se expressa constituem instrumentos de determinados fins, em relação aos quais a declaração de vontade é irrelevante. Por isso, no exame dessa espécie de acontecimento jurídico não deve o intérprete preocupar-se tanto com o verdadeiro intuito da declaração, nem se ela atende às exigências formais de validade. Importa, sim, verificar se os objetivos visados — dos quais o ato é simples meio — foram alcançados.

2. Vício do ato processual: peculiaridade

Considerados, assim, os atos jurídicos em sentido estrito, mais especificamente os atos processuais, e tendo em vista o objeto do estudo, passa-se à consideração dos possíveis vícios capazes de comprometer sua validade e eficácia. Também será objeto de exame a tormentosa questão da própria inexistência do ato processual.

O tema pode ser tratado por vários aspectos. É possível estudar a nulidade e a inexistência em si mesmas, buscando a caracterização de cada uma dessas situações. Outro ângulo de análise da mesma questão é o das consequências causadas pelos vícios do ato processual. Também pode o processualista voltar sua atenção para os meios destinados a atacar o ato contaminado por vício intrínseco ou derivado.⁷

Nesta investigação, muito embora todos esses temas sejam abordados incidentalmente, o objetivo principal é outro. Pretende-se verificar em que circunstâncias pode ser desconsiderado o vício do ato processual, independentemente de eventual nulidade prevista em lei. Tendo em vista a complexidade do fenômeno processual, as

6. Cf. Maria Francesca Chirga, *La Meritevolezza della Tutela Richiesta*, p. 157.

7. Calamandrei, por exemplo, procurou estabelecer relação entre os vícios da sentença e os meios de impugnação (cf. “Vícios de la sentencia y medios de gravamen”, in *Estudios sobre el Proceso Civil*, pp. 421 e ss.).

irregularidades ocorrem a todo instante. Para evitar que elas acabem sempre comprometendo o instrumento, é preciso identificar as situações em que essa consequência revela-se realmente inevitável. Quanto menos nulidades, melhor. A nulidade processual rege-se sempre pela ideia do prejuízo. Estas duas frases representam a síntese da investigação. Tentar-se-á justificá-las.

Em outras palavras, o estudo tem como objeto o campo de incidência do princípio da instrumentalidade das formas, tão invocado quanto mal-utilizado. Para tanto, serão sucintamente abordadas as espécies de nulidades e a inexistência do ato processual, sempre nos limites do estritamente necessário à compreensão do tema central.

Inicia-se pelas nulidades, até porque constituem fenômeno mais comum que a inexistência — cuja relevância, aliás, é contestada por muitos.

Ato processual viciado significa ausência de algum dos requisitos formais exigidos pelo legislador. A lei não regula apenas o aspecto formal do ato, estabelecendo o modo, o tempo e o lugar. Ocupa-se também de seus pressupostos, seu conteúdo e seus efeitos.

A não-observância de qualquer desses requisitos gera consequências, também previstas pelo legislador. De modo geral, os vícios de forma — compreendido o termo em sentido bem amplo — comprometem a validade e a eficácia do ato.

O grande problema enfrentado pelo processualista é identificar e sistematizar todas as consequências decorrentes dessa falha.

A preocupação central deste estudo é procurar abrandá-las para, na medida do possível, serem desconsiderados os vícios formais do processo.

A tentativa requer extremo cuidado, pois se está tratando de aspecto fundamental para os sujeitos da relação processual, que têm na forma a garantia de equilíbrio do contraditório e, principalmente, a segurança contra eventuais arbitrariedades e desmandos do órgão judicial. A atividade jurisdicional — manifestação do poder estatal, cuja função é prevenir ou resolver controvérsias surgidas nas relações jurídicas, efetivando as regras pelas quais os conflitos de interesses são solucionados — encontra no processo a disciplina de sua atuação.⁸

8. Correto afirmar, pois, que o processo é “o meio racional ou o instrumento organizador e disciplinador da atividade pela qual o poder estatal, re-

O problema deve ser tratado, em primeiro lugar, levando-se em conta a natureza do ato processual. Como já visto, constitui ele espécie do ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos são previamente estabelecidos na lei. A vontade atua simplesmente como fator desencadeador do ato, não interferindo em seus efeitos.⁹ São irrelevantes os escopos subjetivos, pois a causa do ato identifica-se com os escopos objetivos do legislador.¹⁰

Nesses casos, eventual desconformidade entre o ato concretamente considerado e o modelo legal nem sempre implicará nulidade,¹¹ pois a atipicidade será irrelevante se, tratando-se de atos para

presentado nas suas instâncias julgadoras, em qualquer dos seus graus, previne, resolve ou, finalmente, efetiva as soluções legais dos múltiplos conflitos que são gerados nas relações da vida humana em sociedade, nas suas intermináveis disputas pelos bens da vida, com maior ou menor quociente de justiça” (Napoleão Nunes Maia Filho, “O modo processual de solucionar os conflitos”, *Revista Dialética de Direito Processual* 10/99).

9. “Non opera per gli atti del processo il requisito della volontà degli effetti — che, nel diritto sostanziale, distingue el negozio dal mero atto giuridico — in quanto tali effetti si esplicano non già perchè siano voluti dall’agente, ma per diretta disposizione di legge, ogni qual volta siano osservate le forme da questa prescritte” (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, p. 416).

10. Cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 417. Como bem pondera Liebman, por “escopo do ato” deve entender-se não a intenção de quem o pratica (subjetivo), mas a função que a lei lhe atribui (objetivo), e que pode ser alcançada apesar do vício de forma (*Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, 5ª ed., p. 247). No mesmo sentido, Fabio Marelli observa o caráter legal — abstrato e objetivo — e não subjetivo do escopo do ato processual. Para determiná-lo é preciso definir a finalidade da norma que prevê e regula o ato, “l’interesse avuto di mira dalla legge nel porre in relazione ad esso una determinata disciplina, in definitiva la ratio stessa della disposizione” (*La Conservazione degli Atti Invalidi nel Processo Civile*, p. 47). Também a idéia de “escopo” aproxima-se da de “causa”, pois ambas constituem a razão de ser do ato. A causa seria a razão de ser examinada no momento estático dele, enquanto o escopo representa seu momento dinâmico: “Se, dunque, la causa appare come ciò che dà una ragione al compimento dell’atto, è con il raggiungimento dello scopo che la stessa causa può dirsi realizzata” (Maria Francesca Ghirga, *La Meritevolezza* ..., p. 162).

11. *Nulidade* do ato processual é, no dizer de Calmon de Passos, a “desqualificação determinada pelo sistema jurídico, no tocante a determinado suposto, por entendê-lo inapto para justificar a imposição da consequência que lhe seria própria, inaptidão essa derivada da atipicidade relevante desse suposto, vista essa relevância em consonância com o enlace que a mesma ordem

os quais o conteúdo da vontade não seja importante, verificar-se a consequência imposta pela norma jurídica. Sempre que a vontade não for preponderante na determinação do resultado do ato, o escopo visado pelo legislador prevalece sobre a forma.¹²

O que importa é o escopo previsto na lei, não o meio pelo qual se tenta alcançá-lo. Por isso, a análise estática do ato, feita para verificação dos requisitos essenciais à sua validade, não pode sobrepor-se à função por ele desempenhada no procedimento. O aspecto finalístico permite não tanto reconhecer os vícios do ato, mas conferir-lhe validade e eficácia em função do escopo atingido.¹³

Nessa medida, como os atos processuais pertencem à categoria dos atos jurídicos em sentido estrito, embora imprescindível a manifestação da vontade para praticá-los, o resultado é previamente imposto pelo legislador, e não determinado pela parte. E é este que importa.¹⁴

jurídica estabelece entre a vontade do sujeito agente e o resultado normativamente previsto” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 38).

12. Por isso, Calmon de Passos conclui: “Quando de atos jurídicos em sentido estrito se trata, opera, decisivamente, a circunstância de que a consequência é imputada ao suposto, diretamente, por prescrição do direito objetivo, prescindindo-se da adequação da vontade do sujeito a esse resultado. Excluído do âmbito da vontade do sujeito é ela, consequência, em si mesma, que assume relevância e a partir dela que se desqualifica o suposto, por consequente se define sua invalidade. Destarte, a inadequação (atipicidade) do suposto, por si só, não acarreta a invalidade do ato se a consequência objetivamente prevista pela norma ocorreu. Teríamos, na espécie, uma atipicidade irrelevante, mera irregularidade, porque a inadequação do suposto não foi suficiente para frustrar a consequência prescrita normativamente na espécie. Houve, poderíamos dizer, inadequação do suposto, mas adequação da consequência. E porque é a consequência o que a ordem jurídica privilegia, descarta-se a desqualificação do suposto. Opera, na espécie, o que se denomina de fungibilidade das formas, ou fungibilidade dos tipos, ou princípio da finalidade da lei ou do prejuízo” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., pp. 38-39).

13. Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Objeto Litigioso e Direito Superveniente no Processo Civil*, p. 163.

14. Como bem observa Calmon de Passos: “Os atos praticados no processo, em sua quase-totalidade, são atos jurídicos em sentido estrito, para os quais se exige a *vontade do ato* sem que se deva cogitar da *vontade do resultado*, por motivo de ser o resultado predeterminado pela norma (o direito objetivo), retirando do agente, no particular, qualquer poder de determinação” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 69).

No âmbito do direito material o legislador seleciona comportamentos humanos cuja regulamentação considera fundamental para o desenvolvimento pacífico da sociedade, conferindo-lhes relevância jurídica. Já, no plano do processo a atividade das partes é predeterminada, porque considerada mais adequada à obtenção do resultado desejado pelo sistema processual-jurisdicional.¹⁵

Existe, pois, um modelo legal a ser seguido sempre que um dos sujeitos do processo pretender a produção de determinado efeito, também previamente estabelecido em lei. A observância das regras sobre o modo como deve manifestar-se a vontade da parte significa conformidade do ato com o padrão abstrato imaginado pelo legislador. Eventual atipicidade configura defeito do ato, que não atende ao modelo.¹⁶

3. *Forma desnecessária*

Sabe-se perfeitamente que há formas completamente inúteis, porque destituídas de qualquer finalidade. Por que exigir reconvenção em determinados casos, e em outros admitir o pedido contestado na própria contestação? Qual a razão de a incompetência relativa ser deduzida em exceção, e não na própria contestação, como a absoluta?¹⁷

15. “Criou-se uma forma de comportamento, predeterminou-se atividade que se teve como adequada para atender às necessidades do Estado-juiz no seu perfil político. O *direito material é, pois, uma ‘qualificação’ de forma de comportamentos. Já o direito processual é a ‘predeterminação’ de uma forma de comportamento*” (Calmon de Passos, *Esboço para uma Teoria das Nulidades Aplicada...*, p. 76).

16. “A lei traça um padrão de procedimento ou conduta a ser observado em cada situação por ela regulada, quando o sujeito queira atingir o efeito jurídico previsto no diploma legal. O ato praticado, concretamente, é típico ou perfeito quando se amolda exatamente ao padrão da lei; é atípico ou defeituoso, quando dele se afasta” (Humberto Theodoro Júnior, “As nulidades no Código de Processo Civil”, *RePro* 30/38).

17. Tanto não há, que a jurisprudência tem desconsiderado o erro de forma neste caso (cf. nota 180 deste capítulo; v. também Theotonio Negão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Viagem*, p. 416, nota 3 ao art. 307). Como bem anota Leonardo Greco, muitas “formas sobreviverem como corpo sem alma que o legislador respeita pela força do hábito, não obstante tenham se modificado inteiramente as necessidade que as

Ao regular a forma do processo, tem o legislador de atentar para esse aspecto. Deve procurar formas simples e não ultrapassar os limites do necessário, sem comprometer a garantia de participação dos sujeitos. O equilíbrio entre tais exigências representa o modelo ideal. Enormes, todavia, são as dificuldades enfrentadas na sua formulação.¹⁸

Há, pois, o fenômeno do formalismo inócuo, sobrevivente de fases superadas do direito processual. A forma representa para o jurista a garantia de legalidade, motivo pelo qual muitas vezes ele não se preocupa em buscar a razão de ser de determinadas exigências, que se revelam destituídas de qualquer objetivo. Daí a subsistência de formas sem sentido, para as quais não se encontra explicação lógica. Estas constituem sério obstáculo à celeridade e à efetividade do processo, pois servem apenas para torná-lo mais complexo. Não contribuem para a consecução de seus objetivos fundamentais.¹⁹

Um dos aspectos verificados na evolução do formalismo processual é exatamente este, denominado pela doutrina de “formas residuais”. São aquelas que resistem à transformação das necessidades, permanecem como corpo sem alma, e cuja manutenção pelo legislador deve-se ao fato de já estarem incorporadas aos costumes da população.

Pior, todavia, é o acontecimento histórico denominado “degeneração da forma”, verificado no procedimento feudal francês e no procedimento germânico. Caracterizava-se no culto à forma sem qualquer razão de ser, mesmo de natureza cultural. A não-observância de qualquer solenidade, mínima que fosse, trazia consequências determinaram” (“As invalidades processuais e a execução”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/7).

18. Cf. Chiovenda, “Le forme nella difesa giudiziale del diritto”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1900-1930), vol. I, p. 356.

19. É o fenômeno que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina, com propriedade, de “fetichismo da forma”, que deve ser abandonado, “eliminando-se as imprestáveis, mantidas tão-somente as que tenham finalidade atual ou sirvam à garantia das partes” (*Do Formalismo no Processo Civil*, 2ª ed., p. 207).

Exatamente com o objetivo de evitar esse fenômeno, Chiovenda já advertia para a necessidade de o estudo sobre formas processuais ter por objeto o exame da origem de cada uma, das razões que as determinaram e dos fatores que acarretaram sua transformação através do tempo (cf. “Le forme...”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*..., vol. I, p. 358).

extremamente graves. Os gestos e as expressões eram fundamentais. O grande problema é que tal situação era mantida no interesse dos próprios juízes.²⁰

Esse formalismo representa verdadeira deturpação do fenômeno, pois desconsidera a razão de ser da exigência formal e despreza solenemente a principal idéia que se encontra à base de todo e qualquer requisito dessa natureza, cuja função é impedir transforme-se o processo em sinônimo de complexidade ritual: a *instrumentalidade da forma*.

Trata-se de princípio fundamental à compreensão do sistema das nulidades, pois impõe seja a forma examinada segundo a função do ato no procedimento. Analisado o problema por esse ângulo, importante verificar a idoneidade da exigência formal – o que se faz mediante a identificação do escopo específico do ato a que ela se refere.

Com tal fundamento chega-se a afirmar, sem qualquer dose de exagero, que as formas devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade – isto é, conferir segurança e objetividade ao procedimento. Ausente essa função, podem ser transgredidas.²¹

20. Segundo Chioevda, “ogni atto dei litiganti dava luogo a diritti ed ogni omissione dava luogo ad ammesse che andavano a beneficio del giudice. Il diritto di render giustizia, ch'era dei più lucrosi, veniva sfruttato in ogni modo” (“Le forme ...”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile* ..., vol. I, pp. 363-364).

21. Cf. Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., vol. I, p. 291. E com fundamento nessa premissa, por exemplo, que se tem abrandado o rigor do art. 525, I, do CPC no que concerne à necessidade de juntadas das procurações outorgadas aos advogados. Se os elementos imprescindíveis à intimação estiverem no instrumento e o ato de comunicação realizar-se, possibilitando a apresentação de resposta, significa não ter a irregularidade formal causado dano ao agravado – motivo pelo qual deve ser relevada, nos termos do art. 249, § 1º, do CPC (cf. TJSP, 1ª C. de Direito Público, EDecl 364.870-5/5-01, São Paulo). Assim também já entendeu o STJ: “A ausência de cópia da procuração outorgada pela agravada no instrumento não deve ensejar o não-conhecimento do recurso quando for possível, por outro meio, identificar o causídico e, então, proceder-se à sua regular intimação – aplicação do princípio da instrumentalidade das formas” (2ª T., REsp 254.267-SP, rela. Min. Eliana Calmon, j. 5.3.2002, DJU 8.4.2002). Outra não é a razão para o afastamento da alegação de nulidade por falta de citação para acompa-

Tal postura implica manifesta rejeição ao positivismo jurídico, em que a força da norma deve prevalecer sobre qualquer valor. Talvez os processualistas, formados segundo as idéias da denominada “fase científica ou conceitual” do direito processual, tenham-se deixado contaminar exageradamente por essa visão, esquecendo-se de indagar a razão de ser das regras sobre forma e técnica.²²

Aliás, o rigor formal exagerado – fruto não apenas da lei, mas também da jurisprudência – cria verdadeiras desigualdades no relacionamento entre as partes, em flagrante oposição a um dos mais importantes postulados do devido processo legal. A exigência de regras disciplinadoras do instrumento é incontestável. Mas o problema não pode ser examinado apenas pelo ângulo formal. É necessário concebê-lo substancialmente – para o quê é imprescindível a idéia de *fim*. A forma, em si mesma, pode se transformar em instrumento de injustiça substancial.²³

nhamento da audiência de justificação, embora exista exigência expressa na lei (CPC, art. 928). Considerou-se inexistente prejuízo, visto que o réu se limitaria a presenciar a audiência, sem possibilidade de trazer elementos de controvérsia aos autos ou manifestar-se sobre a prova do autor (1ª TACSP, AI 1.096.029-7, São Paulo, rel. Juiz Itamar Gaimo, j. 20.8.2002, v.u.).

22. Dinamarco também repudia o positivismo e não aceita o predomínio absoluto da norma, criticando o apego exagerado às técnicas processuais: “Empolgado pelo fulgor das doutrinas desenvolvidas no período autonomista da ciência processual, pela sofisticada trama de conceitos e estruturas que se aprimoraram ao longo de um século e (talvez sobretudo) pela suprema revelação de princípios que as Constituições políticas vão assegurando, somos levados a ver no Direito posto o caminho único e inalterável para a plena realização da justiça. Temos a impressão de que o juiz seja um escravo da lei, *porque lei é não porque justa*” (*A Nova Era do Processo Civil*, 1ª ed., 2ª tir., p. 12).

23. Cf. Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, “O formalismo e a instrumentalidade do processo – Questões relativas à instrução do agravo de instrumento”, *Revista Dialética de Direito Processual* 2/32-33. A advertência de Moniz de Aragão vem a calhar. Ao tratar das causas da morosidade do processo, conclui: “A equação do problema, sem o quê será impossível sequer tentar solucioná-lo, passa, no mínimo e necessariamente, pela revisão do procedimento judicial, a fim de simplificá-lo, o que somente será alcançado com a abolição de todo formalismo desnecessário e de toda burocracia dispensável. O que disse Roscoe Pound a propósito da *common law* também é possível dizer do processo civil brasileiro: o procedimento judicial é arcaico, urge modernizá-lo, adequá-lo ao progresso da Ciência, compatibilizá-lo com as exigências da sociedade em que vivemos” (Moniz de Aragão, “Procedimento: formalismo e burocracia”, *RF* 358/54).

4. Necessidade da forma

Não se pretende pregar, aqui, o abandono da forma. Ela não deve ser desprezada, pois constitui fator de segurança para o processo, contribuindo decisivamente para a justiça da decisão. Sua observância, na grande maioria dos casos, garante a igualdade das partes e a efetividade do contraditório, impedindo seja o procedimento conduzido de forma arbitrária, em prejuízo a uma delas.

Assegura, também, a finalidade do ato. É meio destinado a assegurar um fim, criando condições para tanto. Por esta razão, só se cogia da anulação de ato processual se o fim não for atingido. Esta é a essência do princípio da instrumentalidade, no qual está fundado todo o sistema das nulidades processuais. A forma do ato prevista em lei não se destina à realização de um fim próprio e autônomo, mas é exigida por ser considerada o meio mais idôneo para atingir-se certo resultado. E este é o único objetivo pretendido pelo legislador ao exigir forma para o ato processual.²⁴

A forma não tem por objetivo tutelar valores intrínsecos do ato processual. Aliás, tanto quanto o processo, os atos que o integram

24. Cf. Roberto Poli, "Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza", *Rivista di Diritto Processuale* 2/450. Dai a observação de Humberto Theodoro Júnior em apoio à lição de Liebman sobre a importância fundamental exercida pelo princípio da instrumentalidade das formas na correta compreensão do sistema das nulidades: "No julgar a validade ou invalidade de um ato processual, se deve atender, mais que à observância das formas, ao fato de haver ou não o ato atingido a sua finalidade". E conclui o eminente professor ser o princípio da instrumentalidade das formas "o mais importante dos fundamentos da atual concepção de processo, em matéria de nulidades" (Humberto Theodoro Júnior, "As nulidades ...", *RevPro* 30/44). Esta conclusão deve ser admitida em caráter absoluto, por ser o fim o maior valor a ser considerado na avaliação do ato processual viciado. Também está corretíssima a adesão de Humberto Theodoro Júnior à afirmação de Couture sobre a inexistência de nulidade de forma se não houver transcendência de Couture as garantias de defesa em juízo (idem, p. 45) — quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. A idéia de *transcendência* está ligada à existência de prejuízo e de interesse jurídico na declaração de nulidade — ou seja, ela só deve ser declarada se houver um fim que a transcenda (cf. Alberto Luis Maurino, *Nulidades Processuais*, p. 45). Insisto apenas na ampliação desta visão instrumentalista das formas, para estendê-la a todo e qualquer tipo de irregularidade verificada no plano processual. Não deve ela ficar restrita a determinado ato do procedimento, devendo ser aplicada ao processo como um todo.

encontram explicação nos fins a serem alcançados. Cada um deles visa a determinado escopo, e todos, reunidos no procedimento, estão voltados aos objetivos do processo. Por isso, o valor preponderante é sempre externo ao ato. A forma exigida pelo legislador constitui mero meio. O que importa, na verdade, são os fins de cada ato e o escopo final do processo.²⁵

É preciso encontrar o meio-termo entre a abolição da forma — solução absolutamente repelida — e o formalismo ilimitado. A harmonia entre esses dois extremos é alcançada mediante regulamentação e interpretação equilibradas do sistema das nulidades processuais. Para tanto, necessário compreender a forma não apenas na sua manifestação externa, mas principalmente nas razões que a determinaram. Aqui se encontra o campo de atuação dos princípios do *prejuízo* e da *finalidade*, também representados pela idéia de *instrumentalidade das formas*.²⁶

Não é outra a razão por que a determinação do escopo de cada ato processual constitui a principal etapa do processo hermenêutico, especialmente no tocante ao sistema das nulidades. Além dos requisitos formais, sem os quais o ato é considerado nulo pelo próprio legislador, é preciso identificar também aqueles indispensáveis a que ele alcance seu escopo.

25. Esta é a razão da insistência na afirmação, pois é preciso mudar radicalmente a cultura de todos os que se valem do processo, especialmente os processualistas: "As formas não têm um valor intrínseco próprio, mas são meios para atingir-se o escopo, o fim de cada ato. Isso é o que importa. Atingido o objetivo, ainda que se tenham afastado o ato ou termo do modelo geral, válidos serão considerados" (Roque Komatsu, *Da Invalidade* ..., p. 133).

Sobre a necessidade de identificação dos fins pretendidos com a exigência de forma em cada um dos atos do processo, cf. Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, "O formalismo e a instrumentalidade do processo — ...", *Revista Dialética de Direito Processual* 2/31. Para eles, "exigir a observância da forma mesmo nas circunstâncias nas quais isso não atingirá o fim buscado (meio inapto), quando o fim puder ser atingido independentemente da formalidade (meio desnecessário), ou ainda quando os ônus oriundos da exigência da formalidade forem muito superiores aos bônus advindos de sua observância (desproporcional em sentido estrito), implica, em verdade, despreocupação com a importância prática das formalidades. Decorre ou de arbitrio ou de falta de razoabilidade, e, em todo caso, é inválida a exigência por falta de proporcionalidade" (idem, *ibidem*).

26. Cf. Humberto Theodoro Júnior, "O princípio da fungibilidade recursal", *Informativo Incurjur* 57/4.

5. *Forma e finalidade*

Se o ato preenche todos os requisitos formais exigidos para sua validade o problema do escopo não se coloca, ao menos em princípio. Pressupõe-se que a mera observância dos requisitos legais é suficiente para assegurar a finalidade. Indagações a respeito do fim somente surgem diante de atos atípicos, isto é, daqueles praticados em desconformidade com o modelo legal. Diante deste fenômeno, é preciso verificar se a atipicidade é, ou não, relevante — o que se faz mediante a descoberta dos escopos do ato formalmente imperfeito.

Embora esse raciocínio possa aparentar rigor excessivo, a exata compreensão dele permite, por outro lado, seja ignorada a falta de qualquer requisito formal ou substancial se não houver prejuízo aos objetivos visados pelo ato.²⁷ Como já afirmou prestigiado processualista italiano, ao examinar a legislação de seu país a respeito da nulidade por defeito de forma, o escopo constitui o metro a ser utilizado na verificação da validade ou invalidade do ato processual.²⁸

Para tanto, é necessário controlar concretamente se o resultado desejado pelo legislador com a regulamentação do ato ocorreu. Se afirmativa a conclusão, verifica-se na prática a substituição do requisito faltante pelo fim, sanando-se o defeito. Nesse momento ganha importância o papel do intérprete, pois cabe a ele determinar

27. Aldo Attardi chama a atenção para a importância em determinar o escopo do ato processual, para o que a vontade das partes é normalmente irrelevante, como já ressaltado no início deste capítulo. O fim está relacionado à função dele no procedimento. Deve ser visto, pois, em sentido objetivo: “In particolare, con riguardo al rilievo che l’atto medesimo ha nel procedimento nel quale è inserito, e va stabilito in relazione sia all’atto viziato, sia all’attività che l’atto stesso è volto a provocare” (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 405).

Também Carlo Fumo destaca que o escopo do ato é exclusivamente aquele legal, ou seja, resultante da vontade do legislador, e não aquele que a parte possa haver desejado (cf. “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”, *Studi in Onore di Enrico Redenti*, vol. I, p. 417).

28. A observação é de Proto Pisani: “Dal 2º e 3º comma dell’art. 156 emerge quindi, al massimo della chiarezza, che lo scopo è il metro ultimo sulla cui base valutare la validità o invalidità degli atti processuali per difetto di requisiti di forma/contenuto” (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., p. 233; cf. também *Il Foro Italiano*, 1992, pp. 1.720 e ss.). No mesmo sentido: Beatrice Gambineri, *Garanzia e Processo*, vol. II, pp. 514-515.

abstratamente a situação desejada pela lei como escopo do ato e comparar com a realidade concreta decorrente do ato imperfeito. Desse confronto depende a relevância, ou não, do vício, pois se as duas situações (abstrata e concreta) se equivalerem não há nulidade. Caso contrário a violação à regra legal acarreta consequências para a validade do ato processual.

A grande dificuldade reside exatamente na inexistência de previsão legal dessa situação abstrata (*fattispecie*), competindo ao hermenêuta descobri-la. As fórmulas legais são extremamente flexíveis, pois utilizam termos abertos, de conteúdo juridicamente indefinido, como “finalidade essencial” (art. 154), “alcançar a finalidade” (art. 244), “não prejudicar a parte” (art. 249, § 1º), “prejuízo à defesa” (art. 250, parágrafo único).

Dai a grande importância do papel conferido ao intérprete nesta sede, cabendo-lhe a construção do sistema das nulidades processuais — para o que ele não pode prescindir de princípios consagrados pela ciência processual moderna e pertinentes ao tema: *contraditório*, *instrumentalidade das formas*, *ausência de prejuízo e economia processual*. Aliás, se o próprio legislador adotou regras inspiradas nestes, não podemos ignorá-los na busca da vontade da lei.²⁹

A citação com hora certa, por exemplo, deve ser precedida de três diligências realizadas pelo oficial de justiça no domicílio ou residência do réu, cuja ausência leva à suspeita de ocultação. O requisito exigido pela lei, de forma expressa, são as três diligências. Mas, como a razão de ser desse requisito é justificar a suspeita, não pode o auxiliar procurar o réu sempre na mesma hora ou quando ele provavelmente estiver trabalhando. A esta conclusão somente se chega se, além do que está escrito no dispositivo legal, investigar-se a razão de ser dele.

29. Na determinação da *fattispecie* correspondente ao escopo do ato, importante atentar para a observação de Fabio Marelli em relação ao art. 156 do Código italiano, que também considera o *escopo* como sanatório do ato irregular: “Questa valutazione riguarda esclusivamente aspetti ‘dinamici’ relativi al prodursi di situazioni successive di avanzamento del processo. Da questa valutazione dipende la stessa definizione di una *fattispecie* che realizza gli ‘scopi’, ma anche il raffronto in termini di ‘equivalenza’ tra questa *fattispecie* e la situazione prevista dalla legge non potrebbe compiersi ‘staticamente’, senza riferirsi all’inserimento dell’atto imperfetto nello svolgimento del processo” (*La Conservazione degli Atti ...*, p. 75).

Se o réu comparecer, todavia, qualquer vício do ato citatório torna-se irrelevante.³⁰ Cada um dos atos que integram a cadeia do procedimento visa a possibilitar o exercício, pelos demais sujeitos do processo, de seus poderes, deveres, ônus ou faculdades. Se o vício não impediu nem comprometeu esse fim, verifica-se a convalidação objetiva, ou seja, independentemente de manifestação do sujeito interessado.³¹

Na interpretação da forma em sentido estrito prevalece, portanto, a idéia finalista—o que significa ser inadmissível desconsiderar um ato viciado se o objetivo for alcançado sem ofensa a princípios, interesses e valores dignos de proteção. A não-observância da forma deve ser sempre considerada em função do escopo do ato, não pelo descumprimento da regra em si mesma.³²

6. Forma e finalidade: ponto de equilíbrio

A questão das nulidades processuais deve ser resolvida levando-se em conta dois dados fundamentais.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que as regras sobre forma dos atos do processo são estabelecidas porque essenciais — ao menos no entender do legislador — a que a finalidade seja atingida. Além disso, destinam-se à proteção do interesse das próprias partes,

30. Aldo Attardi pondera que o escopo do ato pode limitar-se a permitir a prática do subsequente ou assegurar determinado conteúdo deste último. Formula exemplos, à luz da legislação italiana: sem necessidade de qualquer disciplina legal, a citação será nula se dela não constar a data da audiência, salvo se o réu comparecer, tornando possível a realização deste ato. Já a designação de prazo inferior ao previsto em lei somente pode ser ignorada se o réu, apesar do vício, exercer plenamente o direito de defesa (*Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 405). O que há de comum nos dois casos é que, tendo em vista a *ratio* das exigências legais, em ambos o escopo da citação foi alcançado.

31. Trata-se da *sanatoria per convalidazione oggettiva*, pois só há nulidade do ato processual por defeito “di forma/contenuto in quanto il singolo vizio non ha consentito alla controparte (alle parti o al giudice, a seconda che si tratti di atti di parte o del giudice) di esercitare il potere processuale — di compiere gli atti del procedimento — che la norma processuale attribuisce loro nel segmento di procedimento che segue il compimento del singolo atto di cui si tratta” (Proto Pisani, *Lezioni* ..., 3ª ed., p. 233; v. também pp. 235-236).

32. É a doutrina alemã das *formas finalísticas* e não *eficáciais*, a que se reporta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 200).

pois garantem a segurança e a idoneidade do instrumento, tomando-o apto à obtenção do resultado justo.

Mas não se pode perder de vista também o dano resultante da invalidação de ato do procedimento, principalmente porque em regra são contaminados outros que o sucedem — o que acaba comprometendo todo o processo e, de forma indireta, o próprio direito substancial.³³

Necessário levar em conta, todavia, dois aspectos da técnica e dos requisitos exigidos para regularidade do procedimento e dos atos que o integram.

O primeiro diz respeito ao possível equívoco do próprio legislador no que se refere à previsão do modelo a ser adotado para determinado ato processual (v. n. 4).

Mas não é só. Já se disse que o equilíbrio entre o formalismo extremo e a liberdade formal absoluta está na legalidade da forma, temperada pelo princípio da adaptabilidade, ao qual pode ser acrescentado o da economia processual. Isso leva, em outras palavras, à simplificação da forma, com a consequente eliminação do formalismo inútil e a valorização da finalidade.

Esta é a base do raciocínio instrumentalista, segundo o qual pressupõe-se seja a disciplina legal do ato processual a mais adequada e idônea ao fim pretendido. E a observância dela é exigida apenas na medida em que se revele realmente necessária a que o escopo seja alcançado. A idéia fundamental é, pois, a relação de adequação entre a forma e o fim.³⁴

33. Para evitar o formalismo exagerado, verdadeira deformação, Liebman aponta o princípio da instrumentalidade da forma adotado na lei italiana, “che subordina l’invalidità di un atto processuale non alla semplice inosservanza della forma, meccanicamente rilevata, ma al rapporto — accertato caso per caso — tra il vizio e lo scopo dell’atto e sancendo la nullità soltanto quando l’atto, per effetto del vizio, non abbia potuto conseguire il suo scopo, in modo da salvare quel che fu fatto nella misura massima consentita dalle esigenze tecniche del processo” (*Manuale* ..., *Principi*, 5ª ed., p. 246).

34. Cf.: Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 418; Carlo Furno, “Nullità e rinnovazione ...”, in *Studi* ..., vol. I, p. 423. Já há muito tempo se afirmava que: “Pelo que vem de ser exposto, conclui-se que, sempre que se tem de decidir sobre a validade ou nulidade de um ato processual, deve-se indagar, precisamente, se o fim que a lei processual tem em vista, com a prática do dito ato, foi ou não atingido. Se foi atingido, não ocorrerá nulidade, embora não

7. Critério para abrandamento do rigor formal

Pelas idéias até agora desenvolvidas, já há condições de estabelecer conclusão quanto à possibilidade de a atipicidade do ato processual ser ignorada. Admite-se a existência de formas estereis, sem razão de ser, visto que desprendidas de um objetivo maior. Estas devem ser desconsideradas, pois o desrespeito a elas não gera qualquer consequência. Se a forma não tem explicação teleológica, é destituída de fundamento. Exigir seu cumprimento significa render-se a exigências injustificáveis — o que não se coaduna com a visão moderna de processo.³⁵

tenham sido praticadas todas as formalidades exigidas, pela lei, para a validade do ato, porque este vale não pelos seus meios, mas, sim, pelos seus fins” (Inocêncio Borges da Rosa, *Nulidades do Processo*, pp. 49-50).

Também Tito Prates da Fonseca tinha plena consciência da razão de ser da forma, motivo por que concluiu pela necessidade de perquirir sempre a finalidade da regra que a impõe. Embora tenha proposto a aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* às nulidades absolutas, limitou indevidamente a desconsideração do vício às não cominadas pela lei (cf. *As Nulidades em Face do Código de Processo Civil*, pp. 149-152).

35. Assiste razão a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que invoca a doutrina alemã: “A forma sem sentido não precisa ser observada, já que a lei não pode reclamar nada inexigível e o bom direito deve o menos possível sucumbir à inabilidade das partes ou de seus representantes. Uma bagatela deve fazer sucumbir o menos possível a tutela jurídica” (*Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 200). Nesse mesmo sentido tem decidido a Corte Constitucional italiana, que ignorou, por exemplo, regra sobre preclusão do direito de regularizar ato de interposição de recurso, por não considerar razoável a exigência — mesmo por que a falha sequer fora apontada pela parte contrária, cujos interesses não foram ofendidos. Nesse caso, a vedação ao exame do recurso representa mera sanção, sem motivo a justificá-la. Concluiu-se que: “In definitiva, la Corte ritiene legittimo il dubbio di costituzionalità della norma denunciata in quanto essa, imponendo un termine perentorio a pena di improcedibilità del ricorso, per un adempimento che, a differenza di altri indicati nella norma stessa, non ammette equipollenti di sorta, impedisce alle parti di compiere attività di regolizzazione ed alla Cassazione di applicare l’art. 182 c.p.c., con la conseguenza, non sorretta da apprezzabili ragioni, di privilegiare una finalità puramente sanzionatoria, rispetto alla tutela sostanziale dei diritti controversi, e di creare ingiustificata disparità di trattamento rispetto a situazione analoghe ed ai gradi anteriori di giudizio” (*Il Foro Italiano*, 1992, pp. 1.736-1.737).

No mesmo sentido, ressaltando a necessidade de as prescrições formais serem interpretadas pelo ângulo funcional, não meramente sancionatório — o que permite estabelecer nexos entre forma e fim, bem como considerar irrele-

Em relação a elas fala-se em “violações toleráveis” ou até “necessárias”, visto que o cumprimento dessas regras acaba constituindo óbice aos objetivos visados pelo processo.³⁶ O juiz tem de ter consciência de que acima da simples forma está a garantia constitucional ao processo justo. É-lhe lícito indagar se, em razão das peculiaridades do caso concreto, o descumprimento de exigências formais constituiu real obstáculo a que os fins do instrumento sejam alcançados. O que não se pode admitir é que o rigor formal injustificado acabe produzindo injustiça no plano material, sem qualquer benefício aos valores superiores do processo. Esse verdadeiro paradoxo deve ser evitado mediante interpretação teleológica das regras sobre forma do ato processual.³⁷

Além disso, mesmo a não-observância daquelas exigências formais plenamente justificáveis pode tornar-se irrelevante se não houver prejuízo ao fim visado pelo legislador.³⁸ *Prejuízo* está in-

vante a não-observância daquela se este for atingido —, cf. Roberto Poli, “Sulla sanabilità ...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2/450 e ss. Aponta o autor várias decisões da Corte Constitucional considerando irrelevante a não-observância da forma, inclusive quanto a prazos, porque, nos casos examinados, não se verificara prejuízo aos fins pretendidos pelo legislador processual.

36. “Assim é que, quando a lei, pelas suas complicações, pelas suas formalidades desnecessárias, complexas, rigorosas, onerosas ou excessivas, contraria os requisitos processuais, não é de estranhar que seja violada, sem prejuízo do fim colimado, sendo, em tais casos, as violações da lei processual toleráveis, não tendo, portanto, cabimento algum a aplicação de uma sanção” (Inocêncio Borges da Rosa, *Nulidades do Processo*, pp. 75-76).

37. Cf. Augusto M. Morello, *El Proceso Justo*, pp. 182-183. Para Pedro J. Bertolino o formalismo excessivo configura verdadeiro abuso de direito, pois todo uso inadequado é, por si só, uma forma de abuso: “En efecto, el ‘exceso ritual’ implica un uso irregular de las formas, en el sentido de no adecuación a la finalidad para la que se han establecido. Esa irregularidad, lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia, importa un *daño* para la Justicia. Ejercicio antifuncional u daño configuran pues, a la par, el fenómeno ritualista. La adscripción conceptual al abuso del derecho surge así, y a nuestro juicio, como básicamente apropiada” (*El Exceso Ritual Manifiesto*, p. 42).

38. Para Leonardo Greco “o regime moderno das invalidades deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a preservação das formas, como garantia do devido processo legal, e a liberdade das formas, como pressuposto da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional” (“As invalidades ...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/8).

timamente relacionado com interesse na realização do objetivo processual, seja ele imediato, do ato em si, seja do próprio processo.³⁹

Daí por que, muito embora a forma do ato processual seja fator de garantia para as próprias partes, o apego exagerado a ela também constitui óbice à consecução dos objetivos do processo. O sistema da liberdade das formas, se bem compreendido e aplicado, é o mais adequado à natureza instrumental do método estatal de solução de controvérsias.⁴⁰

Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.⁴¹

39. Cf. Humberto Theodoro Júnior, "As nulidades...", *RePro* 30/46.

40. Cândido Dinamarco não aceita o sistema da estrita legalidade dos atos do processo, por não atender aos objetivos do instrumento: "A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes, é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é empecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins" (*A Instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., p. 155). Este entendimento ganhou a adesão expressa de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, por seu turno, também combate a absoluta informalização, "pois o processo não pode prescindir de um mínimo de organização". Informa o autor que experiências de processo sem regras previamente determinadas, realizadas pelo Império Alemão e pela Itália nos séculos XVI e XVII, não deram certo. Da notícia, todavia, da adoção, pelo Cantão Suíço da Turgóvia, de procedimento cujas regras são ditadas pelo juiz, o que indicaria alto grau de confiança dos cidadãos no Judiciário (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 109-110). Roque Komatsu aponta a ZPO alemã, de 1877, com as modificações verificadas em 1935, como filiada ao sistema judicial, segundo o qual o tribunal tem ampla liberdade para decretar, ou não, a nulidade, inexistindo qualquer dispositivo impondo a ele a anulação do ato (cf. *Da Invalidade* ..., pp. 77-79).

Sobre a origem do princípio da legalidade e sua inclusão no rol das garantias constitucionais, cf. Ferruccio Auletta (*Nulità e Inesistenza* ..., pp. 80-122), para quem é constitucionalmente necessário "che la fattispecie dell'atto processuale sia espressamente prevista da una legge entrata in vigore prima della sua formazione" (p. 122).

41. Oportuna, mais uma vez, a lição de Dinamarco: "A ampla liberdade formal, estabelecida lá (na Lei dos Juizados Especiais) e defendida aqui, não

Entre o rigor formal exagerado e a absoluta liberdade das formas, é preciso encontrar o meio-termo. A forma atende à exigência de legalidade do procedimento e está ligada à idéia de devido processo legal. A prévia regulamentação da atividade das partes e do juiz atende ao interesse geral, pois não apenas garante o equilíbrio do contraditório e o tratamento isonômico entre os sujeitos parciais, como assegura a imparcialidade do juiz e confere transparência à atividade desenvolvida no processo.

Mas o rigor formal deve ser observado na medida do estritamente necessário a que esses objetivos sejam alcançados, tornando o processo instrumento equo e justo de solução de controvérsias. Não pode transformar-se em obsessão. A simplificação da forma contribui para a celeridade e atende ao princípio da economia processual. O procedimento não deve conter formalidades exageradas e desnecessárias, mas também não há como simplificar de forma genérica os atos, a ponto de comprometer a segurança e a certeza.⁴²

Por isso, deve a legalidade da forma ser abrangida por algumas idéias próprias do princípio da liberdade, no sentido de possibilitar ao juiz adequar a forma às necessidades e especificidades da situação concreta.

Esse poder, evidentemente, não pode ser ilimitado e deve ser submetido ao controle das partes, que podem insurgir-se, mediante recursos, se a atividade judicial violar aqueles valores assegurados pelo formalismo legal.

é ilimitada, nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para inolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização" (*A Instrumentalidade* ..., 11ª ed., p. 156 — esclarecemos nos parêntesis).

Acrecenta-se ser possível e desejável, sem sacrifício aos princípios maiores do sistema processual, abandonar dogmas ligados ao formalismo, que tanto atrapalham os fins do processo. Para exame dos demais sistemas a respeito das formas e das nulidades por não observância delas — todos superados, porque consideram o ato em si mesmo, sem preocupar-se com sua finalidade —, cf. Moacyr Amaral Santos ("Nulidades processuais", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 55, pp. 164-165), que conclui serem eles privados de autonomia, pois são meios que se destinam a um fim. Na verdade, são meios dotados de forma.

42. Cf. Moacyr Amaral Santos, "Nulidades processuais", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 55, pp. 163 e 166.

Em síntese, é preciso evitar o exagero na aplicação das regras sobre forma do ato processual.⁴³ Em sede de nulidades deve o processualista estar sempre atento para duas realidades: a *forma inútil* e a *atipicidade irrelevante*, pela consecução do escopo. Identificá-las nem sempre é fácil, mas é fundamental à efetividade do processo.

8. Código de Processo Civil, legalidade e instrumentalidade das formas

Admitida a visão teleológica da forma – segundo a qual ela está relacionada diretamente à sua causa final –, mister tratar o sistema legal das nulidades processuais à luz desta premissa.

43. Comoglio apresenta os motivos pelos quais é necessário encontrar o equilíbrio entre os dois sistemas. Segundo ele, o formalismo exagerado significa ver na forma um fim em si mesmo, o que não é compatível com os fins sociais e com os princípios constitucionais do processo. O culto à forma vai de encontro à idéia de justiça substancial, pois acaba por levar à denegação da tutela jurisdicional apenas por razões formais. Nesta sede as regras devem ser interpretadas em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – o que impõe sejam elas aplicadas sempre com vistas à finalidade de garantir determinados valores, sem acarretar nulidades desnecessárias. Ao mesmo tempo, não é de ser admitido o excesso de liberdade formal, pois a discricionariedade incontrolada do juiz é incompatível com a imparcialidade e a objetividade da função jurisdicional. Ao final, prega o processualista italiano a adoção do princípio da adaptabilidade das formas: “Perciò, ferma restando la garanzia di legalità, offerta dalle forme processuali precostituite, la sola via praticabile sembra condurre al c.d. principio di adattabilità (o di elasticità), in forza del quale sia consentito alle parti ed al giudice di temperare, quando occorra, il rigore delle forme, attraverso scelte strumentali capaci di adattarne lo svolgimento alle circostanze concrete, nel nome dell'*equità processuale*” (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 417). Esse equilíbrio depende fundamentalmente da distinção entre *formalidade supérflua*, cujo abandono ninguém contesta, e aquelas necessárias ao devido processo legal, das quais ninguém ousaria abrir mão, sob pena de sacrificar um dos valores assegurados pelo processo: a segurança (cf. Calmon de Passos, “A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos”, *Informativo Incijur* 50/8).

A respeito da conciliação entre a liberdade e a legalidade das formas, v. também Guilherme Freire de Barros Teixeira (*O Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*, pp. 38-45), que conclui pela imprescindibilidade da regulamentação legal do ato, pois a forma garante o contraditório e possibilita o controle dos atos processuais, residindo o problema na maneira como as regras formais são flexibilizadas e nas consequências da não-observância do modelo.

Não obstante os atos do processo em sua grande maioria estejam previamente regulados pelo legislador – que estabelece requisitos a serem observados, levando a doutrina a admitir a adoção, pelo Código de Processo Civil, do sistema da legalidade das formas –, a questão comporta solução menos radical.

Reconhece-se ser a opção pela legalidade preferível à total liberdade formal e ainda à forma judicial, esta também denominada “regulação judicial”.⁴⁴ Mas é fundamental que o próprio sistema preveja mecanismos de flexibilização, para não tornar o processo sinônimo de formalismo inócuo. É o que se denomina de “temperamentos”, representados pelos princípios da instrumentalidade, da ausência de prejuízo e da economia.⁴⁵

O que importa, pois, é o resultado do ato, sendo a forma instrumento destinado a alcançá-lo. Sua atipicidade – isto é, a não-correspondência entre o que ocorre concretamente e o modelo legal abstrato – passa a ser fenômeno irrelevante se, não obstante isso, o resultado se verificar. A instrumentalidade da forma é mero reflexo interno da visão instrumentalista do próprio processo.⁴⁶

44. Sobre as características de cada um desses sistemas, v. Roque Komatsu, *Da Invalidez* ..., pp. 134-135. Como bem observa o ilustre professor, o sistema da liberdade das formas tem, hoje, significado puramente histórico. E o sistema da legalidade é, hoje, informado pelo princípio da instrumentalidade.

45. Roque Komatsu apóia o sistema da legalidade, mas reconhece a importância dos temperamentos (*Da Invalidez* ..., p. 132). É a leitura feita pela doutrina italiana do art. 156 do CPC (cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 442). Embora prepondera no processo moderno o sistema da legalidade, desde que “no se recaiga em un ritualismo estéril, por la degeneración del formalismo en formalismo” (Roberto O. Berizonce, “Las formas de los actos procesales: sistemas”, in Roberto O. Berizonce e outros, *Estudios de Nulidades Procesales*, p. 29).

46. Cf. Bedaque, “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, *RePro* 60/54 e ss. Para Calmon de Passos a tipicidade do ato tem a finalidade de assegurar a tutela da liberdade. Instrumentaliza-se, pois é meio para alcançar um fim. Isso não significa admitir – continua o autor – a instrumentalidade do processo, “algo de todo inaceitável e pernicioso” (Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 110). Essa aversão do eminente Mestre à idéia de instrumentalidade do processo é recente. Na 1ª edição dos *Comentários ao Código de Processo Civil* escreveu ele: “O direito material é conduta humana juridicamente qualificada. Em termos mais claros, talvez: o direito material não é predeterminação de conduta, sim a qualificação de algumas dentre as muitas alternativas de comportamento humano existentes ou pos-

Estas idéias devem nortear a compreensão dos arts. 154, 244, 249 e 250 do CPC.⁴⁷

síveis; ele predetermina seqüências. Com o direito processual ocorre justamente o oposto. Conjunto de normas editadas para serem coativamente cumpridas, é o direito, nesse particular, em tudo e por tudo idêntico ao direito material. Mas, dada sua natureza instrumental (isto é, direito que apenas incide quando ocorre a não-aplicação da norma de direito material, por quem obriga do ao dever-ser nela contido, por conseguinte direito a serviço da efetividade do direito material, tornando efetiva a nota de coercibilidade que lhe é inerente), o direito processual (...)” (p. 400).

Embora não seja oportuno aprofundar a discussão, parece que a discordância do grande processualista refere-se não tanto ao método instrumentalista em si, mas à terminologia utilizada para designar o fenômeno, que, em seu entender, acaba comprometendo a idéia de processo. Talvez inexista essa inadequação apontada pelo professor e recentemente reiterada (cf. também seu “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, *Revista de Direito Processual Civil* 18/723 e ss.). Do ponto de vista filosófico, *instrumentalismo* constitui variação do pragmatismo e se caracteriza pela admissão de que toda teoria é instrumento para a ação e para a transformação da experiência. *Instrumento*, por sua vez, pode ser também entendido como recurso empregado para se alcançar um objetivo, conseguir um resultado (cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., p. 772). *Instrumentalidade*, portanto, indica essa característica do processo, ou seja, meio destinado à atuação do Direito, à reintegração do ordenamento, à observância prática do Direito. Isso porque é *necessário* que o direito material seja cumprido. Admitir essas premissas não implica dissociar o produto do processo de sua produção. Considerar o processo como instrumento não significa equiparar-lo a utensílio ou ferramenta. Esta é a razão, por que sempre se destaca o caráter ético deste instrumento, para combater suposta neutralidade técnica a ele inerente. Embora instrumento, o processo não é neutro, pois seu modo de ser é determinado por certos valores, extraídos exatamente do nexó entre ele e o direito material. *Instrumentalidade* não é incompatível com a necessária visão axiológica do processo.

47. O primeiro deles é substancialmente igual ao art. 15 do CPC de 1939. A mesma idéia está reproduzida nos arts. 148 do *Progetto Carnelutti*, 121 do CPC italiano e 138º, 1, do Código português. Esta última regra, aliás, vincula diretamente a forma à finalidade, além de exigir simplicidade. A intenção de eliminar formalidades inúteis constitui preocupação constante do legislador português, como se verifica pela leitura do art. 191º do Código, segundo o qual o mandado só deve conter, além da ordem, as indicações indispensáveis ao seu cumprimento.

Já o art. 244 do CPC brasileiro corresponde ao 149 do *Progetto Carnelutti* e ao 150, § 2, do Código do Vaticano, mas também reproduz o disposto no art. 273, 1, do CPC anterior — o que torna temerária qualquer afirmação quanto à sua origem (cf. Barbosa Moreira, “II Progetto Carnelutti e il Codice

Por isso, no estudo das nulidades importa muito mais a preocupação com a possível eficácia de um ato viciado que a busca de critérios seguros para determinação do tipo de nulidade, se relativa ou absoluta.

Se adotada essa perspectiva, e estabelecida a premissa de que é possível desconsiderar qualquer tipo de vício, independentemente de sua gravidade, desde que atingida a finalidade desejada com a forma, reduz-se substancialmente a importância da distinção entre essas duas espécies de nulidade.

Esta conclusão abrange também as hipóteses de inexistência física ou jurídica de determinado ato processual. Nenhuma falha relacionada ao método abstratamente previsto pelo legislador assume importância maior que os objetivos visados com a imposição de alguma forma ou técnica. As razões determinantes de qualquer exigência processual prevalecem sobre o aspecto puramente formal. Atipicidade sem seqüência danosa é atipicidade irrelevante.

Não se está defendendo simplesmente a possibilidade de serem sanados vícios ou a própria inexistência de atos processuais mediante técnicas como ratificação ou reificação. Sustenta-se que, independentemente de qualquer manifestação expressa ou implícita das partes, seja o vício processual ignorado tão-somente pela ausência de prejuízo — situação, esta, a ser examinada especialmente à luz dos valores assegurados pela regra não observada.⁴⁸

di Procedura Civile Brasileiro”, in *Temas de Direito Processual: Quinta Série*, pp. 204-205). V. também Fabio Marelli (*La Conservazione degli Atti* ..., pp. 14 e ss.), sobre a origem do art. 156 do CPC italiano, 3ª comma, que prevê a irrevocância do vício se o ato atingir seu escopo.

48. Ao afastar a relação entre sanabilidade e natureza do vício — resquício da visão privatista do processo —, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui, acertadamente, que nesta sede até mesmo a inexistência é sanável (*Nullidades do Processo e da Sentença*, 5ª ed., p. 151). Parece, todavia, que a eminente professora considera admitível a correção da inexistência mediante simples ratificação dos atos praticados sem observância de determinada exigência legal, pois invoca a hipótese do art. 37, parágrafo único, do CPC — conclusão que, para alguns, encerra verdadeiro paradoxo, pois *inexistência e ratificação* são incompatíveis: “O realizado, o operado, não se coaduna com a noção de inexistência jurídica. Os atos praticados são válidos e produzem seus efeitos. Se ocorrer a ratificação por mandatório, agora, com o mencionado instrumento, ela confirma os atos, retroagindo à data de cada ato. Se não ocorrer a ratificação, então, ‘seão havidos por inexistentes’, ou seja, o que existe será considerado inexistente: os atos existentes serão considerados como se não tivessem

9. Nulidade e eficácia: ausência de prejuízo

Nulidade processual é consequência imposta pela prática do ato em desconformidade com o modelo legal.⁴⁹ Independentemente da natureza do vício e da consequência imposta pela lei para a não-observância da forma, enquanto não reconhecida a nulidade o ato continua a produzir efeitos. Esta eficácia perdura até a declaração de nulidade absoluta ou anulação do ato processual. Inválido é apenas o ato assim declarado por decisão judicial, desfazendo-se, com a consequente cessação de seus efeitos.⁵⁰

No âmbito do processo a nulidade resolve-se praticamente em um problema de ineficácia do ato,⁵¹ que deve ser solucionado, substancialmente, à luz de alguns princípios, como instrumentalidade da forma, prejuízo, finalidade e economia. A visão formalista, que valoriza a forma sem indagar os motivos por que o legislador a impôs, pode ser apontada como uma das principais causas da morosidade do processo, pois dela decorrem anulações desnecessárias, transfor-

acontecido. Em última análise, tal consideração irá repercutir no plano da ineficácia. Assim, a ratificação é um fator especial de eficácia” (Roque Komatsu, *Da Invalidez* ..., p. 160). Sobre a nulidade do ato e sua repetição, v. Carlo Furno, “Nullità e rinnovazione ...”, in *Studi* ..., vol. I, pp. 404 e ss.

Aqui, procuro desenvolver outro aspecto do mesmo problema: eventual irrelevância de vício processual, inclusive a própria inexistência de algum ato ou formalidade, independentemente da ratificação ou qualquer outra forma que exija manifestação das partes. Defende-se a possibilidade de o vício ser ignorado apenas pela inexistência de prejuízo. E, no caso do art. 37 do CPC, a conclusão de Roque Komatsu é inafastável: o ato existe e, se não ratificado, será ineficaz. Pondera-se apenas que essa ineficácia é eventual, pois também está ligada à existência de prejuízo à parte não representada no processo. Concorde-se, pois, com Rui Portanova, que sugere muita cautela na interpretação dessa regra (cf. *Princípios do Processo Civil*, p. 184). Para José Ignácio Botelho de Mesquita a sentença será inexistente e, portanto, sem aptidão ao trânsito em julgado (*Coisa Julgada*, p. 105). Na medida em que o eminente processualista aceita a tese da inexistência, a conclusão torna-se inexorável.

49. Ada Pellegrini Grinover fala em “sanção imposta ao ato” (cf. “O sistema das nulidades processuais e a Constituição”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, p. 157).

50. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades Processuais*, p. 43; cf. também Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., p. 350; Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. II, pp. 590-591; Edoardo Ricci, *Lei de Arbitragem Brasileira*, pp. 194 e ss.

51. Humberto Theodoro Júnior, “As nulidades ...”, *RePro* 30/38-39.

mando o instrumento em método ineficaz, palco propício para os burocratas do Direito desenvolverem a única atividade que conseguiram aprender: o culto à forma.

Embora *validade* e *eficácia* (ou *nulidade* e *ineficácia*) correspondam a planos distintos de análise de determinado ato, a verdade é que o ato nulo tende a ser ineficaz. Não há correspondência absoluta entre os dois fenômenos, havendo, por exemplo, atos válidos e ineficazes. Mas a tendência é realmente no sentido de que a nulidade gere também a ineficácia.⁵²

Em direito processual importa verificar em que medida a nulidade de determinado ato pode ser ignorada, em razão de o defeito nele existente não impedir sejam alcançados os objetivos desejados. Muitas vezes o efeito esperado é atingido independentemente da própria existência material do ato. O problema está em saber se a nulidade ou, mesmo, a ausência de determinado ato processual constituem óbice intransponível a que se aceitem os efeitos produzidos, desconsiderando-se a falha.

Esse é o ponto essencial da teoria das nulidades ou invalidades processuais.⁵³ Não obstante a desobediência à forma, importante é o resultado, o fim desejado pelo legislador com a predeterminação de modelo para o ato processual.⁵⁴

52. Sobre *nulidade* e *ineficácia* do ato processual, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 139-145. V. também Eduardo Talamini (*Coisa Julgada* ..., pp. 291 e ss.), que aborda com bastante profundidade o problema da proximidade entre ineficácia relativa e inexistência do ato processual. Quanto à questão dos planos da existência, validade e eficácia do ato, v. também Roque Komatsu, *Da Invalidez* ..., pp. 29-41. Carnelutti nega relevância à diferença, considerando os termos como sinônimos. Embora *invalidade* corresponda à falta de um elemento interno e *ineficácia* à ausência de um elemento externo do ato, a distinção não teria utilidade prática, pois ato nulo é aquele que não produz efeito (cf. Carnelutti, *Sistema de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 558). Nessa mesma linha, Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho afirmam que a nulidade decorrente da falta de adequação do ato ao tipo legal “pode levar ao reconhecimento da sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico” (*As Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., p. 16).

53. Há quem considere mais adequado o termo “invalidade”, antônimo de “validade” (cf.: Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., p. 146; Roque Komatsu, *Da Invalidez* ..., pp. 170 e ss.; Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Invalidades Processuais*, pp. 12 e ss.).

54. Também para Calmon de Passos os atos praticados de forma inadequada não são necessariamente nulos, pois, “se os tipos foram estabelecidos

Com base nessa premissa, impossível construir *a priori* situações de atos processuais nulos. Qualquer conclusão a respeito somente será possível à luz do caso concreto, com a verificação da coincidência, ou não, entre o resultado alcançado com a prática do ato e o fim desejado pelo legislador.⁵⁵

Para correta compreensão do sistema das nulidades é preciso considerar a premissa maior adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro: os vícios processuais, independentemente da sua natureza, devem ser sempre relevados se não comprometido o objetivo pretendido com a determinação da forma – e, conseqüentemente, se da violação ao modelo legal não resultar prejuízo.

Se quisermos aproveitar idéias concebidas para o sistema das nulidades no direito material, temos de considerar não só a natureza pública do direito processual, como principalmente o caráter instrumental do processo – sob pena de desvirtuarmos sua principal característica.⁵⁶ Não se pode, pura e simplesmente, transportar para o âmbito do processo regras e princípios concebidos para regular a validade e a eficácia de atos jurídicos substanciais, sem considerar as especificidades do direito processual – a começar pelo fato de que, nesta sede, o ato, embora absolutamente nulo, é eficaz e suscetível de convalidação pela coisa julgada, o que não ocorre no plano do direito material.⁵⁷

Dai serem no mínimo imprecisas as afirmações genéricas quanto à impossibilidade de aproveitamento de atos absolutamente nulos ou do comprometimento inexorável do processo se inexistente um ato previsto no modelo legal de determinado procedimento. Isso nem sempre ocorre, e o Código está repleto de exemplos. É preciso, como tutela ao direito de liberdade, cumprir atender-se antes a este fim que aqueles meios, e se esta tutela se deu, em que pese à atipicidade do ato, sua ineficácia não deve ser pronunciada, devendo-se emprestar eficácia ao ato imperfeito (atípico)” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., pp. 110-111).

55. Assim também Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 111.

56. Cf. Humberto Theodoro Júnior, “As nulidades ...”, *RePro* 30/40.

57. Cf. Chiara Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 21-23. Sobre a inadequação do método da transposição de idéias do direito privado para o campo do processo, v. Roque Komatsu, *Da Invalidade* ..., pp. 22 e ss.; cf. também Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 146 e ss.

pois, rever essas construções abstratas, porque incompatíveis com a orientação maior adotada pelo legislador.⁵⁸

Nesta sede, se alguma afirmação geral e peremptória é admissível, terá ela conteúdo substancialmente oposto ao que sustenta a doutrina majoritária. Não há nulidade capaz de comprometer a relação processual de maneira irreversível, impedindo definitivamente a formação da coisa julgada, mesmo aquelas que afetam o processo

58. Esta realidade foi também apontada por Barbosa Moreira: “A verdade é que não se afigura fácil construir, nesta matéria, esquema logicamente rígido, de perfeita coerência. No compreensível afã de ‘salvar’ atos processuais, para evitar, tanto quanto possível, o desperdício da atividade jurisdicional, atenua a lei a gravidade de sanções, recusando-se a extrair de teorias arquetonicamente sedutoras corolários menos convenientes do ponto de vista prático. Os sistemas doutrinários têm de levar em conta esse dado e renunciar, por mais que lhes custe, a uma pureza de linhas que não encontra apoio na realidade normativa” (“Sobre pressupostos processuais”, in *Temas de Direito Processual: Quarta Série*, p. 87).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira identifica nos arts. 244 e 250 do CPC esse objetivo de salvar o processo, mediante relativização dos efeitos causados pelo não-atendimento à forma em sentido estrito, evitando, com isso, a frustração do instrumento por meros equívocos formais sem conseqüências (cf. *Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 206). Esta postura não só merece aplauso, como comporta ampliação. Segundo vem sendo sustentado no decorrer deste ensaio, as regras mencionadas devem ser aplicadas não apenas às nulidades em sentido estrito, mas a todas as exigências concernentes à técnica processual ou formalismo, alcançando, assim, os vícios decorrentes da falta de pressupostos processuais e condições da ação. Chega-se a esta conclusão, aliás, mediante a utilização de critério proposto pelo próprio autor, isto é, aplicando a equidade com função interpretativa-individualizadora, para eliminar “a distância entre a abstração da norma e a concreitude do caso julgado”. Em outras palavras, *interpretar a norma com equidade* significa adequá-la às hipóteses de incidência, não se podendo esquecer que, especialmente no campo do direito processual, os fins devem prevalecer sempre (cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 210-212). Por isso, sugere-se a ampliação do âmbito de abrangência dos arts. 244 e 250 do CPC, que devem ser interpretados em conjunto com o art. 249, todos aplicáveis a qualquer espécie de vício relacionado com a técnica processual (v. também Capítulo III, nota 44). Contra essa ampliação manifesta-se Roque Komatsu (*Da Invalidade* ..., pp. 222-224). Não se consegue compreender, todavia, por que as falhas atinentes à constituição do processo não podem tornar-se irrelevantes pela ausência de prejuízo ou porque não impediram fosse alcançado seu escopo. As posições resritivas revelam resquícios da fase científica do direito processual, em que a visão interna do instrumento predominava sobre sua finalidade.

na sua origem – como a falta de citação, por exemplo.⁵⁹ Não se pode pensar na anulação do processo em que, não obstante a revelia do réu não citado, o pedido foi rejeitado e a sentença transitou em julgado. A quem beneficiaria a anulação? Apenas ao autor, que participou do processo, teve oportunidade de manifestar-se e produzir provas. Não pode ele – a quem foram assegurados o contraditório e a ampla defesa – ter nova chance de ver atendida sua pretensão. A nulidade somente será insanável se procedente o pedido inicial.

Daí a impossibilidade de criar fórmulas abrangentes em relação à ineficácia do ato processual nulo. Regra a que se pretenda atribuir alcance geral, nesta sede, tem de expressar a intenção de evitar anulação do processo por irregularidade formal. A atividade saneadora do juiz, exercida ao longo de todo o procedimento, não deve ser voltada ao reconhecimento de invalidades e à extinção do processo sem exame do mérito. Ao contrário, ele tem o dever de se preocupar com a preservação, conservação e saneamento dos atos processuais, possibilitando o prosseguimento do processo até seu objetivo final.⁶⁰

Esta é a razão da importância atribuída neste estudo a determinados princípios processuais, estampados em diversas regras do Código: instrumentalidade das formas, inexistência de nulidade se atingida a finalidade e se ausente prejuízo, economia processual.

À luz deles, somente se pode falar em ato processual nulo se, além da atipicidade, verificar-se a frustração quanto ao resultado programado. Atingido o fim a que se destinava o ato, cumprida sua função no sistema processual, a não-observância da forma passa a

59. Em sentido contrário, adotando a corrente dominante: Humberto Theodoro Júnior, “As nulidades ...”, *RePro* 30/40.

60. Importante ressaltar a postura ideal do juiz diante de vícios do processo. A obsessão pela extinção do processo sem julgamento do mérito constitui deformação a ser corrigida. Para tanto, é fundamental compreender corretamente o sistema das nulidades: “Antes de invalidar o ato ou extinguir o processo sem apreciação do mérito da causa, o juiz terá de empenhar-se por superar o motivo de nulidade, salvando o processo e preparando-o para cumprir sua função, que é a de proporcionar a composição do conflito jurídico material” (Humberto Theodoro Júnior, “O princípio da fungibilidade recursal”, *Informativo Incijur* 57/5). E a arma mais poderosa de que ele dispõe para conseguir afastar a nulidade é o princípio da instrumentalidade das formas.

ser irrelevante. A verificação do objetivo supre completamente a irregularidade formal.⁶¹

Finalidade e prejuízo são idéias fundamentais à compreensão do sistema das nulidades processuais. Embora ambas possam representar fenômenos distintos, sua aplicação como mecanismos de determinação da relevância, ou não, da atipicidade do ato processual acaba por equipará-las, ao menos no que se refere aos resultados obtidos. Para verificação da nulidade tanto faz pensarmos em *prejuízo* como em *finalidade*. Qualquer um é suficiente para a determinação da natureza do vício.⁶²

10. Natureza do vício e convalidação do ato

Na linha de raciocínio até agora desenvolvida, não parece assustir razão aos que limitam o alcance do disposto no art. 244 do CPC, entendendo possível a convalidação do ato processual viciado, porque atingida a finalidade, apenas nas hipóteses de nulidade não cominada. Se cominada, haveria presunção absoluta de que o objetivo somente será alcançado se cumprida a formalidade legal.⁶³

61. É o que Calmon de Passos denomina de “princípio de equipolência das formas” (cf. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 130). A relação entre *nulidade* e *finalidade* vem sendo destacada pela doutrina, que define aquela como consequência da não-observância da forma exigida para que o ato atinja esta última (cf. Antônio de Pádua Ribeiro, “Das nulidades”, *Revista Jurídica* 202/8-9; v. também Ferruccio Auletta, *Nullità e Inesistenza* ..., pp. 124-129).

62. Como bem observa Calmon de Passos, existe identidade entre *fim* do ato e *prejuízo*, pois em todas as situações por ele examinadas não foi possível encontrar distinção entre *prejuízo* e *inatingibilidade do fim*: “Sempre que se afirma o prejuízo, o fim do ato deixou de ser atingido. Sempre que se declara a inatingibilidade do fim, se constata o prejuízo. Em verdade, o nosso Código de Processo Civil filiou-se ao sistema da finalidade da lei, somente permitindo a decretação da nulidade quando a imperfeição conduza à inatingibilidade dos objetivos a que o ato se destinava” (*Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 133). Nesse mesmo sentido, cf. Bedaque, “Nulidade processual ...”, *RePro* 60/59-62.

63. É o que sustenta, por exemplo, Édson Ribas Malachini (“Das nulidades no processo civil”, *Revista Brasileira de Direito Processual* 12/20). Também Humberto Theodoro Júnior afirma que, ao cominar de nulidade o ato, se “presumiu o prejuízo jurídico na inobservância da forma traçada para sua eficácia prática” (“As nulidades ...”, *RePro* 30/42). No mesmo sentido: Ada Pel-

Não obstante a redação do dispositivo, interpretação sistemática da regra autoriza conclusão diversa. Ainda que haja previsão expressa de nulidade pelo descumprimento da forma, não se justifica invalidar o ato processual se a falha não impedir o resultado desejado. Mesmo a inexistência de determinado ato do procedimento não contamina necessariamente os subsequentes se não houver prejuízo. E *ausência de prejuízo* corresponde a *finalidade alcançada*. Esses dois conceitos são, pois, interligados.⁶⁴ Ambos correspondem à legimi Grinover, “O sistema das nulidades ...”, in *Livro de Estudos jurídicos*, p. 157.

64. Por não considerar idêntico o sentido das expressões “finalidade” e “prejuízo”, Édson Ribas Malachini admite a convalidação do ato viciado, ainda que cominada a nulidade, se não prejudicar a parte ou se o juiz puder decidir favoravelmente a quem a decretação dela aproveitaria. Mas não aceita esta solução para os casos de nulidade absoluta, ou seja, se a norma tutela interesse público (“Das nulidades ...”, *Revista Brasileira de Direito Processual* 12/21). Assim, mesmo se inexistente prejuízo, a convalidação do ato elvado de nulidade cominada só será possível se não estiver em jogo o interesse público (nulidade absoluta).

Acontece que as nulidades cominadas, ao menos em princípio, são absolutas – o que acabaria limitando substancialmente a incidência do art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC. É preciso considerar também que o interesse público pode estar ligado a determinado fim, passível de prévia identificação – como contraditório, interesse de incapaz etc. Pelo menos um dos exemplos mencionados pelo autor não confirma integralmente sua conclusão. Uma das razões para intervenção do Ministério Público no processo civil é a participação de incapaz (CPC, art. 82, I). Segundo ele, a não-observância dessa regra gera nulidade absoluta (CPC, arts. 84 e 246). Aliás, talvez seja a única hipótese de nulidade duplamente cominada.

Pois bem. 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 – conclusão apoiada por Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. I, pp. 480-481) e por Eduardo Arruda Alvim (cf. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 316-317). Apesar de cominada e absoluta a nulidade, o fim foi alcançado exatamente pela ausência de prejuízo ao incapaz. Por isso defende-se a interligação dessas duas idênticas (cf. Bedaque, “Nulidade processual ...”, *RevPro* 60/35-36). Não é, pois, insuperável a nulidade, como pretende Moacyr Amaral Santos, para quem o princípio da instrumentalidade somente se aplica às nulidades não cominadas (cf. “Nulidades processuais”, in *Enciclopédia Saraiva* ..., vol. 55, p. 169).

No Código de Processo Civil do Estado do Rio Grande do Sul (Lei 65, de 16.1.1908) havia regra expressa nesse sentido (art. 486) O próprio autor cujo

idéia de *espírito da lei processual*. São aspectos fundamentais do princípio da instrumentalidade das formas: é preciso atentar sempre para a finalidade atribuída pelo legislador ao ato e à respectiva forma, bem como ao prejuízo que a violação desta porventura tenha acarretado.⁶⁵

O escopo pretendido pelo legislador não é determinado pela interpretação isolada da norma e do ato por ela regulado. Necessário considerar todas as regras que integram o respectivo procedimento, para extrair o sentido de cada uma delas. Somente mediante o exame global e comparativo do conjunto de dispositivos relacionados a

precioso estudo é agora analisado, ao rejeitar a posição de Moniz de Aragão – para quem é possível a convalidação do ato mesmo se cominada a nulidade (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., vol. II, p. 346) –, entende aplicável ao caso a regra da ausência de prejuízo, pois, embora não citado o cônjuge, o pedido reivindicatório formulado contra réu casado foi julgado improcedente. Na verdade, o objetivo desejado pelo legislador – proteção aos interesses do cônjuge – foi alcançado independentemente da citação. Nesse sentido: Guilherme Freire de Barros Teixeira, *O Princípio da Fungibilidade* ..., p. 79.

Também não se pode desconsiderar a dificuldade em identificar com precisão o que vem a ser “interesse público” – e, conseqüentemente, o que significa “norma processual de ordem pública”, cuja violação implicaria nulidade absoluta e, portanto, insanável. Sobre *norma de ordem pública e interesse público*, v. Roque Komatsu (*Da Invalidade* ..., pp. 148-152), para quem os princípios da instrumentalidade da forma e da ausência de prejuízo “não dizem respeito às chamadas nulidades absolutas. Como não há parte interessada ou prejudicada que se possa atender pelo julgamento do mérito, fica inevitável a decretação da nulidade” (*Da Invalidade* ..., p. 254; v. também p. 262, onde o autor discorre sobre os princípios da instrumentalidade e do prejuízo, excluindo-os do âmbito das nulidades absolutas). Pondera-se, todavia, não estar a finalidade necessariamente vinculada ao interesse da parte, muito embora na regulamentação da forma do ato a grande maioria das regras vise à proteção dos sujeitos parciais. Difícil apontar determinado ato cuja forma esteja ligada a algum interesse não passível de satisfação senão pela observância dela. Pela incidência da regra a qualquer nulidade, pois sua interpretação deve ser feita pelo critério sistemático e em conjunto com o art. 249 e §§, manifesta-se Rui Portanova, que reconhece haver correlação entre os princípios do prejuízo, da finalidade e do aproveitamento, pois todos revelam o interesse público em preservar o processo, salvo se o vício de forma causar lesão ao próprio interesse protegido (cf. *Princípios do Processo Civil*, pp. 184-195).

65. Cf.: Inocêncio Borges da Rosa, *Nulidades do Processo*, pp. 127 e ss.; Moacyr Amaral Santos, “Nulidades processuais”, in *Enciclopédia Saraiva* ..., vol. 55, p. 166.

determinado sistema processual é possível estabelecer a finalidade dos atos e da forma estabelecida para eles.⁶⁶

Para tanto, não é necessário ir muito longe. Basta verificarmos o teor do art. 249, § 1º, do CPC, que dispensa repetição ou correção do ato não prejudicial à parte. Como há correspondência substancial entre as expressões “ausência de prejuízo” e “escopo”, todas as nulidades, absolutas ou relativas, cominadas ou não cominadas, são sanáveis mediante incidência do princípio da instrumentalidade das formas.⁶⁷

Até se admite a presunção de prejuízo nos casos de nulidade cominada ou absoluta.⁶⁸ Este tipo de sanção decorre da importância atribuída à forma, tida como essencial a que o ato atinja sua finalidade em determinados casos. A nulidade absoluta explica-se exatamente por esse juízo prévio feito pelo legislador a respeito do prejuízo.

Mas, se a lesão não ocorrer concretamente, a presunção pode ser afastada, pois, embora gere nulidade absoluta, ela, em si, tem natureza relativa, admitindo prova em contrário. Independentemente

66. Em outras palavras: “Si tratta quindi di valutare tutte le disposizioni di legge che riguardano l’atto al fine di ricavare *dati obiettivi e strutturali* di valutazione, ricercando tutti i riferimenti capaci di qualificare il ruolo specifico che l’atto svolge come momento del procedimento. Ciò che intendo suggerire è la dimensione, oltre che della forma in senso stretto e quindi del *modo di essere dell’atto in sé*, delle *relazione* che lo vincolano agli altri elementi della serie procedimentale. In altri termini, è necessaria una valutazione dinamica e non solo statica della fattispecie, inserita nella serie medesima” (Fabio Marelli, *La Conservazione degli Atti* ..., pp. 48-49).

67. Como conclui incisivamente Cândido Dinamarco, entendendo aplicáveis, aqui, as considerações de Liebman feitas em face do Direito Italiano (cf. Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, trad. e notas Cândido Ran- gel Dinamarco, vol. 1, p. 260, nota 162).

68. Note-se que para muitos não há identidade entre os dois fenômenos (v. nota 64). Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior rejeita expressamente qualquer nexo entre “nulidade cominada” e “nulidade absoluta”. A primeira expresso limita-se a indicar a existência de regra em que a consequência é prevista, nada mais. Depois, aponta hipóteses de nulidade relativa, embora cominada (cf. *Invalidades Processuais*, pp. 62-66). Assim, também, Roque Komatsu (*Da Invalidez* ..., p. 212) e Malachini (“Das nulidades ...”, *Revista Brasileira de Direito Processual* 12/31). Humberto Theodoro Júnior, todavia, entende que nulidade absoluta é sempre cominada (cf. “As nulidades ...”, *RePro* 30/43).

te da natureza do vício, o ato processual não será anulado se atingir a finalidade para a qual fora programado.

Correto, portanto, o entendimento no sentido de que não há nulidade absoluta decorrente de mera violação à forma. Ela está sempre relacionada à finalidade do ato e ao prejuízo causado pela não observância da forma, mesmo tratando-se de nulidade cominada.

Nunca é demais repetir: todo o sistema das nulidades processuais é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser desconsiderado qualquer vício se o ato atingir sua finalidade essencial, independentemente da natureza ou gravidade do vício.⁶⁹

O juízo inicial feito pelo legislador quanto à indispensabilidade do requisito formal para que o ato atinja seu escopo não prevalece se, no caso concreto, a falha não impedir esse resultado. A aparente contradição entre a exigência de determinado requisito sob pena de nulidade e a desconsideração do vício se atingida a finalidade se desfaz mediante a incidência do princípio da instrumentalidade da forma. Também o legislador o leva em conta ao regular o modo pelo qual o ato processual deve ser praticado. Ao fazê-lo, imagina situações em que, à primeira vista, há relação de dependência entre este e o objetivo. Mas essa formulação abstrata submete-se, em concreto, ao princípio maior, devendo ser sempre desconsiderado o vício se alcançado o fim.⁷⁰

69. Por entender possível a desconsideração do vício por aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, da convalidação, da conservação e da economia, Danilo Costalunga também conclui ser irrelevante a distinção entre nulidade absoluta e relativa (cf. “A teoria das nulidades e o sobredireito processual”, *RF* 344/10-11). A diferença somente importa para o fim de determinar a possibilidade de reconhecimento da nulidade de ofício e a não-incidência da preclusão, como muito bem observou Eduardo Arruda Alvim (*Curso* ..., vol. 1, p. 307).

Embora não adotem expressamente esta conclusão, Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, ao tratarem das duas espécies de nulidades, limitam-se a afirmar o aspecto da necessidade, ou não, de provocação da parte para reconhecimento do vício. Sustentam que, tratando-se de nulidade relativa, deve a parte demonstrar o prejuízo; o que não ocorre com a absoluta, em que a lesão seria evidente. Mas não concluem pela impossibilidade de esta última ser relevada por ausência de dano. E, ao examinarem o princípio do prejuízo, não fazem qualquer restrição quanto ao âmbito de aplicação (cf. *As Nulidades* ..., 5ª ed., pp. 16-17 e 23-25).

70. Crisanto Mandrioli chama a atenção para essa suposta contradição entre a cominação de nulidade por não observância de determinada formalida-

Afinal de contas, em sede processual o interesse público reside na sua finalidade externa, representada pela eliminação da crise no plano material. Desde que esse resultado seja obtido mediante instrumento dotado do mínimo de segurança, em que foram regulados o contraditório e a ampla defesa, qualquer vício deixa de ser importante, incidindo, então, os princípios da ausência do prejuízo e da economia. Assegurada a participação efetiva dos sujeitos do processo — entendida esta como aptidão para influir na formação do resultado —, nenhum desvio formal pode constituir óbice a que a sentença produza seus efeitos naturais no plano material.

Nem mesmo a violação ao contraditório conduz, de modo inexorável, a uma nulidade insanável. Basta que, no plano material, a parte processualmente prejudicada possa obter a tutela jurisdicional. Nesses casos, a própria ausência do principal fator de garantia do instrumento torna-se irrelevante, porque nenhum dano acarreta. Insiste-se na hipótese de réu revel não citado e sentença de improcedência. Será razoável desconstituí-la — quer em sede recursal, quer em rescisória — tão-somente pelo vício insanável, que para alguns torna inexistente o processo? Nem uma coisa, nem outra. Trata-se de nulidade grave, mas perfeitamente sanável pelos princípios da instrumentalidade e da ausência do prejuízo.

O único efeito prático da distinção entre nulidade absoluta e relativa está na possibilidade, ou não, de o juiz, porque presumido o prejuízo, poder reconhecer de ofício a irregularidade e decretar a nulidade do ato.⁷¹

de e a possibilidade de o ato atingir o escopo. Mas também entende a inexistente, pois a valoração do legislador é feita *a priori*, com fundamento naquilo que normalmente acontece, ao passo que a verificação de que o escopo foi alcançado é realizada *a posteriori*, com base em circunstâncias muitas vezes imprevisíveis, “ma di cui la realtà concreta è sempre feconda, che abbiano portato al raggiungimento dello scopo, nonostante l’indoneità intrinseca dell’atto” (*Corso ...*, 2ª ed., vol. 1, p. 319).

71. Nesse aspecto, irrefutável a conclusão de Humberto Theodoro Júnior, para quem a distinção acaba se resumindo na possibilidade de o juiz decretá-la de ofício, uma vez que presumido o prejuízo processual. A conclusão idêntica com relação ao Direito Italiano chegou Mandrioli (*Corso ...*, 2ª ed., vol. 1, p. 321). Já, quanto à descon sideração do vício, havendo “prova evidente da ausência de prejuízo, o magistrado deverá abster-se de decretá-la, já que nenhuma nulidade em questão de forma deve subsistir onde inexistente lesão (CPC, arts. 249, §§ 1º e 2º, e 250, parágrafo único)” (Humberto Theodoro Júnior, “As nu-

Esse raciocínio é válido tanto para as chamadas “nulidades de fundo” quanto para as de forma. As primeiras diriam respeito aos pressupostos processuais e às condições da ação. As outras consis-

tidades ...”, *RePro* 30/43). Mais adiante sustenta esta mesma posição, desde que o ato tenha atingido sua finalidade — o que permite concluir não haver diferença para ele entre consecução do fim e ausência de prejuízo (*idem*, p. 51). A única discordância em relação à posição do eminente jurista mineiro refere-se ao âmbito de incidência das regras por ele mencionadas, do qual ficariam excluídos os pressupostos processuais e as condições da ação, por se tratar de defeitos insanáveis. Refere-se especificamente à sentença proferida em processo de que não participaram as partes da relação material controvertida e indaga que efeito ela poderia ter (*idem*, p. 55). Não obstante, entende-se possível estendê-las também a essas situações, por ele denominadas “nulidades de fundo”.

Como é possível verificar no corpo do estudo ora realizado, há inúmeros exemplos em que a ausência de condição da ação ou de pressuposto processual pode ser descon siderada, pois inexistente prejuízo processual. Por isso, parece-me deva a conclusão de Humberto Theodoro Júnior, quanto à possibilidade de a nulidade processual ser sanada (*idem*, p. 57), atingir também as hipóteses de falta de um desses requisitos, com a formação, na maioria dos casos, de coisa julgada material. Haverá situações em que a sentença permanecerá mutável para uma das partes exatamente pelo prejuízo a ela causado. É o que ocorre com a procedência do pedido, se não citado o réu. Mas, ainda que ausente a citação, a sentença de improcedência será válida e eficaz, além de apta a tornar-se imutável. Lembra-se que a rejeição da inicial por decadência configura sentença de mérito apta ao trânsito em julgado, embora o réu não tenha participado do processo.

Em síntese, a extinção do processo por vícios formais só deve ocorrer em último caso, como observa o autor ora referido (*idem*, p. 57). Parece, todavia, deva a possibilidade de convalidação ser estendida a todo e qualquer vício, de forma ou de fundo, incidindo amplamente os princípios da finalidade, da ausência de prejuízo e da economia. Por isso, rejeita-se a crítica dirigida por Antônio Dall’Agnol Júnior a Humberto Theodoro Júnior e aos que, como ele, admitem nulidades absolutas e sanáveis (Antônio Dall’Agnol Júnior, *Invalidades Processuais*, pp. 65-66). Os exemplos apontados são, sim, de nulidades absolutas (citação defeituosa, infração aos arts. 11, parágrafo único, e 13, I), pois o vício deve ser reconhecido de ofício. Tomar-se-á irrelevante, todavia, se não causar prejuízo e atingir a finalidade, ainda que absoluta a nulidade. Não parece correto o entendimento — ainda que respeitável — sobre a natureza da nulidade de que padece a citação viciada. A integridade do contraditório é valor relacionado não tanto ao interesse das partes, mas principalmente à justiça das decisões. Tem natureza pública, portanto. Ocorre que, pelas razões já expostas ou a serem apresentadas no decorrer do trabalho, é possível que o defeito do ato não impeça seja atingida a finalidade que o determina — e, conseqüentemente, não se configure prejuízo. O mesmo ocorre com a falta de intervenção do Ministério Público nas situações em que os interesses por

riam em simples defeitos formais do ato processual.⁷² Todas são regidas pelos princípios voltados à máxima preservação possível do processo.

Aliás, na doutrina italiana afirma-se que a nulidade absoluta é prevista na legislação daquele país em caráter excepcional, o que constitui reflexo do princípio da instrumentalidade ou da congruência da forma.⁷³

Também no Brasil é pequeno o número de nulidades cominadas. Há vícios graves, de que decorrem nulidades absolutas, embora não previstas de forma expressa. Esta é a principal razão, aliás, para ele defendidos no processo não sejam prejudicados. Assim, ao contrário do que sustenta o ilustre e respeitado processualista gaúcho (Antônio Dall'Agnol Júnior, *Invalidades Processuais*, pp. 70-72), os princípios da finalidade e do prejuízo incidem também sobre os atos processuais absolutamente nulos, tornando irrelevante o vício. Nesse sentido, expressamente com relação à nulidade pela não-intervenção do Ministério Público, cf. Humberto Theodoro Júnior, "As nulidades ...", *RePro* 30/52.

Para Calmon de Passos a distinção entre nulidade absoluta e relativa é irrelevante em sede processual, pois não há nulidade que não possa ser decretada de ofício e nenhum vício gera tal consequência se não causar prejuízo (cf. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., 142).

72. Segundo Humberto Theodoro Júnior, as de fundo são sempre insanáveis. Já as de forma, ainda que absolutas, sujeitam-se à efetiva ocorrência de prejuízo ("As nulidades ...", *RePro* 30/43). Aceita-se apenas a última parte da assertiva, pois também as chamadas "nulidades de fundo", que nem sempre implicam essa consequência — a ausência de condições da ação, por exemplo, leva à extinção do processo sem julgamento de mérito, não à nulidade dele —, podem ser consideradas irrelevantes se possível o julgamento do mérito sem dano aos interesses tutelados pelas garantias do devido processo legal. A expressão "nulidade de fundo" não é empregada de maneira uniforme pela doutrina, pois Couture, por exemplo, refere-se a essa categoria ao tratar das sentenças contaminadas por *error in iudicando* (cf. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., pp. 387-388).

73. Por força desse princípio, "il rifiuto di qualsiasi 'cieco ossequio' alla forma, considerata come fine a se stessa, induce per lo più il legislatore a far dipendere dall'iniziativa del soggetto interessato la valutazione concreta del pregiudizio, che possa derivargli dall'inservanza formale, evitando, così, di disseminare il processo di 'trabocchetti' formali sproporzionati, rispetto al reale bisogno". Além disso, "l'irrimediabilità e la pronunziabilità d'ufficio di talune nullità vanno ristrette ai casi in cui la legge ritenga il vizio così grave, da porre in pericolo non soltanto gli interessi di parte, ma anche, e soprattutto, gli interessi pubblici al regolare svolgimento del processo" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 446).

não se reconhecer a existência de relação necessária entre nulidade cominada e absoluta. Na grande maioria das vezes, para identificar a natureza do vício, é preciso o intérprete buscar a razão de ser da exigência legal e verificar se a finalidade é a proteção do interesse público ou particular.

Esse aspecto do problema das nulidades perde grande parte da importância a ele conferida pela doutrina se adotadas as premissas aqui fixadas quanto à convalidação dos atos processuais viciados. Ainda que a forma esteja ligada ao interesse público, com cominação expressa de nulidade pela sua não-observância, admissível ignorar o desvio formal se nenhum prejuízo daí resultar.

Não parece aceitável o argumento do interesse público como justificativa para a suposta impossibilidade de descon sideração da certas nulidades, bem como da ausência de determinados pressupostos processuais ou condições da ação. Além de muitos desses requisitos destinarem-se à proteção do interesse das partes, é comum haver conflito entre dois valores, ambos de natureza pública. O interesse mais relevante no processo é, sem dúvida, a eliminação da crise de direito material. Se esse resultado puder ser alcançado sem sacrifício de outros valores também importantes, preferível optar por esta alternativa, ainda que preferidas determinadas formalidades.⁷⁴

É preciso construir e interpretar o sistema das nulidades de modo a torná-lo compatível com a natureza instrumental do processo. Deve-se eleger como objetivo principal a preservação dos resultados, desde que eventual vício verificado no procedimento não

74. Neste aspecto, discorda-se também de Galeno Lacerda, que considera insanáveis os vícios decorrentes do desrespeito a normas inspiradas no interesse público (cf. *Despacho Saneador*, p. 126). O problema do conflito entre princípios e valores deve ser solucionado em conformidade com visão instrumental, segundo a qual nenhum deles tem um fim em si mesmo. Este raciocínio aplica-se a todos os princípios processuais, inclusive aos mais relevantes, como o do contraditório — que, como os demais, "comporta compressões ou suas atenuações. Os princípios processuais não são absolutos, até porque não são raras as situações em que a atuação de um deles de certo modo conflita ou parece conflitar com a atuação de outro, de tal maneira que é necessário compatibilizá-los com o mínimo de sacrifício para ambos, mas às vezes, inevitavelmente, com algum sacrifício" (José Carlos Barbosa Moreira, "Os princípios do direito processual civil na Constituição de 1988", in *Livro de Estudos Jurídicos*, vol. 4, p. 244).

comprometa a segurança proporcionada pelo método estatal de solução de litígios.⁷⁵

Essa particularidade dos vícios dos atos processuais não constitui novidade. A ela a doutrina há muito faz referência, destacando a existência de regras destinadas a conferir ao processo capacidade de corrigir os próprios vícios, em grande parte eliminados com a sentença, salvo se comprometerem algum dos elementos constitutivos dela.⁷⁶

Em síntese, para determinação do âmbito de incidência dos arts. 244 e 249, §§ 1º e 2º, do CPC não têm relevância a natureza da nulidade (relativa ou absoluta) nem a existência, ou não, de cominação expressa. Se a finalidade desejada pelo legislador ao estabelecer determinada exigência formal foi atingida, o vício não causou prejuízo e, por isso, deve ser desconsiderado.⁷⁷

11. *Nulidades processuais absolutas e cominadas: ainda sobre a convalidação*

Pela relevância da conclusão apresentada no tópico anterior, rejeitada por parcela considerável da doutrina, optou-se por insistir nela. O risco da repetição é compensado pela possibilidade de tornar mais claras algumas idéias, insuficientemente desenvolvidas por deficiência do expositor.

A distinção entre a nulidade absoluta e a relativa tem certa importância no sistema processual, pois algumas conseqüências práticas podem advir em função da natureza do vício.

A relevância desta classificação, todavia, é bem menor do que pretende a doutrina tradicional, pois a possibilidade de o vício ser

75. Édson Ribas Malachini destaca os dois aspectos do sistema das nulidades: "Foi sempre, e ao mesmo tempo, um dos pontos altos e baixos do Direito. Alto, no sentido de, através dele, se procurar resguardar a inteireza do ato jurídico processual: baixo, no sentido de servir a abusos e deformações" ("Das nulidades ...", *Revista Brasileira de Direito Processual* 12/14).

76. Cf. Calamandrei, "Vícios de la sentencia ...", in *Estudios sobre el Proceso Civil*, p. 431.

77. Morniz de Aragão nega essa possibilidade se inexistente o ato ou absoluta a nulidade (*Comentários* ..., 9ª ed., vol. II, p. 344), embora logo em seguida admita que tal ocorra (idem, p. 366).

desconsiderado, porque alcançado o fim, independe da espécie de nulidade. Ainda que cominada expressamente, se a prática do ato de forma irregular não impedir o objetivo visado pelo legislador, não há por que reconhecê-la.⁷⁸

Esta é uma das razões, aliás, juntamente com a limitação imposta pelo objeto do trabalho, para não se abordar com maior profundidade as inúmeras classificações de invalidades processuais, bem como as várias correntes doutrinárias a respeito do tema. Trata-se de polêmica com escassos resultados práticos, especialmente diante das premissas aqui adotadas.⁷⁹

Veja-se, por exemplo, a classificação dos elementos do ato processual em *necessários* e *úteis*, cuja ausência corresponderia a vícios essenciais e não-essenciais.⁸⁰ Muito difícil estabelecer, em abstrato, cada um desses requisitos — e, conseqüentemente, o grau da nulidade. Se à exigência formal for acrescentada a idéia de *fim*, talvez seja possível a sistematização das nulidades, pois as insanáveis seriam apenas aquelas em que o vício tenha impedido os objetivos do ato.⁸¹

Assim, preocupar-me-ei com as classificações das nulidades na medida do estritamente necessário à compreensão da questão central — ou seja, a relativização das conseqüências causadas pelos vícios, especialmente sobre a eficácia do ato processual.

78. "(...) quer seja ou não cominada expressamente a nulidade, a decretação da ineficácia exige que a imperfeição do ato tenha acarretado a inatingibilidade do fim que lhe foi atribuído, o que, por sua vez, implica prejuízo para alguma parte e prejuízo para os fins de justiça (em termos de correta aplicação da lei aos fatos verificados no processo)" (Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 133). É também o entendimento de Cândido Dinamarco, para quem não há no Direito Brasileiro correspondência rígida entre nulidade absoluta e nulidade insanável (cf. nota in Liebman, *Manual* ..., vol. I, p. 261, nota 163).

79. Para exame dessa questão, entre outros: Roque Komatsu, *Da Invalidade* ..., pp. 203 e ss.

80. A construção é de Carmelutti (cf. *Sistema* ..., vol. III, p. 561).

81. O mesmo Carmelutti, em obra posterior, passa a identificar os vícios essenciais e insanáveis com a falta de requisitos indispensáveis à obtenção do fim, cuja presença, embora exigida expressamente pela lei, pode tornar-se desnecessária se o escopo for alcançado. Só serão essencialmente insanáveis, portanto, os vícios consistentes na falta de requisito não apenas essencial a que o ato atinja o objetivo, mas sem o qual seja absolutamente impossível que tal ocorra (cf. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, p. 310).

E, nessa linha, não se justifica distinguir nulidade absoluta de relativa com fundamento na possibilidade, ou não, de incidência dos princípios da instrumentalidade da forma e da ausência de prejuízo, com o objetivo de sanar o vício.

Nulidades absolutas são insanáveis! Só a nulidade relativa pode ser desconsiderada em razão de haver o ato atingido seu escopo! Estes os dogmas que se pretende combater.⁸²

A distinção estabelecida pela doutrina é inócua para esse fim. Qualquer vício processual, por mais grave, deve ser ignorado se o objetivo for atingido.

Ainda que o legislador comine expressamente de nulidade a não-observância de determinada forma, destinada a assegurar o interesse público, se o ato nulo gerar os efeitos desejados o vício deve ser desconsiderado. Afinal de contas, *forma* existe exatamente para garantir o resultado.⁸³

82. Cf. Leonardo Greco, "As invalidades ...", *Revista de Ciências Sociais* 2-5/10 e 18. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior também considera insanáveis os atos absolutamente nulos, limitando a incidência da regra sobre ausência de prejuízo apenas às hipóteses de nulidade relativa (cf. *Invalidades Processuais*, pp. 54-55; no mesmo sentido: Roque Komatsu, *Da Invalidade ...*, p. 215). Pela aplicação ampla do princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo: José Maria Tesheiner, *Pressupostos Processuais ...*, pp. 118-119.

83. No Direito Argentino inexistente nulidade não cominada e não se anula ato processual viciado se inexistente prejuízo. Esta seria, aliás, uma das diferenças entre a nulidade processual e a substancial: "Como principal diferencia relevante entre la normativa procesal y el ordenamiento sustancial, se puede apuntar que el CPCC en su art. 169 sienta dos rígidos principios: *pas de nullité sans grief*, que exige la demostración del perjuicio concreto que se alega al demandar la nulidad de un acto procesal" (Marcelo J. López Mesa, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales*, p. 288).

Esta também seria a orientação adotada em grande parte dos ordenamentos processuais das províncias argentinas e da jurisprudência, cujas decisões dão ênfase ao postulado de que as formas não são fins em si mesmas, mas simples meios destinados a assegurar a correta atuação do direito material. As nulidades processuais somente devem ser reconhecidas se demonstrado prejuízo concreto para uma das partes, "porque si se adoptara en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importaría un manifiesto exceso ritual, no compatible con el buen servicio de justicia" (Marcelo J. López Mesa, *idem*, p. 289).

Dúvida não pode haver de que a forma exigida para determinar dos atos, visando a assegurar as garantias constitucionais do processo, tem por fundamento o interesse público.⁸⁴

A citação, por exemplo, destina-se a assegurar o contraditório, que, no plano infraconstitucional, consubstancia-se no princípio da bilateralidade da audiência. Daí o rigor quanto à forma desse ato processual, descrita minuciosamente em diversos dispositivos do Código (arts. 213-233), bem como a cominação expressa de nulidade pela não-observância das prescrições legais (art. 247).

Trata-se de um dos atos mais importantes do processo, pois dele dependem a plenitude da defesa e a efetividade do contraditório. Se o procedimento desenvolver-se sem citação válida, o réu será considerado terceiro, com todas as consequências daí decorrentes, em especial no que se refere à coisa julgada.

Não obstante isso, o vício da citação é desconsiderado se o réu comparecer (CPC, art. 214, § 1º). Por quê? Pela simples razão de que as exigências rigorosas quanto à forma destinam-se tão-somente a assegurar seu escopo.⁸⁵

O formalismo de que é cercada a citação visa a assegurar a possibilidade de exercício da defesa. Se o réu apresentar resposta é porque a falha verificada no ato de comunicação processual não comprometeu sua finalidade.⁸⁶

84. Para Leonardo Greco esse é um dos dados que possibilitam identificar o interesse público na regra processual ("As invalidades ...", *Revista de Ciências Sociais* 2-5/11). Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior refere-se a normas cogentes e dispositivas, destinadas a assegurar de forma preferencial os interesses públicos e privados, respectivamente. A violação de umas ou de outras pode gerar nulidade absoluta ou relativa (*Invalidades Processuais*, pp. 48-55).

85. Por isso, assiste total razão a Adroaldo Furtado Fabrício, para quem "não é a citação em si mesma que importa, mas a finalidade a que ela se presta" ("Réu revel não citado, *querela nullitatis* ação rescisória", *RePro* 48/31). Tanto é que, não obstante a existência de vícios, se o ato atingiu seu escopo, inexistente nulidade (cf.: TJSP, 1ª C. de Direito Público, AI 278.516-5/7, rel. Des. Roberto Bedaque, j. 8.10.2002, v.u.; TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 121.235-5/3, rel. Des. Roberto Bedaque, j. 30.7.2002, v.u.).

86. A propósito das garantias constitucionais do processo — que compõem o que denominei de "devido processo constitucional" (cf. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. Tutelas Sumárias e de Urgência. Tentativa de Sistematização*, 3ª ed., pp. 68 e ss.) —, afirma-se que a disponibilidade do direito admite

Mas, se ele permanecer revel, o vício da citação ganha importância fundamental, comprometendo a validade de todo o processo, inclusive e principalmente a sentença. Neste caso a mera possibilidade de que a falha tenha obstado à finalidade do ato acaba atingindo toda a relação processual.⁸⁷

Se a sentença deixar de examinar um dos fundamentos da demanda ou da defesa, há violação à garantia constitucional da motivação (CF, art. 93, IX). Interposta a apelação, e tendo em vista a extensão do efeito devolutivo inerente a esse recurso, toda a matéria será examinada pelo tribunal (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º) — o que implica convalidação do ato.⁸⁸

renúncia ao exercício do direito de defesa (cf. Leonardo Greco, "As invalidades ...", *Revista de Ciências Sociais* 2-5/12). Parece-me, todavia, não deva a questão ser examinada pelo ângulo do direito material. A Constituição, independentemente da natureza do direito em litígio, garante a possibilidade, não o efetivo exercício. Essa garantia é irrenunciável.

87. Segundo a precisa lição de Adroaldo Furtado Fabricio, "a falta ou nulidade do ato, porém, assume importância enorme se o citando permanece em silêncio e indiferença, caindo em revelia: a sentença que se venha a profír em detrimento dele constitui verdadeira violência ao seu direito, maior e mais grave em sistema processual como o nosso, onde vastíssimas são as consequências da revelia" ("Réu revel não citado, ...", *RePro* 48/31). Parece que, na condição de terceiro — visto que inválida ou inexistente a citação —, a pessoa apontada para figurar no pólo passivo, mas que não chegou a assumir essa posição, não está sujeita aos limites subjetivos da coisa julgada.

88. Assim já se decidiu: "Embora não versada na sentença, a matéria, deduzida como fundamento dos embargos, deve ser examinada, por força da profundidade do efeito devolutivo da apelação (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).

"Esta conclusão seria afastada tão-somente se houvesse necessidade de novas provas, o que não ocorre (cf. Ap. n. 622.877-7, Jundiaí, 1º TACSP, 12ª C., j. 21.11.1996, v.u.; RESP n. 154.660-SP, STJ, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.3.2000, in *DJU* de 5.6.2000, p. 154; RESP n. 141.595-PR, STJ, 4ª T., rel. Min. César Asfor Rocha, j. 23.11.1999, in *DJU* de 8.5.2000, p. 95; RESP n. 193.899-SC, STJ, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 5.10.1999, in *DJU* de 21.2.2000, p. 121; v. também José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Forense, 8ª ed., p. 438; Ada Pellegrini Grinover, nota "c" in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, de Enrico Tullio Liebman, José Bushatsky, 1976, p. 194; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 3ª ed., p. 747)" (1º TACSP, 12ª C., Ap. 880.086-0, Campinas, j. 21.8.2001, v.u.; cf. também: 1º TACSP, 12ª C., Ap. 776.587-1, São José do Rio Preto, j. 25.5.1999, v.u.; 1º TACSP, 12ª C., Ap. 732.022-7, São Paulo, j. 27.11.1997, v.u.; 1º TACSP, 12ª C., Ap. 629.189-0, Arbaia, j. 20.2.1997, m.v.).

Também a ausência do Ministério Público nos processos em que sua intervenção seja obrigatória gera nulidade absoluta (CPC, arts. 84 e 246). O interesse público é manifesto, pois essa instituição atua sempre visando à proteção dos interesses indisponíveis da sociedade (CF, art. 129). Pois bem, se esse interesse consubstanciar-se na defesa de incapaz (CPC, art. 82, I) e este obtiver a tutela jurisdicional pleiteada, eventual ausência do promotor de justiça não pode levar à nulidade do processo, pois a finalidade pretendida pelo legislador foi alcançada, independentemente da intervenção.⁸⁹

Com relação, ainda, à intervenção obrigatória do Ministério Público no processo civil, mais delicada é a situação em que o não-cumprimento da exigência se verifica nas hipóteses de interesse indisponível não identificado com um dos pólos da relação processual (CPC, art. 82, II e III: estado, casamento, litígios coletivos pela posse de terra rural).

Aqui se mostra mais difícil a incidência dos princípios relativos a nulidades, pois o interesse público reside na própria natureza da relação material. A intervenção ministerial é exigida por entender o legislador ser imprescindível a fiscalização, pelo órgão incumbido de zelar por determinados interesses considerados relevantes, da formulação e atuação do direito material à situação da vida.

Não se deve excluir, todavia, a possibilidade de aproveitamento do processo mesmo nesses casos. Para obter a anulação deve o representante do Ministério Público, em sede de apelação ou pela via da ação rescisória, demonstrar que a não-intervenção gerou dano, ainda que potencial, aos interesses tutelados, apontando as providências concretas que, se adotadas, poderiam alterar o resultado.

Em síntese, não basta a simples afirmação de que a ausência do Ministério Público gera nulidade absoluta, independentemente da existência de prejuízo a ser concretamente demonstrado. Trata-se de visão formalista do processo, incompatível com sua natureza.

89. Cf. Bedaque, "Nulidade processual ...", *RePro* 60/62 e ss.; *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 215-220; Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil* ..., p. 332, nota 4 ao art. 246.

José Maria Tesheimer, invocando jurisprudência, também entende deva a nulidade ser decretada somente se, argüida pelo Ministério Público, ocorrer prejuízo ao interesse que ele é chamado a defender (cf. *Pressupostos Processuais* ..., pp. 157-158 e 170-171).

Não se deve exigir prova cabal do dano causado pela falta de intervenção. Basta a demonstração de que o promotor poderia ter postulado a adoção de determinadas medidas, passíveis de influir no julgamento. Em outras palavras, a presença dele poderia, em tese, contribuir para que a relação de direito material dotada de interesse público fosse submetida a outro regime jurídico.

Não se aceita a solução da nulidade pelo simples descumprimento da forma, sem prejuízo concreto, ainda que potencial.

Por isso, a resposta à indagação sobre ser insanável a nulidade só pode ser dada à luz da situação concreta. Nesta sede as generalizações são perigosas, pelo risco da imprecisão.⁹⁰

Esses exemplos são suficientes para afastar o dogma da inaplicabilidade dos princípios da instrumentalidade da forma e da ausência de prejuízo às nulidades absolutas.

A forma é arma contra o arbítrio — e, nessa medida, assegura a liberdade. O apego exagerado a ela, todavia, implica cerceamento dessa mesma liberdade, pois impõe soluções injustas em homenagem a um valor destituído de fim em si mesmo, sacrificando o verdadeiro objetivo a ser alcançado com as exigências formais. O culto à forma permite seja sacrificado o objetivo apenas para vê-la observada, impossibilitando determinado resultado mesmo diante da inexistência de prejuízo.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação à forma em sentido amplo, ou seja, à própria técnica processual. A violação a muitos dos princípios que a informam não gera necessariamente nulidade absoluta do procedimento, nem constitui óbice intransponível ao julgamento do mérito. A ausência de pressupostos processuais e de condições da ação, a não-observância dos princípios da inércia e da congruência, por exemplo, podem, ou não, impedir o julgamento do mérito. Depende da situação concreta. Ou, melhor, depende da

90. Danilo Costalunga formula hipótese interessante: pedido de anulação de casamento, fundado na existência de casamento anterior, julgado improcedente por ter o réu demonstrado o estado de divorciado. Embora não tenha o Ministério Público participado do processo, não parece razoável anulá-lo sem levar em conta a possibilidade, ainda que em tese, de a intervenção alterar esse resultado. Tal solução é fruto de excessivo formalismo e não contribui sequer para a tutela do interesse público cuja defesa está a cargo do Ministério Público (cf. Danilo Costalunga, “A teoria das nulidades ...”, *RF* 344/11-12).

avaliação a ser feita pelo julgador à luz de outros princípios, como economia processual, instrumentalidade das formas, inexistência de prejuízo etc.⁹¹

Mesmo em relação aos princípios constitucionais do processo ou a regras procedimentais que em tese asseguram maior amplitude do contraditório, o comparecimento e o silêncio da parte significam a irrelevância do vício processual, por mais grave que seja.⁹²

91. Por isso não se pode aceitar a afirmação genérica de Leonardo Greco segundo a qual essas regras e princípios são indisponíveis, razão por que a nulidade decorrente da não-observância deles é insanável (“As invalidades ...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/12). Pouca coisa no processo é *a priori* insanável. Dos exemplos citados pelo autor destaco a capacidade das partes, as condições da ação, o princípio da iniciativa das partes, a congruência, intervenção do Ministério Público. Todas estas falhas, dependendo das circunstâncias, podem ser desconsideradas, incidindo os princípios maiores da instrumentalidade e da ausência de prejuízo. No curso do estudo tratei de cada uma delas, apresentando situações reais ou imaginárias em que o vício processual pode e deve ser ignorado, pois, não obstante a relevância dos requisitos, a ausência deles não impediu que o processo atingisse todos os seus escopos. Aliás, o próprio autor reconhece a possibilidade de convalidação de atos absolutamente nulos se o juiz puder julgar em favor da parte a quem a decretação da nulidade aproveitaria. Essa solução não lhe parece possível nas hipóteses em que o requisito formal visa à proteção do interesse público (ob. e p. cit.). Estou plenamente de acordo com esta conclusão. Apenas não me parece correta a inclusão do rol acima nesta categoria, como procurei demonstrar ao abordar cada um dos requisitos de forma específica.

Também Humberto Theodoro Júnior enumera várias hipóteses de nulidades absolutas, pois expressamente cominadas, além de outras em que é prevista a ineficácia. À exceção da incompetência absoluta, todos os demais vícios podem ser considerados irrelevantes se deles não resultar prejuízo (cf. “As nulidades ...”, *RePro* 30/50). Com relação à violação ao princípio da correlação, v. Capítulo III, nota 61, em que se rejeita a tese da inexistência da sentença.

92. Se o procedimento escolhido for “menos garantístico” para o réu que o adequado — como observa Leonardo Greco —, a nulidade é absoluta. Se ocorrer o contrário, é relativa (Leonardo Greco, “As invalidades ...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/21). Pondero, todavia, que em ambos os casos a nulidade é sanável, desde que o réu compareça e não argua o vício. Não que o juiz esteja impedido de reconhecer de ofício a nulidade absoluta. Mas o comparecimento do réu sem alegar a inadequação indica não ter o procedimento impróprio, no caso concreto, causado prejuízo a quem se beneficiaria pela adoção de outro.

12. Inexistência material do ato processual

Para correta compreensão das questões envolvendo a inexistência do ato processual, necessário estabelecer algumas premissas.

Em primeiro lugar, é preciso considerar a inexistência fática do ato ou, mais precisamente, as consequências decorrentes da ausência de determinado ato do procedimento. Esse fenômeno, ao contrário do que alguns sustentam, é relevante para o processo, pois a omissão de determinado ato da cadeia do procedimento pode ou não comprometer a validade dos subsequentes e do próprio processo.⁹³

Ato faticamente inexistente não passou para o plano da realidade. Significa *não-ato*. Não se pode pensar em existência jurídica se nada aconteceu no mundo real, pois *fato jurídico* é o acontecimento da vida sobre que incide a norma abstrata.⁹⁴ O fenômeno da subsunção do fato à regra legal o transforma em fato jurídico. Citação não realizada, por exemplo, é ato inexistente, porque ausente o próprio suporte fático.⁹⁵

93. Assim, nem sempre a inexistência do ato processual refere-se ao plano jurídico, como sustenta José Maria Teshner (*Pressupostos Processuais* ..., p. 8).

94. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, p. 31.

95. Sobre inexistência jurídica e fática, cf. Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., pp. 89 e ss., e “Esboço de uma teoria das nulidades”, *RePro* 56/15. A fórmula proposta pelo professor balano é muito genérica, pois permite incluir na categoria dos atos inexistentes alguns perfeitamente passíveis de convalidação. A falta de assinatura em petição ou no laudo pericial, por exemplo, nem sempre gera inexistência. Basta que se possa aferir a vontade mediante outros atos do procedimento. A sentença proferida contra quem não foi parte existe, mas o prejudicado poderá opor-se a seus efeitos. Por isso, ainda que o ato não apresente a *forma processualmente reconhecível* (Calmon de Passos, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada* ..., p. 103), poderá eventualmente existir e ser eficaz. Restringir o âmbito da inexistência torna possível a preservação do ato pela ausência de prejuízo.

Moniz de Aragão distingue a inexistência fática da jurídica, apontando como exemplo da primeira modalidade os processos simulados com finalidade didática (cf. *Comentários* ..., 9ª ed., vol. II, p. 325). Tais situações — como bem ressalta o ilustre professor — não apresentam dificuldades, pois os respectivos atos não foram praticados perante o juiz. Mas há o fenômeno da inexistência de determinado ato em procedimento regularmente instaurado. Este, sim, merece exame, pois será possível convalidar os atos subsequentes e o próprio processo, não obstante a omissão de ato relevante. V. também Chiara Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 15–16.

Verificada a ausência material de determinado ato do procedimento, resta saber qual a consequência para o processo, especialmente nos casos da existência de atos posteriores, que não podem ser simplesmente ignorados.⁹⁶

Essa questão não comporta solução genérica e peremptória. É necessário verificar, em cada caso, o tipo de ato inexistente e, principalmente, o que ocorreu em razão da omissão. Certamente, a não-realização da audiência preliminar (CPC, art. 331) e a falta de citação produzem efeitos diversos no processo em que se deu a falha.

Abstraida, por enquanto, a polêmica quanto às consequências da falta de citação — problema a ser discutido mais adiante —, é certo que elas são gravíssimas, tendo em vista a importância desse ato de comunicação processual. Podem comprometer a validade e, para alguns, a própria subsistência dos atos subsequentes.

Já a não-realização da audiência preliminar constitui vício menos grave, tanto que, ao menos em princípio, não impede a validade e eficácia dos atos posteriores, inclusive a sentença. Se nenhum prejuízo decorreu da inexistência dela — pois a conciliação seria

96. Observa Leonardo Greco: “Nos casos mais graves, chamados teratológicos, como falta de jurisdição, falta de pedido, falta de dispositivo na sentença, se o ato, após ter sido praticado, determinou a prática de outros atos subsequentes, ainda que seja para remediar o vício ocorrido, essa atividade se desenvolveu de acordo com os princípios e regras do procedimento legal e, portanto, não se pode considerar que o ato e o processo simplesmente ‘inexistiram’” (“As invalidades ...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/16). Com relação à sentença sem dispositivo o fenômeno é raro, pois, como lembra Eduardo Talamini, quase sempre será possível extrair do conteúdo do ato a decisão, ainda que esta não exista formalmente (cf. *Coisa Julgada* ..., p. 310; no mesmo sentido: Chiara Besso, *La Sentenza Inesistente*, pp. 217-218).

Pondero, ainda, que, interposto recurso e verificado o vício, poderá o tribunal ignorá-lo se presentes todos os elementos necessários ao julgamento. Compreensão extensiva do art. 515, § 3º, do CPC torna desnecessária a devolução dos autos ao juízo de origem, para ser proferida sentença. Sobre o problema da denominada “invalidade derivada” e a relação entre atos dependentes e independentes, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior esclarece: “A invalidade de um ato não contagia os anteriores, nem os subsequentes que não o tenham por antecedente necessário; mas contamina os atos sucessivos que dele dependam (*id est*, aqueles que não apenas são cronologicamente posteriores, mas que tenham o ato invalidado como indispensável para a sua própria realização)” (“Invalidade derivada e invalidade parcial”, *Ajuris* 33/129).

mesmo impossível e foram produzidas as provas relativas aos fatos controvertidos –, os atos posteriores são válidos e eficazes.

Algo, todavia, existe de comum entre as duas situações aqui apresentadas. Tanto a falta de citação quanto a não-realização da audiência podem tornar-se irrelevantes se da omissão não resultar prejuízo ao interesse tutelado pela exigência da forma. É claro que, por ser a inexistência de citação falha muito mais grave, a possibilidade de aproveitamento do processo acaba sendo praticamente mais difícil. Mas não se pode falar em inexistência neste caso.⁹⁷

Por haver diferença entre os atos processuais, considerada a relevância deles para a regularidade do procedimento, não parece possível generalizar a eficácia saneadora da coisa julgada. Se inexistente a citação, o réu poderá alegar o vício a qualquer momento, não ficando limitado ao prazo da ação rescisória. O mesmo não ocorre se não realizada a audiência preliminar. Aqui, sim, a coisa julgada impediria a alegação do vício.⁹⁸

97. Acertada a afirmação de Leonardo Greco: “Também não é inexistente a sentença em razão da falta ou nulidade da citação. Se a lei, em algum caso (CPC, art. 741, I), facilita o reconhecimento do defeito da sentença resultante de citação nula, em razão de sua especial gravidade, isso não permite simplesmente ignorá-la, pois como ato de vontade do Estado deve ser respeitada, enquanto não for declarada nula pela via própria” (“As invalidades processuais...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/16). Acrescento a essa conclusão outra, já sustentada no corpo do texto: essa sentença poderá ser convalidada se a falta ou nulidade de citação não causou prejuízo ao réu.

98. Daí a discordância parcial com conclusão de Ada Pellegrini Grinover, pois nem toda inexistência torna-se irrelevante após esgotado o prazo para rescisória. E nem toda inexistência justifica a rescisão da sentença (cf. Ada Pellegrini Grinover, “O sistema das nulidades processuais...”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, p. 158).

Com relação à audiência preliminar, não obstante a relevância do ato – pois destinado não só à conciliação, mas também ao saneamento definitivo do processo, à fixação dos pontos controvertidos e à determinação dos meios de prova –, não há como sustentar sua obrigatoriedade diante da atual redação do art. 331, § 3º, do CPC, como reconhece o próprio Cândido Dinamarco, grande defensor desta tese (cf. *A Reforma da Reforma*, 6ª ed., pp. 109-110), que chegou a sagrar-se vitoriosa em parte da jurisprudência (cf. *JTJ-Lex* 255/33-36). Embora não se trate de discricionariedade judicial, mas de conceito jurídico indeterminado, ampliou-se a possibilidade de dispensa (cf. Barbosa Moreira, “Vicissitudes da audiência preliminar”, *RF* 374/143 e ss., com importantes formações e reflexões sobre o instituto, inclusive de Direito Comparado).

Em síntese, o efeito causado pela inexistência do ato processual varia em função da relevância dele para o procedimento. Mas também este problema pode deixar de existir pela falta de prejuízo. Esta afirmação pode impressionar à primeira vista. Para aceitá-la, basta deixar de pensar o processo como uma relação jurídica, nos moldes do modelo concebido para o direito privado. A teoria da relação jurídica processual constitui marco importantíssimo na evolução desse ramo do Direito, na medida em que contribuiu para revelar sua autonomia. Antes de tudo, porém, *processo* é método de solução de controvérsias. Se a idéia de *relação jurídica* ajuda a compreender o relacionamento existente entre autor, juiz e réu, excessivo apelo a ela acaba comprometendo o escopo desse procedimento estatal. Por isso, as exigências pertinentes à regularidade do processo não podem ser vistas como essenciais à própria concepção do fenômeno. Passemos a pensar o processo como um método imaginado pelo legislador a fim de que a jurisdição possa eliminar as crises de direito material. Eventuais violações ao modelo legal podem não comprometer este escopo – o que as torna irrelevantes.

13. Inexistência jurídica do ato processual

Fenômeno diverso é a *inexistência jurídica* de determinado ato processual. Ele é praticado – ou seja, sai do plano da cogitação –, mas faltam-lhe requisitos essenciais a que exista juridicamente. A ausência de um dos elementos de fato que a lei considera indispensáveis à configuração jurídica do ato gera o fenômeno da *inexistência*.⁹⁹ Verifica-se o suposto fático, que, todavia, permanece estranho ao mundo jurídico.

Para que o ato exista juridicamente, portanto, é necessário que o suporte fático esteja previsto pela regra jurídica, que o considera suficiente, concedendo-lhe entrada no mundo jurídico.

No âmbito do direito processual, todavia, parece ser irrelevante a diferença entre inexistência *fática* e *jurídica*. Em ambos os casos

Para Eros Roberto Grau os conceitos não são indeterminados, pois representam idéias universais. Existem, na verdade, termos, expressões indeterminadas de conceitos (cf. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., p. 196).

99. Calamandrei, “La cassazione civile”, in *Opere Giuridiche*, vol. VII, p. 173.

o vício verificado no procedimento somente comprometerá os atos subsequentes se houver prejuízo. Se não, deve ser reconhecida a irrelevância da falta.

Por esse ângulo, também não apresenta qualquer importância a distinção entre *inexistência fática ou jurídica e nulidade absoluta*, pois os princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo permitem desconsiderar qualquer vício processual se não ficarem comprometidos os fins pretendidos por esse método de trabalho.

A visão teleológica do processo tem como principal consequência metodológica o estudo desse ramo do Direito pelo ângulo instrumentalista. É o processo visto como mecanismo de solução de controvérsias, sobressaindo no exame do fenômeno o objetivo que se pretende alcançar com o instrumento. Do ponto de vista interno, endoprocessual, este método de estudo do direito processual encontra apoio no princípio da instrumentalidade das formas, por força do qual ganha importância o escopo particular de cada ato processual, em detrimento dos requisitos formais cuja observância seja porventura exigida para sua validade.¹⁰⁰

Entre as idéias fundamentais dos sistemas processuais modernos destacam-se aquelas representadas pelos princípios da economia processual e da simplificação das formas, o que impõe sejam as regras processuais interpretadas racional e teleologicamente, sempre com o pensamento voltado para os fins maiores do instrumento.¹⁰¹

100. Dinamarco sintetiza com precisão essas idéias: "Em consequência de tudo, tem-se que a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (o que se dá em todos os casos em que, por maior que seja o vício ou mais grave a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito)" (*A Instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., p. 330, sem grifos no original). Não se pode, pois, deixar de apoiar a conclusão de Ferruccio Auletta, a propósito do art. 156 do CPC italiano: "Poiché lo scoglio legalmente tipico del singolo atto è frazione dello scoppo compressivo del processo, di quest'ultimo la norma finisce, dunque, per incrementare la possibilità di conseguimento, svolgendo una funzione costituzionalmente positiva" (*Nullità e Inesistenza...*, p. 298).

101. Apontando a presença desses princípios no Código de Processo Civil Modelo para a Iberoamérica, Comoglio dá ênfase à interpretação teleológica das regras processuais, pois eles "non vanno mai disgiunti dalla necessità di

Raciocinemos com exemplo dado pela doutrina. Citação não realizada é *não-ato*, pois inexistente no mundo fático, ainda que o fenômeno possa produzir consequências jurídicas. Já a citação feita em pessoa diversa daquela indicada pelo autor para ocupar o pólo passivo é *juridicamente inexistente* para alguns e *nula* para outros. De qualquer modo, o réu não foi citado e não está sujeito à imutabilidade da sentença.¹⁰²

Mas, se improcedente a pretensão do autor, o vício da citação não constitui empecilho à sentença de mérito. Preferida esta, será válida e eficaz, pois a pessoa prejudicada pela falta de citação, que sequer participou do contraditório em razão dessa falta, foi beneficiada pelo resultado.

É preciso ter sempre em mente — e não custa insistir neste ponto — que as formalidades do processo visam a possibilitar o desenvolvimento seguro do instrumento, proporcionando às partes acesso ao contraditório e à ampla defesa, para que elas possam participar e influir no resultado. Tudo isso para alcançar o objetivo maior: viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Parece importante ressaltar esse aspecto, que tem passado despercebido ao processualista. O Estado estabelece normas para o processo porque pretende oferecer aos que necessitam da tutela jurisdicional instrumento seguro e adequado à solução das controvérsias. Desde que seja possível este resultado sem comprometimento da segurança, não há por que insistir na observância da forma.

Iniciado um processo, não importa como, desencadeia-se a prática de atos determinados pelo juiz. A partir de então, já existe uma estrutura processual constituída.

verificare, di volta in volta, la validità delle soluzioni interpretative accolte, alla luce delle loro possibili ricadute pratiche sulla realtà operativa del processo" (*Garanzie Minime del "Giusto Processo"* "Civile negli Ordinamenti Ispano-Latinoamericani", p. 10). Na verdade, simplificação das formas constitui aspecto do princípio da economia, pois gera dispensa de atos e formalidades inúteis; o mesmo ocorrendo em relação à adequação da forma às necessidades do caso concreto (cf. José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisito*, pp. 163 e 178-179).

102. Embora distinga as duas situações, Édson Ribas Malachini parece concordar que ambas geram a mesma consequência no que se refere à possibilidade de arguição do vício (cf. "Das nulidades...", *Revista Brasileira de Direito Processual* 12/15).

Eventual desconformidade entre o modelo legal e o ato concretamente considerado ou mesmo a ausência de um dos atos previstos no modelo legal de procedimento podem representar acontecimentos relevantes, ou não. Depende das consequências causadas pelo vício.

O reconhecimento de uma nulidade absoluta ou relativa e a relevância da inexistência fática ou jurídica de determinado ato processual somente ocorrem se houver prejuízo às partes ou aos valores tutelados pelo sistema processual.

Esta é, sem dúvida, a grande questão a ser considerada no estudo da técnica processual e da não-observância das exigências previstas na lei para a regularidade do instrumento.

A tendência moderna à relativização dos vícios atende ao escopo fundamental do sistema, pois amplia a possibilidade de eliminação dos litígios mediante instrumentos que, se examinados apenas pelo ângulo da forma e da técnica, não teriam condições de subsistir.¹⁰³

Esta conclusão decorre de premissa a ser seguida por todos os que pretendem extrair o verdadeiro significado da lei. Não basta examinar seu texto. Importante — indispensável, mesmo — é buscar o espírito da lei, que, em sede processual, identifica-se sempre com o fim colimado. Por isso, a simples violação ao texto legal nem sempre implica nulidade do ato processual, pois pode não atingir o espírito da lei, isto é, seu fim.¹⁰⁴

14. Vícios da citação

O estudo dos vícios de todos os atos do processo apresenta interesse particular em relação a dois deles: *citação* e *sentença*. Aqui,

103. Essa tendência é apontada por Calamandrei, muito embora o eminente jurista, corretamente, não estenda a conclusão à inexistência da sentença (“La cassazione civile”, in *Opere Giuridiche*, vol. VII, p. 174). Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama a atenção para a gradativa perda da força e valor da forma do ato processual, revelando otimismo quanto aos temperamentos existentes no sistema processual brasileiro à legalidade da forma (cf. *Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 123-124).

104. “A sanção de nulidade só tem aplicação quando, com a violação do texto da lei processual, se viola também o espírito do texto legal, isto é, quando ocorre violação de fundo, quando o fim colimado pelo texto legal não é conseguido, quando ocorre prejuízo para uma ou outra das partes, para o Direito, para a Justiça” (Inocêncio Borges da Rosa, *Nulidades do Processo*, p. 150).

a não-observância da forma legal pode comprometer o contraditório e a própria tutela jurisdicional. Por esse motivo, convém testar as premissas estabelecidas anteriormente, de caráter genérico.

Em primeiro lugar, tratemos da *citação*.

Convém, desde logo, fixar entendimento a respeito da natureza do vício causado pela falta de citação. Trata-se, indiscutivelmente, de ato essencial à regularidade do procedimento, pois viabiliza o contraditório. Mas, ainda que o réu não citado permaneça ausente, processo existiu. Há nulidade absoluta, que deve ser reconhecida de ofício. Apenas isso.

Não se trata de *inexistência*, como querem alguns. Tanto é verdade que, não detectado o vício, eventual sentença poderá até torná-lo irrelevante e ser apta a produzir efeitos. Basta pensar na importância do pedido deduzido pelo autor. 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?

A tese da inexistência do processo, nesse caso, não satisfaz. A solução do problema não pode ser dada simplesmente com fundamento na premissa de que a citação é pressupostos de existência do processo. A questão é mais complexa, mesmo porque a própria classificação dos pressupostos processuais é controvertida.¹⁰⁵

Se réu não citado permanece ausente, é considerado terceiro — e, nessa condição, não está realmente sujeito à imutabilidade da sentença, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada. Quanto a esta assertiva inexistente dúvida. Tanto é verdade que a questão pode ser suscitada em embargos à execução, ainda que vencido o prazo para a rescisória (CPC, art. 741, I).

Mas afirmar que o processo e a sentença devem ser considerados inexistentes em relação a ele não condiz com a visão instrumentalista do processo. Se o vício, não obstante gravíssimo, não impediu que o resultado beneficiasse substancialmente aquele que, do ponto de vista técnico-processual, foi prejudicado, não há por que insistir na inexistência do instrumento. Apesar de não observado o contraditório, o réu, privado da ampla defesa, obteve resultado favorável no plano material. A sentença existe e é apta a vincular definitivamente o autor.

Já o réu, embora não sujeito à coisa julgada, não tem interesse em impugná-la. Aliás, ele poderá, a qualquer tempo, valer-se do comando nela contido para impedir nova investida do autor contra sua esfera jurídica — o que significa tratar-se de ato processual não só *existente*, como *eficaz*.¹⁰⁶

Se o resultado do processo for contrário aos interesses do réu não citado, evidentemente, o vício poderá ser argüido a qualquer tempo e pela via processual mais conveniente a quem pretende resistir aos efeitos da sentença.¹⁰⁷

Por isso, não pode ser aceito o entendimento — embora respeitável — no sentido de que a ausência de citação implica inexistência do próprio processo e de todos os atos nele praticados. Citação não

106. Por não atentar para a hipótese aqui imaginada, em que o réu não citado acaba beneficiado pela sentença de improcedência, Rodrigo da Cunha Lima Freire adere à posição tradicional, sustentada por boa parcela da doutrina, segundo a qual o processo é inexistente para o réu, que não é alcançado pela coisa julgada (cf. *Condições da Ação. Enfoque sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro*, p. 38).

Pedro da Silva Dinamarco, embora afirme serem inexistentes decisões proferidas em processos de que não tenha participado o réu não citado regularmente, reconhece configurar excesso de formalismo adotar-se sempre esta solução. Invocando a sentença de improcedência, propõe, com inteira razão, a incidência dos arts. 244 e 249, §§ 1^o e 2^o, do CPC (in Pedro da Silva Dinamarco e outros, *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 552-554, 678 e 710).

José Ignácio Botelho de Mesquita adere à tese da nulidade, mas entende não ser a sentença apta ao trânsito em julgado (cf. *Coisa Julgada*, p. 105). Desconsidera, portanto, a possibilidade de o réu ser favorecido, com a consequente eliminação do vício pela falta de prejuízo. Sobre eficácia da sentença em relação a terceiros e a não-sujeição deles à coisa julgada, cf. Eduardo Talamini, “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”, in Fredie Didier Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*, pp. 202-205.

107. Moniz de Aragão, após concluir que o vício da inexistência jamais convalésce, imagina situações em que a execução atingirá quem deveria ter sido citado (*Comentários* ..., 9^a ed., vol. II, p. 327). Está o Mestre imaginando sentenças condenatórias em que o réu não foi citado para o processo de conhecimento. Nesses casos — como se pretende demonstrar — a coisa julgada não alcança o réu, que sempre poderá alegar o vício. Chiara Besso conclui pela possibilidade de utilização da *opposizione di terzo*, pois ele, na realidade, não fez parte do processo (cf. *La Sentenza Inesistente*, p. 232). Não cogita a autora da possibilidade de o réu sair vencedor.

é requisito de existência da relação processual, tanto que, indeferida a inicial mediante sentença, o autor poderá recorrer e o procedimento passará a desenvolver-se em segundo grau, sem participação do sujeito passivo, que sequer é intimado para acompanhar o recurso, como ocorria antes (CPC, art. 296 e parágrafo único). Estamos diante de processo sem citação.

A propósito do indeferimento da inicial, aliás, tudo o que ficar decidido no processo, em sede de eventual apelação interposta pelo autor, não transita em julgado em relação ao réu, que pode deduzir toda a matéria de defesa, se provido o recurso e ele for citado.¹⁰⁸

A não-realização desse ato de comunicação gera nulidade de tudo o que se segue após a omissão indevida, inclusive a sentença. O vício é gravíssimo, pois compromete o contraditório. Além disso, como o réu não foi parte, a sentença não é apta a transitar em julgado em relação a ele, que é terceiro, como todos os demais que porventura estejam sujeitos aos efeitos do julgamento mas não são alcançados pela imutabilidade dele.¹⁰⁹

108. Por essa razão — e acertadamente —, o STF negou provimento a agravo regimental em agravo de instrumento, afastando alegação de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, deduzido por réu não intimado a se manifestar sobre a apelação interposta pelo autor, contra o indeferimento da inicial. Como ele não participara do processo até então, não estava sujeito à coisa julgada nem à preclusão da matéria já decidida (cf. *Informativo STF* 355, 2-6-8-2004).

109. A posição contrária é defendida, entre outros, por Cássio Scarpinella Bueno, para quem os atos praticados em processo em que não houve citação têm apenas existência fática, não jurídica. Assim, “inexistente relação jurídica processual, inexistente é o processo, e todos os atos nele produzidos, inclusive a sentença. Diante de sentença prolatada em processo inexistente, insustentável a produção de seus efeitos típicos, dentre eles a coisa julgada material” (*Mandado de Segurança*, pp. 363-364). No mesmo sentido, Juliana Demarchi (“Ato processual juridicamente inexistente — Mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica”, *Revista Dialética de Direito Processual* 13/50). Todos seguem a orientação de Liebman, que acaba identificando *nullidade absoluta* com *inexistência*, tal como faziam os romanos (cf. “Nulidade da sentença proferida sem citação do réu”, in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, pp. 179 e ss.).

Admite-se que a sentença proferida sem a presença do réu não se torne imutável em relação a ele, mas não ineficaz, pois coisa julgada não é efeito dela, mas qualidade, conforme entendimento dominante na doutrina brasileira. Aliás, Cássio Scarpinella Bueno aponta a citação como pressuposto de existência do processo, deixando sem explicação o fenômeno do indeferimento da

Há quem diga, aliás, que a expressão “inexistência” significa espécie de nulidade absoluta do ato processual, cuja característica é permanecer imune à coisa julgada. Esta seria a particularidade da inexistência, apta a distingui-la da nulidade absoluta. Se não fosse possível extrair do direito positivo esse *quid*, a discussão doutrinária a respeito do tema perderia completamente o sentido.¹¹⁰

O réu, por não ter sido citado, não participou do processo. Ainda que sujeito à eficácia da sentença – como todos estão¹¹¹ –, pode

inicial. O que teria ocorrido até então, senão processo? Correta sua conclusão quanto à desnecessidade de rescisória, o que decorre, todavia, dos limites subjetivos da coisa julgada. Se o réu não foi citado, não foi parte, e, conseqüentemente, para ele o ato não é *imextivell* – neologismo famoso pelas circunstâncias em que foi empregado, hoje incorporado ao vernáculo. Significa aquilo em que não se pode mexer, inalterável (cf. Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*). A resistência à eficácia da sentença poderá ser manifestada por qualquer meio processual, inclusive rescisória e anulatória, devendo ser rejeitadas as posições restritivas, como bem esclarece Eduardo Talamini (cf. “Partes, terceiros e coisa julgada ...”, in Fredie Didier Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais* ..., pp. 231-232). Juliana Demarchi, embora considere inadequada a rescisória em caso de inexistência – pois não há coisa julgada e o tribunal é absolutamente incompetente –, entende deva ser proferida decisão de mérito se a carência não for decretada logo no início. Invoca os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, bem como a fungibilidade de meios e o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, que deve ser aplicado por analogia (cf. “Ato processual juridicamente inexistente – ...”, *Revista Dialética de Direito Processual* 13/55-57). Assim também Eduardo Arruda Alvim (cf. *Curso* ..., vol. 1, p. 311, esp. nota 7).

Esta conclusão merece integral apoio. De qualquer modo, a sentença é apta a produzir efeitos, ainda que não imutáveis. A tese da inexistência deixa sem explicação plausível a desconsideração do processo em que o réu não foi citado mas recebeu tutela de mérito favorável. Por que ignorar essa sentença, e todos os atos que a antecederam, se a ausência de citação não causou prejuízo ao destinatário do ato omitido? Admitida a tese da inexistência, nada impede que o autor proponha novamente demanda idêntica, ainda que improcedente o pedido formulado – o que revela ser insatisfatória a solução proposta. Processo sem citação é nulo, e o vício torna-se irrelevante se dele não resultar dano para aquele que a forma processual visava a proteger.

110. Cf. Vittorio Denti, “Inesistenza degli atti processuali civili”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 636. Eduardo Talamini aceita a categoria da inexistência e aponta exatamente a não-incidência da coisa julgada e a desnecessidade de rescisória para atacar a sentença inexistente como características que a diferem da nulidade (cf. *Cosa Julgada* ..., pp. 284-285). Assim também Chiara Besso (*La Sentenza Inesistente*, pp. 24 e 95 e ss.).

111. A sentença é ato de poder – e, portanto, todos estão sujeitos a seus efeitos. Para a grande maioria eles são indiferentes, pois não atingem sua esse-

resistir a ela por qualquer meio,¹¹² visto que não vinculado à imutabilidade dela.

O problema resolve-se, portanto, à luz das regras e princípios relativos à eficácia da sentença em relação a quem não foi parte e aos limites subjetivos da coisa julgada.

Mas para o autor o processo existiu, é válido, e a sentença nele proferida é eficaz, possuindo aptidão para o trânsito em julgado.

15. Escopo da citação

Afirmar a inexistência do processo porque não realizada a citação é desconsiderar o objetivo desse ato de comunicação processual e os escopos do próprio processo. É retroceder às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que incluíam a falta de citação como causa de inexistência da sentença (Livro III, Título LXXVIII; Livro III, Título X; e Livro III, Título LXXV, respectivamente), ao lado da suspeição, da incompetência, da prova falsa e da violação a texto

ra jurídica. Entre aqueles que podem ser praticamente afetados pela eficácia da sentença, somente as partes do processo em que ela foi proferida não mais poderão evitá-los, em razão da coisa julgada material. Terceiros, que não participaram do processo, não estão sujeitos à imutabilidade da sentença e de seus efeitos. Por isso, Vittorio Denti conclui pela existência da sentença proferida nessa circunstância: “La mancanza del soggetto indicato come titolare del rapporto o stato giuridico controverso non esclude, infatti, l’esercizio del potere giurisdizionale rispetto alla *res in iudicium deducta*, individuata formalmente nella domanda giudiziale, salva l’imponibilità alla pretesa parte di tale decisione” (“Inesistenza ...”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 638). Ou seja: a questão se resolve na possibilidade de o réu ausente, por ser considerado terceiro, resistir à eficácia da sentença, se assim lhe convier, pois ele não é atingido pela coisa julgada – qualidade a que somente quem efetivamente participou do contraditório está sujeito. Sobre a distinção entre *eficácia da sentença* e *imutabilidade de seus efeitos*, cf. a construção de Liebman, predominante na doutrina processual brasileira (*Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3ª ed., esp. pp. 37 e ss.).

112. É a denominada “atipicidade das formas” de invocação da tutela, referida por Flávio Yarshell (cf. *Tutela Jurisdicional*, p. 82). No caso, além dos embargos à execução (CPC, art. 741, I), pode o réu não citado valer-se de qualquer outra via, mesmo porque, se declaratória ou constitutiva a sentença, não haverá execução (cf.: Adroaldo Furtado Fabricio, “Réu não citado, ...”, *Revista Dialética de Direito Processual* 13/56).

expresso de lei. Trata-se de entendimento incompatível com a evolução científica e a visão instrumentalista do processo.

A citação visa a levar ao conhecimento do réu a existência da pretensão deduzida pelo autor, a fim de que ele tome as providências adequadas ao exercício do direito de defesa.

Trata-se, evidentemente, de formalidade essencial à validade do processo, pois dela depende o próprio contraditório.

Não obstante a inegável importância desse ato, não se pode ignorar que o réu é o maior beneficiário dele. As exigências rigorosas quanto à forma da citação visam a atender aos interesses do sujeito passivo, assegurando-lhe a possibilidade de defender-se. Tanto é verdade que o comparecimento espontâneo supre a omissão (CPC, art. 214, § 1º). A razão de ser desta regra é uma só: a omissão da formalidade não causa prejuízo aos objetivos desejados pelo legislador ao prevê-la.

Se é assim, por que não estender o mesmo raciocínio para outras hipóteses em que, embora o réu não tenha comparecido, ele foi beneficiado pelo resultado do processo? Não parece haver óbice no sistema. Ao contrário, a solução é expressamente autorizada (CPC, art. 249, § 2º), inexistindo qualquer limitação ao âmbito de incidência dessa regra.

O problema da falta de citação, portanto, comporta soluções distintas, dependendo de algumas circunstâncias ou do momento em que verificada a falha.

O comparecimento do réu afasta o vício, pois o objetivo do ato foi alcançado independentemente dele.

Se identificado defeito quanto à citação logo no início, o processo deve ser extinto se o autor não providenciar a regularização.

Caso o problema passe despercebido e o juiz esteja em condições de proferir sentença favorável ao réu, deverá fazê-lo, ignorando a falta do pressuposto processual. Aliás, se, além da ausência de citação, o pedido for juridicamente impossível, ou estiver configurada a ilegitimidade de uma das partes, esta deve ser a causa de extinção, porque mais benéfica à parte, já que o grau de estabilidade da sentença será muito maior.¹¹³

113. Sobre a imutabilidade da sentença de carência, cf. Capítulo IV, n. 32.

Por fim, proferida e transitada em julgado sentença de improcedência, não há razão para reconsiderá-la, bem como seus efeitos. O ato atingiu seus objetivos — e, por isso, é existente, válido e eficaz.¹¹⁴

A ausência de citação e eventual procedência do pedido resolvem-se no plano da eficácia da sentença em relação a quem não participou do processo. Poderá ele resistir ao comando nela contido pelas vias processuais existentes no sistema, quer propondo demanda declaratória visando ao reconhecimento da inexistência de vínculo jurídico com o autor, quer se defendendo da pretensa eficácia da decisão. A resistência pode ser manifestada por qualquer meio, inclusive pela impropriamente denominada “exceção de pré-executividade”.¹¹⁵

16. Outras considerações sobre inexistência jurídica e citação

Para auxiliar o raciocínio, recorre-se a alguns exemplos.

É possível imaginar a hipótese de o próprio autor entregar cópia do mandado de citação ao réu, que o assina. Juntado aos autos, o

114. Daí a discordância com a posição sustentada pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem o processo em que não houve citação é inexistente, o mesmo ocorrendo com a sentença nele proferida (cf. *Nullidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 48-49 e 355 e ss.). Idêntica é a posição de Eduardo Arruda Alvim (cf. *Curso* ..., vol. 1, p. 172). Não obstante a relevância dos argumentos e a autoridade de quem os invoca, a ausência ou nulidade da citação não tornam necessariamente inexistentes o processo e a sentença, ainda que haja revelia. Embora o réu não compareça, não se pode desconsiderar a possibilidade de ele obter resultado favorável. Nesse caso, o vício torna-se tão irrelevante quanto na hipótese de comparecimento. Em ambos os casos a falta do ato de comunicação processual não impediu fossem alcançados os objetos pretendidos pelo legislador ao exigí-lo. O réu deve ser cientificado para poder defender-se e evitar sentença contrária a seus interesses. O que importa, em última análise, é a preservação de sua esfera jurídica. A sentença de improcedência atinge esse objetivo, tornando irrelevante a falta de citação. Por isso, concluir simplesmente pela inexistência do processo é impedir este resultado, em prejuízo daquele a quem a citação destina-se a proteger. Correta, portanto, a conclusão de Fredie Souza Didier Júnior quanto à aplicabilidade do art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC (*Pressupostos Processuais e Condições da Ação — O Juízo de Admissibilidade do Processo*, p. 172).

115. Desnecessário valer-se da noção de *inexistência* — como fez Roque Komatsu (cf. *Da Invalidade* ..., pp. 161-164) — para se chegar à conclusão defendida neste estudo.

ato será juridicamente existente, ou não? A resposta é afirmativa, pois o que importa, no caso, é a ciência do citando. Ele poderá, evidentemente, demonstrar a falsidade da assinatura – o que implicaria inexistência do ato. Mas o simples fato de haver vício concernente ao auxiliar incumbido de realizar o ato não gera nulidade se o destinatário tomar conhecimento dele. Mais importante que a observância de formalidades relativas à realização da citação é a ciência pelo réu.¹¹⁶

E a citação não realizada na pessoa do réu, sem que ocorra a hipótese de hora certa? Trata-se de ato juridicamente inexistente, pois ao suposto fático faltam os requisitos mínimos a que ele possa ingressar no mundo jurídico. Um fato aconteceu no processo sem, todavia, subsumir-se ao modelo legal.¹¹⁷

De qualquer modo, ainda que juridicamente inexistente, ele pode produzir o efeito desejado. O que importa, pois, nem é tanto o vício em si, mas as consequências dele decorrentes. A ausência de prejuízo faz com que qualquer falha processual, por mais grave, seja desconsiderada.

Não se encontra na doutrina civilista fórmula precisa sobre o plano da existência jurídica do ato, do ser e do não-ser. Com conceitos teóricos vagos e imprecisos, valem-se os autores de exemplos para distingui-lo do plano da validade.¹¹⁸

116. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., p. 356.

117. "O ser juridicamente e o não-ser juridicamente separaram os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico. Assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., t. IV, p. 8).

118. Além de Pontes de Miranda, também Antônio Junqueira de Azevedo procura identificar os dois planos (existência e validade). Para ele o negócio jurídico só existe se estiverem presentes os elementos essenciais, embora reconheça haver grande imprecisão a respeito da caracterização desses requisitos. Ao examinar o plano da existência, o ilustre civilista do Largo de S. Francisco afirma ser *elemento* tudo aquilo que compõe a existência do negócio, podendo ser geral, categorial e particular. A ausência de elemento geral implica inexistência. Quanto ao categorial, se indeterrigável, possível a conversão em outro negócio. Toda a formulação teórica é acompanhada de exemplos – inaplicáveis, todavia, aos atos processuais, porque têm em vista exclusivamente os negócios jurídicos. A idéia de inexistência jurídica no âmbito do direito

Já se afirmou, com indiscutível acerto, ser impossível saber se o ato inexistente juridicamente sem antes estabelecer os requisitos a serem preenchidos para ele ser considerado existente. Somente após sabermos o que é um *ato perfeito* poderemos identificar os defeituosos. Raciocínio diverso configura manifestação inversão lógica.¹¹⁹

material pode ser aproveitada no processo desde que possamos identificar com precisão os elementos necessários à existência do ato processual e, principalmente, a consequência da inexistência jurídica dele. Insuficiente para essa caracterização a definição de "inexistência" como falta de elementos constitutivos para a conformação do tipo legal, que acaba incluindo a forma como requisito essencial de existência (cf. Juliana Demarchi, "Ato processual juridicamente inexistente - ...", *Revista Dialética de Direito Processual* 13/48). Se assim fosse, sempre que não houvesse correspondência entre o ato e o tipo legal estariam os diante da inexistência jurídica. A referência à *forma* como elemento essencial só pode ser aceita se entendida a expressão como exteriorização do ato, qualquer que seja o modo adotado. O grande problema teórico, ao menos em sede processual, reside na identificação dos elementos sem os quais o ato não se consideraria juridicamente existente. Visão pragmática e instrumentalista do fenômeno revela, todavia, que somente tem relevância a questão da inexistência da sentença e, em menor grau, da citação. Mesmo assim, os princípios da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo reduzem substancialmente a importância da discussão. Por isso mostra-se insuficiente também a fórmula proposta por Crisanto Mandrioli, que critica a noção, considerando-a inaceitável em seu significado lógico e literal, pois, ainda que ausentes elementos essenciais, algo existe. Aceita, todavia, a expressão destinada a identificar os vícios absolutamente insanáveis (cf. *Corso* ..., 2ª ed., vol. I, p. 327). Nem isso ocorre, visto que a inexistência jurídica de atos processuais – inclusive a citação – pode tornar-se irrelevante. A afirmação está correta apenas em relação à sentença inexistente.

119. Cf. Barbosa Moreira, "Citação de pessoa falecida", in *Temas de Direito Processual: Quinta Série*, p. 78. Acrescenta que a *existência* depende da presença dos elementos essenciais indicados na lei, ao passo que a *validade* está relacionada aos atributos ou requisitos indispensáveis. Os primeiros manifestam-se na forma de substantivos, e os segundos apresentam-se como adjetivos. A manifestação da vontade é elemento essencial; e a ausência de dolo, requisito indispensável (idem, pp. 79-80). *Inexistência*, ao ver de Calamandrei, corresponde à falta de elementos constitutivos do ato, assim considerados pelo legislador – motivo pelo qual, aliás, impossível enumerá-los abstratamente, pois a questão se resolve segundo o direito positivo de cada país (cf. "Vícios de la sentencia ...", in *Estudios sobre el Proceso Civil*, pp. 429-430).

Sobre as críticas dirigidas à idéia de *inexistência jurídica*, fundadas na impossibilidade de fixarem-se limites precisos entre esse fenômeno e a nulidade, cf. Eduardo Talamini (*Coisa Julgada* ..., pp. 281-284), para quem o ato existe se houver correspondência básica entre o ele e o tipo legal – fenômeno

Lembre-se que o sistema processual brasileiro apresenta situação em que o processo pode ter início e terminar validamente antes mesmo da citação, sem que o fenômeno consubstancie qualquer vício: trata-se do *indeferimento da inicial* (CPC, art. 295).

Pois bem. Dentre as hipóteses de rejeição liminar da demanda encontram-se a *decaência* e a *prescrição* (CPC, art. 295, IV). Verificada uma delas – normalmente a decaência, pois a prescrição, que quase sempre envolve direitos patrimoniais, depende de provação (CPC, art. 219, § 5º) –, o juiz profere sentença de mérito (art. 269, IV), apta ao trânsito em julgado material.

Adquirida a imutabilidade e decorrido o prazo para a rescisória, a decisão não mais será passível de impugnação, quer por quem foi apontado para ocupar o pólo passivo, que não tem interesse, quer pelo autor, em razão da coisa julgada.

Ora, esse resultado somente é admissível porque favorável ao réu. Na mesma medida – e não obstante a inexistência de citação –, a sentença de improcedência proferida após o desenvolvimento irregular da relação processual deve ser aproveitada, pois o vício verificado no processo, apesar de gravíssimo e altamente prejudicial ao réu, não lhe causou prejuízo no plano substancial.¹²⁹

mada ‘relativização’ da coisa julgada material’, *Revista de Direito Processual Civil* 34/739.

129. Parece contraditória a posição defendida por José Henrique Mouta Araújo, que considera a citação como pressuposto de existência do processo mas admite que, indeferida a inicial por decaência, haverá coisa julgada material. Além disso, poderia o tribunal negar provimento a eventual recurso do autor e julgar improcedente o pedido (cf. José Henrique Mouta Araújo, “Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado”, in Fredie Didier Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*, pp. 520-523). Se assim é, processo existiu, embora sem citação. E, aceita esta premissa, solução idêntica deve ser aplicada às hipóteses em que o processo desenvolveu-se e a improcedência foi decretada em julgamento antecipado ou após a produção de provas. E a discussão sobre os meios de que dispõe o réu para impugnar sentença declaratória proferida em processo para o qual ele não foi citado (cf. José Henrique Mouta Araújo, “Meios de defesa...”, in Fredie Didier Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais ...*, pp. 527-538) resolve-se de forma simples, com a compreensão sobre *eficácia e imutabilidade* da decisão, tal como concebidas por Liebman. A coisa julgada é qualidade que torna imutável a sentença e atinge somente quem foi parte no processo. O réu não citado é terceiro e pode valer-se de qualquer meio para impugná-la.

17. Falta de citação e conceito de “processo”

Essa construção encontra óbices sérios decorrentes da concepção teórica de “processo”, considerado como relação jurídica trilateral. Sem citação a relação é bilateral, pois limita-se a vincular autor e juiz. O instrumento estatal de solução de litígios pressupõe contraditório, o que depende da participação de todos os sujeitos interessados no resultado. Se assim é, como admitir a idéia de processo sem a integração do sujeito passivo? Não reproduzido concretamente o modelo constitucional de processo, ele inexistiria como método regulado pelo Estado para a eliminação das crises de direito material.

Ocorre que todas as exigências legais e constitucionais relacionadas ao processo são garantias-meios, ou seja, visam a assegurar que o fim seja alcançado. Por isso, se quisermos ser fiéis a determinadas premissas teóricas, diremos que processo sem contraditório não é processo. Assim, se não houver citação e o réu não comparecer, inexistirá processo – e, conseqüentemente, sentença.

Além disso, esse apego à idéia de relação jurídica acaba dificultando a correta compreensão do instrumento, que, como tal, tem sua importância medida apenas em função dos resultados produzidos.

Aceita essa afirmação, não há alternativa senão concluirmos que, solucionado o litígio pela atividade jurisdicional favoravelmente a quem foi prejudicado pela inexistência do processo, o ato estatal deve prevalecer. Caso contrário o processo deixa de ser meio e transforma-se em fim.

Mais uma vez, alerta-se: nesta sede é preciso cuidado com afirmações abstratas e extremamente genéricas. Se teoricamente a idéia de *contraditório* é essencial à existência desse fenômeno chamado “processo”, é preciso também considerar que a garantia em questão visa a assegurar participação dos sujeitos parciais, para que eles possam influir no resultado. Se este último for favorável a quem não pôde exercer qualquer influência na convicção do juiz, porque evidentemente ausente do processo, significa que o contraditório não fez falta.

Afirmar que o resultado favorável não é apto a eliminar o vício de citação, mas a relação bilateral é suficiente para a validade do pronunciamento judicial em face do autor, significa conferir efeito ao processo inexistente, ainda que apenas quanto a uma das partes –

ou seja, aquela que efetivamente participou do contraditório. É isso que importa. Se não houve processo, visto que a ausência de relação trilateral torna-o inexistente, é questão interessante, mas essencialmente teórica. E tem mais: admitida essa premissa, teremos de estudar outro fenômeno processual, diverso do processo, mas apto a produzir efeitos imutáveis no plano material. De que ele existe, não pode haver dúvidas.¹³⁰

Então, devemos entender a afirmação de que “processo sem contraditório não é processo” com ressalvas. Acrescentem-se à expressão “contraditório” os adjetivos “real” e “necessário”. Se, de um lado, mero contraditório formal constitui mais uma das garantias fidejussórias de que dispomos, de outro, sua ausência somente constitui vício se prejudicial a quem dele ficou privado.

Se a pretensão for acolhida, a ausência do réu não citado impede a imutabilidade da eficácia da decisão em relação a ele, que poderá valer-se da garantia constitucional de acesso ao Judiciário para impedir a invasão de sua esfera jurídica pela eficácia desse ato. Existe no ordenamento regulamentação quanto à via adequada à manutenção da resistência, podendo ser adotada qualquer uma.

Invocar o instituto da *querela nullitatis* não significa considerar inexistente a sentença nesse caso. A semelhança entre as situações reside apenas na circunstância de não haver limite de tempo para a alegação do vício. Mas aqui o vício pode deixar de existir, tornando irrelevante a inexistência da citação. Se favorável ao réu não citado, a sentença será válida e eficaz.¹³¹

130. O próprio Eduardo Talamini – para quem processo sem citação é inexistente, pois o vício impede a configuração da relação trilateral – admite aptidão à relação bilateral entre juiz e autor para produzir efeitos jurídicos no plano substancial (cf. *Coisa Julgada* ..., pp. 337-345). Mas não se pode aceitar a conclusão de que para o réu a sentença inexistente. Isso equivale a dizer que ele não pode invocá-la em seu favor caso o autor pretenda obter, em outro processo, algum efeito incompatível com a improcedência reconhecida naquela relação bilateral.

131. Sobre a sobrevivência da *querela nullitatis* no Direito Brasileiro, exatamente para possibilitar ao réu não citado, em qualquer hipótese e sem a restrição existente para a rescisória quanto ao prazo, impedir os efeitos da sentença, cf. Adroaldo Furtado Fabrício, para quem aplica-se ao caso a fungibilidade de meios. Isso significa que também pode ser utilizada a via rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC (Adroaldo Furtado Fabrício, “Réu

Esse fenômeno ocorre, aliás, com praticamente todos os atos processuais. A inexistência ou a nulidade absoluta de qualquer deles somente serão relevantes se causarem prejuízo às partes ou aos valores maiores tutelados pelo sistema processual. E ambas podem ser reconhecidas a qualquer tempo, no curso do procedimento. A coisa julgada e o decurso do prazo para a ação rescisória também sanam todos os vícios de atos processuais, inclusive a inexistência endoprocessual.

Não parece correta, portanto, a conclusão genérica de que a distinção entre *inexistência* e *nullidade*, ainda que irrelevante enquanto em curso o processo, torna-se fundamental após o trânsito em julgado, visto que o ato juridicamente inexistente pode contaminar a sentença, que ficaria imune à imutabilidade decorrente da coisa julgada.¹³² A inexistência material ou jurídica mais grave é a da citação, se ausente o réu. Pois bem. Apesar da gravidade, o vício será desconsiderado se a sentença for favorável a ele.

18. Réu falecido

Nessa mesma linha, se a demanda é proposta a réu já falecido e a citação é feita por edital, seus herdeiros não foram regularmente comunicados do processo. Eventual sentença de procedência, embora eficaz em relação a eles, é suscetível de impugnação em qualquer via, mediante ação ou exceção.

Dúvida não há de que a citação é inexistente, pois não há destinatário, na medida em que a personalidade termina com a morte.

revel não citado, ...”, *RePro* 48/37-40). A solução é perfeita, pois permite que o réu – único prejudicado com o vício processual – pretenda valer-se dessa sentença, se ela lhe for favorável. Embora o ilustre professor não extraia tal conclusão, penso ser ela compatível com suas premissas. Apesar da discordância com a posição de Eduardo Talamini quanto à natureza do vício decorrente da falta de citação, sua ponderação a respeito da fungibilidade entre rescisória e declaratória para atacar ato inexistente – e eu acrescento: para terceiro resistir à eficácia de ato processual – deve ser acatada. Em princípio, adequada é a declaratória, visto que inexistente coisa julgada contra quem não participou do processo. A fungibilidade somente deve ser admitida se a inadequação não for identificada no início do processo rescisório, em razão da instrumentalidade das formas (Eduardo Talamini, *Coisa Julgada* ..., p. 366).

132. Cf. Talamini, *Coisa Julgada* ..., pp. 306-307.

Como quem deixou de existir não pode ser sujeito passivo da citação, não está presente um dos elementos essenciais ao ato.¹³³

Mesmo aqui parece desnecessário recorrer ao instituto da *inexistência*. Embora o problema não seja apenas a falta de citação dos herdeiros, mas a ausência de parte passiva, o regime da nulidade da sentença, somado à oponibilidade do vício pelos herdeiros a qualquer momento — pois não sujeitos à coisa julgada —, constitui a solução ideal. Sua adoção permite a incidência dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo para o fim de desconsiderar o vício se a sentença for favorável ao falecido.¹³⁴

A eficácia da sentença em relação a terceiros é fenômeno corriqueiro e não causa estranheza. O que não se admite é serem eles prejudicados, de forma irreversível, sem terem possibilidade de impugnar ou resistir a esses efeitos. Quem não participou do contraditório instaurado perante o juiz não está sujeito à imutabilidade da sentença, salvo as exceções expressamente admitidas pelo sistema.¹³⁵

133. Demonstrou-o com absoluta precisão José Carlos Barbosa Moreira (“Citação de pessoa falecida”, in *Temas ...: Quinta Série*, pp. 77 e ss.). Aponta, todavia, como única possibilidade de salvação dessa inexistência o comparecimento de sucessores ou do espólio, que passaria a figurar no pólo passivo, se de acordo o autor. Apresenta-se mais uma hipótese em que a inexistência se tornaria irrelevante: a impropriedade do pedido. Chiara Besso limita-se ao exame das sentenças contrárias ao sujeito inexistente, concluindo pela possibilidade de os herdeiros valerem-se dos recursos ou proponem a *opposizione di terzo* (cf. *La Sentenza Inesistente*, pp. 254-259). Nada diz, todavia, sobre a sentença favorável a quem não mais podia ser parte no processo, por haver falecido.

134. Por esta razão discorda-se — com a devida vênia — de Adraldo Furtado Fabricio, que considera inexistente a sentença nesse caso (“Réu revel não citado, ...”, *RePro* 48/34). Pondera corretamente Chiara Besso que, em relação aos atos internos do processo, inexistência acaba se confundindo com nulidade (cf. *La Sentenza Inesistente*, p. 26).

135. Sérgio Cruz Arenhart demonstra com precisão o fenômeno da eficácia da sentença proferida perante terceiros, concluindo também pela incidência da coisa julgada pela ausência de contraditório (cf. Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Martinoni, “A efetivação dos provimentos judiciais e a participação de terceiros”, in Fredie Didier Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*, pp. 953-960). Por isso, muito embora correto o pensamento de Gélson Amaro de Souza quanto à validade e eficácia da sentença de improcedência proferida sem citação, equivoque-se o autor ao conside-

Mas, se improcedente o pedido, não parece devam ser desconsiderados o processo e o julgamento nele verificado. Embora não efetivado o contraditório, apesar de não proporcionado o direito à ampla defesa, não obstante a violação ao devido processo legal, nada disso gerou dano substancial para a parte processualmente prejudicada. Ao contrário, o resultado lhe foi favorável no plano material. Não há razão para desconsiderar a atividade jurisdicional desenvolvida nesse processo, apesar dos graves vícios nele verificados.

Esta é a razão por que não se pode aceitar a afirmação genérica, feita sem qualquer ressalva, no sentido de que toda a atividade processual nesse caso será inútil.¹³⁶

Talvez o único ato processual em relação ao qual tenha relevância a verificação dos planos da existência e da validade seja a sentença. Se nulo o ato, admissível a convalidação definitiva após dois anos do trânsito em julgado. Se inexistente, jamais convalida-se.¹³⁷

Var ineficaz em relação ao réu o julgamento favorável ao autor (cf. “Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu”, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru* 38/321-325). Também nesse caso ela será eficaz, mas o réu não citado não está sujeito à coisa julgada.

136. É o que diz José Maria Teshneier, trazendo à colação julgamento do STJ em que foi examinada demanda possessória cujos réus já haviam falecido (*Pressupostos Processuais ...*, pp. 40 e ss.). A solução dada ao caso não comportava reparos porque o pedido fora acolhido. Os herdeiros não participaram do processo e podem resistir aos efeitos da sentença, cuja imutabilidade não os atinge. Mas, se a pretensão possessória tivesse sido rejeitada, seria inadmissível a proposição da demanda em face deles, que poderiam — agora, sim — valer-se da imutabilidade do resultado anterior. O autor está sujeito à coisa julgada, pois já teve à sua disposição o procedimento realizado em contraditório, no qual já deduziu todos os argumentos em prol da pretensão. Não se argumente com a alteração do pólo passivo, pois há identidade substancial de partes, e em relação ao autor observou-se o devido processo legal. A possibilidade de os herdeiros resistirem aos efeitos da sentença de procedência decorre da não-integração deles ao contraditório.

137. Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar da inexistência dos atos processuais em si mesmos considerados (não do processo como um todo), limita-se a examinar a sentença, concluindo ser relevante a distinção entre este vício e a nulidade pelas mesmas razões apontadas no texto. Talvez a ilustre processualista também entenda ser este o único ato cuja inexistência pode gerar consequências diversas decorrentes da nulidade (cf. *Nullidades do Processo ...*, 5ª ed., pp. 163-169).

Os demais, ainda que juridicamente inexistentes, acabam convalescendo se a sentença transitar em julgado. Daí por que o problema se resolve em termos de nulidade absoluta ou relativa, jamais de inexistência, visto que o vício, por mais grave que seja, não obsta ao exercício do poder jurisdicional mediante a sentença, que poderá tornar-se definitivamente eficaz.¹³⁸

Na verdade, apenas a ausência de jurisdição implica verdadeira inexistência jurídica de todos os atos do processo, inclusive da sentença, pois não há autoridade do poder estatal.

Mas, se as partes quiserem aceitá-los, nada obsta. Neste caso, todavia, o acordo dá origem a ato jurídico material, não processual. Os sujeitos de direito são livres para manifestar a vontade, até mesmo aceitando aquilo que consta do “julgamento” proferido em processo inexistente.

Trata-se aqui, porém, de pressuposto de existência do próprio processo, não de um ato isoladamente considerado.

A inexistência deve ser analisada, portanto, por dois ângulos: atos processuais inexistentes, fática e juridicamente, e as consequências desses fenômenos no processo.

Diversa é a inexistência do processo porque ausente pressuposto sem o qual não chegou a constituir-se a relação processual.

Em síntese, havendo manifestação jurisdicional, existirá processo e, conseqüentemente, ato processual. Este é o elemento mínimo necessário à constituição do ato processual, tornando-o, juridicamente, fenômeno relevante.¹³⁹ Em relação aos atos integrantes do procedimento, apenas quanto à sentença a diferença entre *inexistência* e *nulidade* apresenta importância.

138. A propósito, pondera Vittorio Denti: “Agli atti del processo, del giudice o delle parti, non manca mai, quindi, di conseguire quell'effetto minimo che è la costituzione del potere-dovere giurisdizionale: ciò che esclude che si possa parlare di inesistenza” (“Inesistenza degli atti ...”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 637; cf. também Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. I, pp. 169-170).

139. Para Roque Komatsu a inexistência do ato “é a irrelevância resultante da falta de um elemento mínimo ou constitutivo do fato com relação ao suporte fático, ficando por isso impedidas a incidência do preceito normativo e a concretização do fato jurídico” (*Da Invalidade ...*, p. 159).

19. Garantias constitucionais e nulidades processuais: contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal estabelece os princípios a serem observados pelo legislador e pelo juiz. O primeiro, na elaboração da regra processual; o segundo, na condução e direção do processo.

O devido processo legal regulado pelo Código de Processo Civil e por leis extravagantes deve observar o modelo previsto na Constituição, ao qual podemos denominar “devido processo constitucional”. *Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos processuais, vedação de provas ilícitas*, são regras maiores, de nível constitucional, cuja observância é imposta ao legislador ordinário.

Também o juiz deve zelar para que o procedimento se desenvolva em conformidade com tais postulados.¹⁴⁰

Nosso problema é outro, todavia. Precisamos enfrentar as conseqüências decorrentes de eventual não-observância, em determinado caso concreto, de uma das garantias constitucionais do processo. Ou, melhor: o que realmente necessitamos saber é se nesta sede têm lugar as idéias voltadas à desconsideração de vícios e falhas processuais por ter o ato atingido sua finalidade ou se não resultar prejuízo para as partes e para os fins do processo.

Início com as garantias do contraditório e da ampla defesa, tratadas em conjunto, visto que traduzem fenômenos – se não idênticos – muito semelhantes.¹⁴¹

140. Sobre *devido processo legal e devido processo constitucional*, com destaque para a garantia do contraditório e com ampla indicação bibliográfica sobre o tema, cf. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada ...*, 3ª ed., pp. 68 e ss. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, invocando João Mendes Júnior, considera a *segurança constitucional dos direitos* escopo remoto do processo. A forma processual é meio não só para atingir o fim próximo – a solução da crise de direito material –, como para assegurar o fim remoto – a segurança constitucional dos direitos. Por isso, a supressão de formalidades processuais pode representar ofensa a essa garantia constitucional (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”, *Revista de Direito Processual Civil* 26/660).

141. “As garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa. Eis a interação entre os dois princípios”

Contraditório nada mais é que a garantia da ampla defesa examinada pelo ângulo do procedimento.¹⁴² É princípio lógico-formal

(Ada Pellegrini Grinover, “O sistema das nulidades...”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, p. 164).

142. Cf. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*..., 3ª ed., p. 95. Há quem relacione o direito à ampla defesa apenas aos que figurem no pólo passivo de “processo em que seja possível a imposição de sanções punitivas” (Antônio Magalhães Gomes Filho, *A Motivação das Decisões Judiciais*, p. 43). Segundo essa posição, *ampla defesa* seria um aspecto particular do contraditório. Há autores que se limitam a tratar do contraditório como direito de participação (informação/reação), sem se referirem expressamente à ampla defesa, talvez por entenderem tratar-se do mesmo fenômeno (cf. Dinamarco, *Instituições*..., 5ª ed., vol. I, pp. 234-238; v. também: Barbosa Moreira, “Os princípios do direito processual civil...”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, vol. 4, pp. 243-245; Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pp. 120 e ss.).

Outros, também sem fazer qualquer distinção, preferem abordar o tema pelo ângulo da ampla defesa (cf. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e Processo*, pp. 60-71). Antônio Scaranze Fernandes entende inexistir relação de dependência entre contraditório e defesa, considerando-os como manifestações do devido processo legal: “O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro” (*Processo Penal Constitucional*, p. 249).

Segundo Proto Pisani e Remo Caponi, contraditório em condições de paridade se infere das garantias constitucionais da defesa e da igualdade (cf. *Livramenti di Diritto Processuale Civile*, p. 59). Comoglio apresenta os diversos conteúdos da defesa: garantia dirigida ao réu, paralela à da ação; garantia bilateral de reciprocidade, conferindo condições de paridade aos sujeitos do processo; pressuposto funcional e instrumental do contraditório equilibrado, assegurando às partes condições de efetiva paridade e igualdade de armas, para que elas possam influir no resultado do julgamento; entre defesa e contraditório existe relação de meio e fim, pois aquela é instrumento de atuação deste (cf. *Il “Giusto Processo” Civile in Italia e in Europa*, p. 23). Para estudo mais completo sobre o princípio do contraditório, cf., do mesmo autor, “Contradittorio (principio del)”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, pp. 1 e ss.

Parece mais condizente com a visão instrumentalista do processo a preocupação com distinções desvirtuadas de sentido prático. Não há violação ao contraditório que não implique também ofensa à ampla defesa, e vice-versa. Isso é suficiente para considerarmos os dois termos como manifestações diversas de expressar o mesmo fenômeno. Afinal de contas, não somos como os físicos,

do processo e tem a função de assegurar às partes a necessária paridade de armas, mediante o mecanismo da contraposição de teses. As partes devem ter efetiva oportunidade de participação e defesa, antes de ser pronunciado qualquer julgamento. Para o juiz, é instrumento de busca da verdade provável.¹⁴³ Ainda que houvesse a Constituição mencionado apenas “ampla defesa”, o contraditório estaria abrangido. *Contraditório* é pressuposto de inviolabilidade do direito de defesa, cuja observância constitui condição essencial para sua efetivação. Representam as duas expressões — “defesa” e “contraditório” — visões diversas da mesma realidade, consistente em garantir às partes a possibilidade de real participação no desenvolvimento do processo, objetivando a tutela de seus interesses.¹⁴⁴

Defesa pode representar fenômeno contraposto a *ação*, como poder de reação assegurado ao réu, visando a influir na convicção do juiz. Pelo ângulo constitucional, todavia, representa a idéia de efetividade do contraditório. Como a Constituição Federal refere-se a *defesa* e *contraditório*, pode-se até aceitar a conclusão de que o legislador preocupou-se com ambos os aspectos.¹⁴⁵

que constroem complexas teorias sem pensar em sua aplicação prática imediata, mas visando a encontrar resposta para uma das questões fundamentais do ser humano — qual seja, a sua origem (cf. declaração do professor Elcio Abdalla, in *Leja* 30, de 28.7.2004, p. 65). Nós temos plena consciência de como, por quê e para o quê surgiu o processo. Não necessitamos mais de discussões metafísicas.

143. Nicola Picardi, “Il principio del contraddittorio”, *Rivista di Diritto Processuale* 3/679-680.

144. Embora no Direito italiano o contraditório não seja expressamente assegurado em sede constitucional, doutrina e jurisprudência não hesitam em incluí-lo na garantia da defesa. Comoglio, por exemplo, conclui que “defesa e contraditório finiscono col compenetrarsi vicendevolmente, senza danno apparente per l’intelligibilità dei loro rapporti strumentali, appunto perché in tale direzione si rivelano trauanti e decisivi i dati emersi dall’interpretazione coordinata degli artt. 3 e 24 Cos.” (“Contradittorio (principio del)”, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, p. 7).

145. Na Itália, como somente existe a previsão constitucional da *defesa*, a doutrina preocupa-se em afastar essas distinções formais entre os dois conceitos, que poderiam dificultar o reconhecimento da natureza constitucional do contraditório. Por isso, em outro estudo Comoglio insiste na visão unitária: “Una visione tendenzialmente unitaria di siffatta realtà è il solo mezzo per evitare, dal coacervo delle ‘regole formali’ attinenti al processo, un prodotto di sintesi, avente qualità e dignità superiori, che possa a buon diritto misurarsi con

Eventual violação desses princípios implica evidente nulidade dos atos processuais praticados posteriormente. Se, por algum motivo injustificado, qualquer das partes foi impedida de participar ativamente do processo e influir da convicção do julgador, tudo o que se realizar após essa falha estará comprometido.

A título de exemplo mencionam-se a ausência de citação ou de intimação e o julgamento antecipado não obstante existente contro-
vêrsia fática. Nesses casos há nítido cerceamento de defesa. Se a parte não foi citada ou intimada regularmente, ficou impossibilitada de se manifestar. A ciência bilateral de todos os atos do processo é obrigatória, e constitui um dos pilares do contraditório. O julgamento antecipado não é adequado se houver controvérsia fática, porque impede a parte de demonstrar a veracidade da versão por ela sustentada, para o que a produção de prova é imprescindível. Por isso, aliás, o Código somente admite a eliminação da fase probatória nas hipóteses restritas do art. 330.

Verificados a violação ao contraditório e o cerceamento de defesa, os atos subsequentes serão nulos. Resta saber se a nulidade é sanável, ou não.

20. Ausência de contraditório e validade do processo

Aceita-se a idéia de que o contraditório é meio pelo qual as partes têm assegurada a efetiva participação e o juiz toma conhecimento das versões antagônicas. Muitos dos atos processuais visam a assegurar-lo. O contraditório, em si, não é, pois, fim. Esta ligado à segurança do instrumento, garantindo sua adequação aos escopos pretendidos. Daí por que a preocupação maior é com sua efetividade, não com os atos destinados a assegurá-lo. A forma aponta o momento estático do contraditório. Sua realização concreta, com produção dos resultados desejados, representa o estado dinâmico. Sem dúvida, este é o que mais importa.¹⁴⁶

il livelli di 'effettività' cui sono già pervenute in altre esperienze (nazionali ed internazionali) le garanzie di un 'processo equo e giusto' ("Contradittorio", in *Digesto delle Discipline Privatistiche* - Sezione Civile, 4ª ed., vol. IV, p. 21).

146. Por isso, referindo-se a atos formais e invocando os princípios da conservação, convalidação e conversão, Comoglio conclui que "il raggiungimento dello scopo degli atti pur essendo rapportabile (nei limiti anzidetti) al

Pois bem. Nada obsta à descon sideração do vício se o réu não citado vier aos autos e responder ou, embora ausente, se o pedido for rejeitado.

Fenômeno idêntico ocorre com a parte não intimada. Se ela tomar ciência do ato processual por outro meio e adotar o comportamento previsto no procedimento, a omissão torna-se irrelevante. Também o julgamento favorável à parte prejudicada pela falta de intimação possibilita a descon sideração da falha.

Em síntese, o comparecimento espontâneo da parte ou a sentença em seu favor tomam irrelevante a inexistência do ato de comunicação processual, cuja finalidade principal é assegurar o contraditório efetivo, possibilitando a participação dos sujeitos, a fim de que eles possam influir no resultado. Se essa intervenção ocorrer, ou se a parte a quem a informação se destinava for beneficiada pela decisão, a ausência do ato acaba não tendo importância, pois dele não terá resultado prejuízo. Os objetivos visados com sua prática foram alcançados independentemente dele.

Talvez pensando nessas situações é que se vislumbra a hipótese de se do processo válido não obstante ausente o contraditório.¹⁴⁷ Se,

contradittorio in senso statico, impone di far prevalere sulla forma la sostanza delle garanzie da attuare, accertando se di fatto la parte, nei cui confronti la domanda è proposta, si sia trovata egualmente in condizione di contraddirvi con efficacia" ("Contradittorio", in *Digesto* ... - Sezione Civile, 4ª ed., vol. IV, p. 16). Para Arruda Alvim o princípio da conservação dos atos processuais "consiste numa espécie de orientação no sentido de se fazer com que ele valha e seja eficaz mesmo que a forma não esteja rigorosamente conforme à lei, e mesmo que o ato padeça de outros vícios de natureza formal" (*Manual* ..., 7ª ed., vol. I, p. 474). Na linha desenvolvida neste estudo, acrescenta-se à lição do professor da PUC/SP a incidência do princípio da conservação mesmo nas hipóteses dos denominados "vícios substanciais" ou "de fundo".

147. Já se disse que - por ser o contraditório um meio, e não um fim - "il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non vi sono, è un ingombro" (Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale Civile. La Funzione del Processo di Cognizione*, vol. II, p. 227). Nessa mesma linha, Dinamarco considera os princípios constitucionais do processo como penhores da justiça da decisão, não devendo ser cultuados de forma fetichista, sob pena de desfigurarem o sistema. E, com relação ao devido processo legal, afirma: "A própria cláusula *due process*, que desempenha no sistema a missão *organizzativa* de assegurar a supremacia de tantos outros princípios e garantias, deve ser vista sem alucinações e sem a

embora não observada determinada regra destinada a propiciar a participação, esta efetivamente se verificar, terá havido violação do contraditório em seu momento estático, não quanto ao momento dinâmico. E é este que importa. O fato de configurar garantia constitucional não impede a incidência das regras e princípios destinados a sanar irregularidades e conservar os atos do processo.¹⁴⁸

Aliás – como, de resto, ocorre com qualquer outra garantia ou princípio constitucional do processo –, o contraditório assegura valores que podem chocar-se com outros, também garantidos em sede constitucional. Nesses casos não há alternativa senão a aplicação da proporcionalidade, a fim de verificar qual deve prevalecer. Não é outra a razão por que se admitem limitares e outras tutelas informadas por cognição limitada sem que o destinatário possa defender-se adequadamente, ou seja, antes de se verificarem os respectivos efeitos.¹⁴⁹

tendência a apresentá-la como impositiva de um irracional culto à forma, que desfiguraria a boa ordem processual”. E, mais adiante, conclui: “A segurança dos litigantes, cultivada pelo *due process* na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-juíz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento, ou engessamento do sistema Democrático de Direito a afirmacão de sua destinaçã a aniquilar os anseios por um *processo de feiçãõ humana*, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo. Os princípios devem conviver harmoniosamente na ordem constitucional e na processual, em busca de soluções equilibradas” (*A Nova Era* ..., 1ª ed., 2ª tir., pp. 14-15). *Equilíbrio* constitui a chave-de-ouro para o intérprete, pois sintetiza a máxima grega “nada em excesso” (*medên ágân*), referida em outra oportunidade neste trabalho, e que constitui “injunçãõ de caráter essencialmente prático e prudencial. A toda exaltaçãõ arrogante ou imoderada (*hybris*) corresponde algum *tipoi* de justiça retributiva (*nemesis*). O caminho do excesso – a exacerbacão das paixões e aspirações humanas – extravasa os limites da nossa condiçãõ mortal, agride a ordem divina ou natural das coisas e, por isso, não termina bem” (Eduardo Giannetti, *Auto-Engano*, pp. 65-66).

148. “Naturalmente, sebbene l’ ‘error’ come tale si intenda sotttrato a qualsiasi preventiva deliberazione della sua ‘decisività’ o ‘causalità’ decisoria, quel vizio non può dirsi denunziabile in astratto e senza limite, ma subisce, specularmente, i riflessi del principio di ‘effettività’, dovendo reputarsi circoscritto a quei casi in cui, in concreto, le parti siano state ‘effettivamente private dalla facoltà di difendersi’, su fatti o su questioni di sicura rilevanza decisoria” (Cologlio, “Contradittorio”, in *Digesto* ... – Sezione Civile, 4ª ed., vol. IV, p. 19).

149. Cf.: Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada* ..., 3ª ed., pp. 61-101, esp. pp. 91 e ss., ns. 8-11; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 120-122.

No julgamento antecipado a parte prejudicada pela não-realizaçãõ da fase probatória poderá pleitear a nulidade do processo em sede recursal. Se não o fizer, todavia, não cabe ao tribunal anular de ofício o processo, em apelaçãõ apresentada pelo vencedor objetivando, por exemplo, aumentar a verba honorária. Embora abrangida a questãõ pela profundidade do efeito devolutivo da apelaçãõ (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º), a omissãõ da parte impede o reconhecimento do vício em segundo grau.

Ao não apelar o vencido demonstra ter-se conformado com o resultado. A sentença, naquilo em que não houve impugnaçãõ, transitou em julgado. Eventual vício do processo está sanado pela imutabilidade do dispositivo da sentença.

Em razãõ da coisa julgada e também porque vedada a *reformatio in peius*, inadmissível até a conversãõ do julgamento em diligência. Na situaçãõ acima imaginada, ainda que entenda necessária produçãõ de prova, não poderá o tribunal determiná-la de ofício, valendo-se do poder conferido ao juiz pelo art. 130 do CPC.¹⁵⁰ A providência só teria sentido se fosse possível a inversãõ do resultado. Como o sucumbente não apelou, limitações insuperáveis impostas pela técnica processual impedem seja alterada a sentença para piorar a situaçãõ do recorrente. Daí a inaplicabilidade do art. 130. Trata-se de restriçãõ ao poder instrutório do juiz decorrente de opçãõ do sistema pela celeridade.¹⁵¹

Ainda que haja recurso da parte vencida, com fundamento em cercameento de defesa, soluçãõ possível e até preferível talvez não seja a anulacão do processo pelo tribunal. Reconhecida a necessidade de atividade probatória, mais compatível com a visãõ instrumentalista do processo é a conversãõ do julgamento em diligência, para que a prova seja produzida. Se em primeiro grau ela já foi dispensada, é porque o juiz a considerou desnecessária. Caso entenda de forma diversa, deverá o tribunal determinar a instruçãõ e proferir julgamento à luz da nova realidade, invertendo o resultado, se for o

150. Sobre esse tema, v. Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., *passim*.

151. Esta não é a única limitacão ao exercicio pelo juiz do poder de iniciativa probatória. A revelia e a verossimilhança dos fatos afirmados pelo autor impõem o julgamento antecipado, vedada ao julgador a possibilidade de determinar prova de ofício (v. Bedaque, *Poderes Instrutórios* ..., 3ª ed., pp. 154-157).

caso. Desnecessária, parece, a anulação da sentença.¹⁵² Mesmo que omissão do recurso em relação ao ponto específico, nada obsta a que seja a produção da prova determinada de ofício, pois a matéria está abrangida pela profundidade do efeito devolutivo da apelação (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).¹⁵³

Na hipótese de falta de citação ou de intimação a nulidade é indiscutivelmente absoluta, devendo ser reconhecida de ofício. Mas o vício pode não impedir o objetivo pretendido com o ato não praticado. Se isso ocorrer, a sanção não precisa ser aplicada, porque inexistente dano ao contraditório.

Em síntese: configurado cerceamento de defesa, deve a parte alegá-lo em sede recursal, não podendo o tribunal reconhecê-lo no julgamento de apelação interposta pela parte contrária, em razão da coisa julgada material.

Mas, se o prejudicado pela ausência de contraditório apelar, nada obsta a que determine o tribunal a produção de prova, ainda

152. Em situação um pouco diversa optei por anular o processo: o réu, embora revel, juntou documentos que comprometiam a versão do autor. O juiz ignorou completamente a prova e considerou verdadeiros os fatos afirmados na inicial. Adotei solução diversa daquela proposta no texto, a fim de que o autor pudesse manifestar-se sobre a prova documental e eventualmente trazer novos elementos de convicção (1º TACSP, Ap. 808.578-1). O voto está parcialmente reproduzido em meu *Poderes Instrutórios* ..., 3ª ed., nota 185. Não se levou em conta a possibilidade de simplesmente converter o julgamento em diligência. Nem se sabe dizer, hoje, qual a melhor opção. O que mais importa, todavia, é chamar a atenção do intérprete para a existência de alternativa à anulação em caso de cerceamento de defesa por supressão indevida da fase probatória. Caberá ao juiz, em face das circunstâncias da situação concreta, adotar aquela mais compatível com os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

153. A possibilidade de o tribunal, sem manifestação expressa do recorrente, conhecer de eventual violação ao contraditório é objeto de aceso debate na doutrina italiana. De um lado há os que reconhecem esse poder ao tribunal. De outro existem aqueles que entendem ser ônus da parte deduzir expressão do vício, com fundamento na existência de dano, sob pena de preclusão (cf.: Antonella Parisi, "Figure di preclusione al rilievo delle nullità assolute", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4/1.397 e ss.; Comoglio, "Contradittorio (principio del)", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, p. 6). Limito-me a informar a existência da controvérsia, pois o tema foge aos limites da investigação. Aqui, importa discutir apenas a questão da não-observância do contraditório e da irrelevância do vício pela ausência de prejuízo.

que o recurso seja omissão em relação a este ponto. Incide, aqui, o poder instrutório oficial.

De qualquer modo, a nulidade absoluta deixará de existir, quer por ausência de prejuízo, quer pelo trânsito em julgado da sentença.

Extrai-se de todo o exposto, portanto, a impossibilidade de se afirmar *a priori* não ser sanável o vício decorrente da violação ao contraditório. Se da falha processual não decorrer dano a essa garantia ou a outro interesse da parte prejudicada, ou se a sentença transitar em julgado, desconsidera-se a nulidade.

O trânsito em julgado não obsta à propositura da rescisória, com fundamento em violação a literal disposição de lei. Mas nos casos em que a nulidade é sanada, por aplicação dos princípios da instrumentalidade e da ausência de prejuízo, a sentença não é passível de rescisão. A violação à lei processual passa a ser irrelevante e não pode servir de fundamento para a desconstituição do julgamento.

Para fim de rescisória, portanto, violação a literal disposição de lei processual (CPC, art. 485, V) só existe se o vício apontado causou dano ou impediu os objetivos do ato. Se a nulidade, nesse caso, não deve ser reconhecida no curso do processo, com muito maior razão terá de ser desconsiderada após o trânsito em julgado da sentença.

21. *Violação a outras garantias constitucionais: juiz natural, motivação, publicidade e proibição de provas ilícitas*

Com relação à garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) – que compreende não apenas a proibição dos tribunais de exceção, mas também a ideia do juiz constitucionalmente competente¹⁵⁴ –, os atos praticados sem observância dos dispositivos sobre competência de Justiça seriam, para alguns autores, inexistentes, não se aplicando sequer a regra prevista no art. 113, § 2º, do CPC: mesmo os atos sem conteúdo decisório não seriam passíveis de aproveitamento, pois não haveria como considerar algo que não existe juridicamente. A atipicidade constitucional acarretaria a inexistência e, consequentemente, a ineficácia de todos os atos praticados por ou perante aquele juiz, por não ser ele o juiz natural.¹⁵⁵

154. Cf. Ada Pellegrini Grinover, "O sistema das nulidades ...", in *Livro de Estudos Jurídicos*, pp. 159-160. V. Capítulo III, n. 13.

155. É o que sustenta Ada Pellegrini Grinover, para quem, reconhecida a incompetência de Justiça, "não se podem aproveitar sequer os atos não-deci-

Essa conclusão não se coaduna com a orientação adotada neste estudo. Ainda que se aceite a solução da inexistência dos atos praticados por juiz diverso daquele previsto na Constituição, nada obsta a que sejam considerados pelo juiz natural os atos não decisórios já faticamente existentes. Por que repetir a citação, se o réu compareceu e apresentou defesa de mérito? Qual a razão para realização de novo laudo pericial, se aquele já existente esclarece todas as questões técnicas?

Parece deva ser outra a solução para os processos conduzidos por juiz constitucionalmente incompetente. Reconhecido o vício, os autos serão remetidos ao juiz natural, que dará oportunidade às partes para manifestação sobre tudo o que se passou até então. Feito isso, caberá a ele verificar o que é passível de aproveitamento e o que deve ser refeito.

A afirmação peremptória de que nada pode ser convalidado não condiz com a visão instrumentalista do processo. Na mesma medida em que se admite o aproveitamento de prova emprestada, desde que atendidas certas condições, também merecem ser ratificados atos existentes apenas no mundo fático. Basta submetê-los ao exame do juiz natural, que irá verificar essa possibilidade. Não condiz com o princípio da economia processual a posição radicalmente contrária a qualquer aproveitamento, pelo simples fato de não terem sido praticados perante o juiz natural. E se, eliminado esse vício, todos os sujeitos do processo concordarem com a desnecessidade de renovação do ato? Parece-me excessivamente formalista insistir na renovação daquilo que já existe de fato e cujos efeitos jurídicos passam a ser aceitos por todos os interessados.

Outra garantia constitucional do processo é a *motivação* dos atos decisórios (CF, art. 93, IX). Decisão não fundamentada seria nula para alguns, e inexistente para outros.¹⁵⁶

sórios da Justiça incompetente, porque o juiz do processo não era o juiz constitucionalmente competente, não era o juiz natural para processar a causa" ("O sistema das nulidades ...", in *Livro de Estudos Jurídicos*, p. 161). Em outra oportunidade afirma ser a *ineficácia* consequência da inexistência ou nulidade absoluta do ato constitucionalmente atípico, sem qualquer referência à possibilidade de o vício ser relevado (cf. *As Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., pp. 20-21).

156. Cf. Ada Pellegrini Grinover, "O sistema das nulidades ...", in *Livro de Estudos Jurídicos*, pp. 165-166. Para José Rogério Cruz e Tucci trata-se de

Se o juiz deu resposta ao pedido do autor, ainda que sem a devida motivação, essa decisão é apta a produzir efeitos jurídicos, que poderão tornar-se imutáveis pela coisa julgada. O vício é, pois, de nulidade, a ser deduzido em sede recursal. E se a não-observância dessa exigência constitucional não causar prejuízo à parte, possibilitando a impugnação do resultado, não se reconhece a nulidade.

Em outras palavras, 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 considerado 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.¹⁵⁷ Atingido esse escopo, deve incidir o art. 244 do CPC.¹⁵⁸

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, suprimindo a omissão verificada em primeiro grau.¹⁵⁹

Com relação à garantia da publicidade dos atos processuais (CF, art. 93, IX), também não se pode excluir que determinado ato

nulidade absoluta (*A Motivação da Sentença no Processo Civil*, pp. 75-76). Idêntico é o entendimento de Eduardo Talamini (cf. *Coisa Julgada* ..., pp. 311-312) e Chiara Besso (cf. *La Sentenza Inesistente*, pp. 262-271). Ressalta esta última autora a sentença de conteúdo incerto, o que, para ela, não é problema de motivação.

157. Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A Motivação* ..., pp. 22-24.

158. Já decidiu o colendo STJ que: "Na hipótese em que é atingido o fim perseguido pela exigência de motivação das decisões judiciais, de modo a reseratar garantida a possibilidade de impugnação da decisão, é injustificável o rigor formal, devendo-se, ante a ausência de prejuízo às partes, afastar a pretensão de decretação de nulidade, por prestigiar tal entendimento os princípios da finalidade e do prejuízo que regem o sistema de nulidade processual" (3ª T., AgrReg nos EDcl na MC 3.596-SP, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 22.5.2001, DJU 25.6.2001). Contra essa orientação manifesta-se José Rogério Cruz e Tucci (cf. *A Motivação* ..., p. 140).

159. Cf. nota 88 deste capítulo.

processual praticado sem observá-la atinja os objetivos desejados. Imagine-se audiência realizada a portas fechadas, versando o processo sobre interesses particulares. Dúvida não há quanto à violação à publicidade (CPC, art. 444). Mas, se as partes estavam presentes, se a prova oral foi produzida e se nenhum terceiro revelou interesse em dela participar, qual o prejuízo? Nenhum.¹⁶⁰

Por fim, a produção de prova obtida por meio ilícito poderá tornar ineficaz o resultado, que deverá ser desconsiderado pelo juiz. A vedação, todavia, não pode ser interpretada isoladamente. É preciso levar em conta a razão de ser dela, bem como os valores a serem protegidos com sua admissão. Tais considerações, todavia, extrapolam os limites desta investigação.¹⁶¹ Importa ressaltar, aqui, apenas que, afastada a possibilidade de aceitação da prova, o ato será absolutamente nulo e ineficaz, não comportando convalidação.

22. Vícios da sentença

Sentença é o ato culminante do processo de conhecimento. Embara o encerramento da execução também se dê mediante este ato processual (CPC, art. 795), aqui ele não incorpora a tutela jurisdicional.

Sem intenção de conferir tratamento sistematizado aos vícios de que pode padecer a sentença, pretende-se enfrentar o tema com os limites impostos pelo objeto central deste ensaio.¹⁶²

Para esse fim, importa simplesmente investigar a possibilidade de eventual irregularidade – seja ela qual for – ser, ou não, relevada.

160. Contra esta conclusão há entendimento bem fundamentado, não obstante extremo, quanto à absoluta impossibilidade de a instrumentalidade das formas tornar irrelevante o princípio da publicidade externa, consubstanciada no interesse difuso ao conhecimento do processo por terceiros (cf. Roberto José Ferreira de Almada, “A garantia processual da publicidade”, *Temas Fundamentais de Direito*, vol. 2, pp. 149 e ss.). Embora respeitável, a posição assumida pelo autor está contaminada pelo radicalismo, pois elege a publicidade externa como valor supremo do processo.

161. Sobre o tema, com indicação bibliográfica, v. Bedaque, *Poderes Institucionais* ..., 3ª ed., pp. 139-146.

162. Para Vittorio Denti só com relação à sentença justifica-se o estudo da inexistência, porque este é o ato em que se concretiza o poder jurisdicional (cf. “Inesistenza degli atti ...”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, pp. 636-637).

Não se tratará, portanto, das várias hipóteses apontadas como inexistência ou nulidade da sentença. A questão é somente o âmbito de incidência dos princípios saneadores das nulidades nesta sede.

Inicia-se pela situação menos comum e mais invocada sempre que se pretende dar exemplo de inexistência desse ato. Sentença juntada aos autos, mas subscrita por não-juiz, não reúne mínimas condições de existência. É um nada jurídico. Como este ato está fundado no poder estatal, se quem o pratica não está investido dele, não há aquele mínimo necessário a que se possa considerá-lo existente.

Ainda que possa produzir algum efeito prático, as partes não estão sujeitas a ele e poderão resistir por qualquer meio. Também não se pensa no trânsito em julgado daquilo que não existe.¹⁶³

Aqui parece residir a especial peculiaridade da inexistência da sentença. Se o ato é simplesmente nulo, ainda que de nulidade absoluta se trate, a ele se agrega a eficácia natural, que subsistirá se não interposto recurso ou proposta ação rescisória. Escorado prazo de dois anos, extingue-se o direito de acesso a esta última via, não sendo mais possível desconstituir a sentença. A partir de então, todos os vícios, por mais graves, deixam de existir – ou, melhor, tornam-se irrelevantes.

Proferida a sentença, eventuais nulidades tomam-se razões de apelação. A coisa julgada e o decurso do prazo para a rescisória produzem o efeito de sanar todos os vícios do processo e da sentença, que, juntamente com seus efeitos substanciais, não será mais passível de impugnação.¹⁶⁴

163. Cf.: Ada Pellegrini Grinover, “O sistema das nulidades ...”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, p. 158; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 498 e ss. Chiara Besso aponta três hipóteses de inexistência da sentença: ausência de jurisdição, falta de assinatura do juiz e recusa dele em reconhecer o ato e, por fim, sentença de conteúdo incerto. Desenvolve, ainda, a idéia de inexistência absoluta e relativa e inclui na primeira categoria a sentença proferida por não-juiz (cf. *La Sentenza Inesistente*, pp. 157 e ss. e 312 e ss.). Outra hipótese de inexistência bastante invocada pela doutrina é a sentença sem dispositivo (cf. Edoardo Ricci, *Lei de Arbitragem Brasileira*, pp. 204 e ss.).

164. Cf. Proto Pisani, *Lezioni* ..., 3ª ed., p. 240. É por isso que Edoardo Ricci afirma: “A sentença que merece ser qualificada como nula à luz das normas processuais é, na verdade, anulável mediante impugnações” (*Lei de Arbitragem Brasileira*, p. 196).

Já, se o problema é de inexistência da sentença, não há como conferir-lhe efeito jurídico, podendo a parte interessada deduzir o vício, que não se sujeita a qualquer tipo de preclusão.¹⁶⁵

Se o julgador esqueceu-se de assiná-la, enquanto não o fizer o ato é juridicamente inexistente. A subscrição posterior faz nascer o ato processual, convalidando os efeitos que porventura já se tenham iniciado. Esta retroatividade confere juridicidade aos efeitos produzidos por ato materialmente existente. Embora até então ele não tivesse ingressado no mundo jurídico, a regularização opera retroativamente.

165. Chega-se ao conceito de *inexistência*, pois, pela absoluta impossibilidade “di ricollegare un qualsiasi effetto giuridico ad atti che, se affetti da sola nullità assoluta, sarebbero suscettibili de produrre l’effetto tipico dei provvedimenti giurisdizionali attraverso il mancato esercizio del potere d’impugnazione. Il altri termini, si ha nullità/inesistenza laddove alla *querrela nullitatis*, che appartiene pur sempre ai mezzi d’impugnazione, sopravvive, oltre il processo, l’*actio nullitatis*, ossia l’azione di mero accertamento della nullità, che può essere proposta tanto in via autonoma quanto in sede di opposizione all’*esecuzione*” (Vittorio Denti, “Inesistenza degli atti ...”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 637). Chiara Besso critica a utilização do instituto da *actio nullitatis*, que não se confunde com a *querrela* e tem finalidade diversa (cf. *La Sentenza Inesistente*, pp. 353 e ss.). Sobre a aptidão ao trânsito em julgado das sentenças eivadas de nulidade absoluta, a convalidação definitiva do ato após esgotado o prazo para rescisória (coisa soberanamente julgada) e a não-submissão a essas regras da sentença inexistente, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo* ..., 5ª ed., pp. 292 e ss. Ressalve-se apenas o entendimento quanto à falta de citação, que, não obstante os argumentos da autora, não acarretam inexistência da sentença. Este ato de comunicação processual não é pressuposto de existência do processo, mas de desenvolvimento válido.

Neste estudo procurou-se demonstrar que a ausência de citação não impede o nascimento da relação processual, sendo existente e eficaz a respectiva sentença mesmo que o réu não compareça. Como terceiro, poderá ele resistir a essa eficácia, pois não está sujeito à sua imutabilidade. Aplicáveis também aqui, portanto, os princípios da instrumentalidade e da ausência de prejuízo. V. também Marcelo J. López Mesa, *Ineficacia y Nulidad* ..., pp. 293 e ss. Ainda a propósito do tema, não se compreende a conclusão de José Maria Tesheimer sobre ser perpétua a nulidade da sentença, podendo ser alegada por qualquer meio, embora vedado o reconhecimento do vício sem provocação (cf. *Pressupostos Processuais* ..., p. 19). Esta afirmação estaria adequada se dirigida à sentença inexistente, assim mesmo com a ressalva de ser admissível a decretação *ex officio*. Mas a nulidade, ainda que absoluta, deixa de existir após esgotado o prazo para a rescisória.

Justifica-se tal conclusão, pois o caráter instrumental do processo não é compatível com soluções em que o valor “forma” prevalea sobre os demais. Se o juiz assinou a sentença, ainda que após iniciada sua eficácia prática, é porque o ato expressa exatamente o que ele pretendia.¹⁶⁶ Não há razão para desconsiderar a confirmação apenas para homenagear construções doutrinárias nem sempre adequadas às especificidades do direito processual. Mesmo porque a afirmação de que inexistente é o ato ao qual faltem requisitos essenciais é por demais vaga e imprecisa, especialmente no campo do direito processual, em que a própria ausência material do ato pode tornar-se irrelevante.

Todas as idéias desenvolvidas neste capítulo acabam suscitando dúvida sobre a relevância atribuída à diferença entre *inexistência jurídica* e *nullidade absoluta*, ao menos em sede processual. O caráter instrumental do ato processual e de sua forma faz com que à inexistência sejam aplicados os mesmos princípios previstos no sistema para as nulidades absolutas.¹⁶⁷

166. Vittorio Denti faz referência à distinção estabelecida pela jurisprudência italiana entre a ausência de subscrição deliberada, porque o conteúdo da sentença não corresponde ao que o juiz pretendia, e a omissão involuntária de subscrição. Nesta hipótese seria admissível a correção do erro, sendo de inexistência jurídica propriamente dita apenas a primeira situação (cf. “Inesistenza degli atti ...”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 637). Assim também – e, mais uma vez, acertadamente – Eduino Talamini (*Cosa Julgada* ..., pp. 334-336). Este é o entendimento, ainda, de Chiara Besso (*La Sentenza Inesistente*, pp. 294 e ss.). Tratando-se de real inexistência da sentença por ausência de subscrição pelo juiz, a dedução do vício pode ser feita a qualquer tempo e por qualquer via, inclusive mediante ação declaratória (cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., pp. 451-452).

167. Leonardo Greco também questiona a distinção: “Muitos outros exemplos poderiam ser mencionados, a evidenciar que aquilo que se procura qualificar de ato inexistente ou não chegou a ser ato do processo ou é apenas uma nulidade absoluta que transparece com mais evidência. Se a essas nulidades absolutas não é possível atribuir uma característica que objetivamente as diferencie das demais, certamente estaríamos no campo do puro arbitrio e da mais terrível insegurança jurídica, que comprometeriam mortalmente as finalidades de um sistema de invalidades, conforme expusemos no início deste tema, se não reduzíssemos a sua esfera de influência apenas àquelas hipóteses em que o ato não seja apto a produzir e de fato não tenha produzido quaisquer efeitos jurídicos, ainda que invalidos. Nos demais casos, estaremos diante de meras nulidades absolutas, a merecerem o tratamento que a lei lhes der” (“As invalidades processuais ...”, *Revista de Ciências Sociais* 2-5/17).

Em relação à sentença, todavia, tal conclusão não se sustenta. Nesta modalidade de ato processual a distinção entre as duas categorias tem importância, pois se inexistente a sentença o vício sobrevive à coisa julgada e ao término do prazo para rescisória – o que não se dá com a nulidade.¹⁶⁸

Assim, a sentença é o único ato processual cuja inexistência jurídica torna absolutamente ineficaz.

23. Nulidades processuais: duas visões distintas

A *segurança*, como valor inerente ao processo, é representada pela garantia de participação efetiva dos sujeitos parciais da relação processual na formação do convencimento do juiz. Confunde-se com as idéias de *contraditório* e de *ampla defesa*. A forma e a técnica processuais visam a assegurar o desenvolvimento ordenado da relação, com a prática de atos previamente estabelecidos em lei, permitindo às partes influir no resultado do julgamento.

Esta é a única razão do formalismo processual. Por isso, deve o juiz velar pela observância da forma e da técnica, atento, todavia, para a razão de ser das regras sobre nulidades no processo. Não se pode esquecer que a nulidade do ato bem como a ineficácia que normalmente dela decorre constituem conseqüências da não-observância da forma.

168. Em termos gerais, concorda-se com as observações críticas feitas à teoria da inexistência no âmbito do processo por Ovídio Batista da Silva (*Curso ...*, pp. 169-170) e por Fábio Gomes (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, pp. 24-29), inclusive com a conclusão deste último autor “pela equiparação do tratamento dos chamados atos juridicamente inexistentes ao que é declinado aos atos eivados de nulidade absoluta, ou seja, uma vez não reconhecido o vício no âmbito do processo no qual são praticados, não se lhes poderá negar a produção de efeitos, e somente poderão ser atacados através das medidas adequadas para o reconhecimento daquelas nulidades” (p. 29).

Para exame das várias opiniões acerca da categoria do *ato processual inexistente*, que muitos não aceitam, cf. Alberto Luis Maurino, *Nulidades Processuais*, pp. 22 e ss. Observa-se apenas que em relação à inexistência, embora não praticado o ato ou ausente requisito essencial, os efeitos programados podem ocorrer independentemente dele, o que possibilita seja desconsiderada a falha. Ressalva-se a sentença, cuja inexistência jurídica é insanável e alegação do vício não está sujeita a prazo preclusivo.

As regras sobre a forma do ato processual devem existir, existir e sua observância é, em princípio, obrigatória. Os princípios da liberdade das formas e da forma determinada pelo juiz não atendem às exigências de segurança, igualdade e imparcialidade, podendo conduzir a situações de desordem e arbítrio – o que comprometeria os objetivos do instrumento. Não se compreende como solução justa dos litígios senão aquela obtida segundo método previamente regulado em lei, cuja confiabilidade está intimamente relacionada ao fator *segurança*.

Todo o aspecto formal do processo tem, portanto, sua razão de ser. O legislador preocupa-se em regulá-lo para atender a determinados objetivos, e não simplesmente para torná-lo mais complexo.

A linha condutora da investigação aqui realizada é a necessidade de identificação, sempre, do *porquê* da forma. Fundamental saber, em cada situação, qual o valor protegido pelo legislador. Em termos bem genéricos, afirmou-se que o formalismo está voltado principalmente à garantia das próprias partes, assegurando a plena participação dos sujeitos parciais do processo na formação do resultado. Mas em cada situação processual há sempre uma finalidade específica da exigência quanto à forma, cuja identificação é importante, pois haverá casos em que esse objetivo próximo é alcançado mesmo sem observância da prescrição legal. Se tal ocorrer, conseqüentemente, o escopo maior de todo o sistema das nulidades não será afetado. Nesses casos não há razão para aplicar a sanção pela não-observância da forma.¹⁶⁹

169. As formas processuais – diz, acertadamente, Teresa Arruda Alvim Wambier – “não são mais que o preço que as pessoas têm de pagar pela sua liberdade: constituem, na verdade, uma garantia para defesa dos seus direitos” (*Nulidades do Processo ...*, 5ª ed., p. 176). Este deve ser o parâmetro a ser observado na interpretação do sistema das nulidades processuais. Constitui verdadeiro limite à imposição do efeito causado pelo descumprimento da forma. Ao tratar do tema, Comoglio chega a conclusão análoga, invocando lição de Pescatore: a relação entre meio e fim, em processo, constitui a base racional das nulidades por defeito de forma. Se a forma é meio para atingir escopos, a nulidade por defeito de forma deve ser reconhecida porque o escopo não pôde ser alcançado. Mas, se o vício formal não impediu fosse alcançado o fim, deve prevalecer a idéia destinada a conservar os efeitos do ato, para evitar inútil duplicação de atividades e para preservar o direito substancial da parte (cf. Comoglio, “Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/592).

Mas o fenômeno da ausência de requisitos processuais deve ser analisado por dois ângulos diversos.

Primeiro, o controle prévio a ser exercido pelo juiz, a quem compete impedir o prosseguimento do processo evitado de vícios que possam obstar ao julgamento do mérito. Esse poder de polícia visa a evitar o possível desenvolvimento inútil de relação processual que, por algum problema a ela inerente, está fadada à extinção sem proporcionar o resultado dela esperado. Não se deve correr o risco de admitir a prática de atos inútuos. Trata-se de raciocínio realizado à luz do princípio da economia processual.

Outras são as premissas, todavia, se a relação processual desenvolver-se, não obstante o defeito verificado em fases anteriores do procedimento. Se tal ocorrer, a anulação de todo o processo ou sua extinção sem exame do mérito devem ser precedidas de uma indagação: houve prejuízo para a segurança ou a ausência do requisito de natureza processual ainda constitui óbice ao julgamento do mérito? Somente se a resposta for afirmativa o vício deve ser reconhecido e declarado. Caso contrário releva-se a falha processual e passa-se ao exame do direito material, concedendo-se, ou não, a tutela jurisdicional.

O problema dos vícios processuais — ou seja, da ausência de algum requisito inerente ao plano processual — comporta, pois, dois tipos de análise: *a priori* e *a posteriori*.

Se a falta de pressuposto processual ou de condição da ação for identificada no momento procedimental adequado e não houver possibilidade de suprir a falha, o processo será extinto sem julgamento do mérito.

Mas se, não obstante o vício, o processo prosseguir, necessário verificar se houve comprometimento de algum daqueles valores que a técnica a e forma visam a preservar. Muito provavelmente será possível ignorar o requisito faltante e extinguir o processo com a solução da controvérsia.

A indisponibilidade da maioria dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, que torna possível o reconhecimento *ex officio* da ausência de qualquer deles, só deve ser considerada se a ausência for detectada desde logo. Pela mesma razão por que são irrelevantes os vícios processuais se houver reconhecimento ju-

rídico do pedido, renúncia ao direito ou transação (CPC, art. 269, II, III e V) — casos em que o juiz se limita a homologar o acordo, ignorando o defeito formal —, também não se justifica a anulação do processo ou sua extinção sem julgamento do mérito se a falha não comprometer a segurança jurídica e o contraditório.

Aliás, na audiência preliminar, a primeira providência do julgador é tentar a conciliação. Se obtiver sucesso, a manifestação de vontade das partes será homologada e o processo extinto com julgamento do mérito. Somente se frustrada a conciliação irá o juiz examinar eventuais questões processuais pendentes (CPC, art. 331).

Isso quer dizer que a possível ausência de algum requisito de natureza processual não impedirá o acordo entre as partes. É óbvio, pois o que importa é a solução do litígio, não a regularidade do instrumento. Se o resultado puder ser alcançado, torna-se irrelevante o vício processual.

Não pode ser o réu beneficiado com a extinção do processo sem análise do mérito apenas porque não observada alguma regra relacionada à forma do instrumento. É preciso verificar em que medida seus interesses processuais foram prejudicados, bem como se não há possibilidade de reparar o dano. É importante ressaltar o caráter instrumentalista do processo, cuja técnica tem a função exclusiva de possibilitar seja o objetivo alcançado com segurança e celeridade.

Situação muito comum é a rejeição indevida de denunciação da lide. Como o agravo de instrumento — recurso adequado contra a decisão — não tem efeito suspensivo, o processo seguirá seu curso. Se provido o agravo, todos os atos praticados após o indeferimento do pedido de intervenção terão de ser anulados — o que nem sempre atende ao princípio da economia processual, principalmente se já encerrada a instrução.

A jurisprudência tem-se recusado a reconhecer a nulidade, optando por assegurar ao denunciante a via autônoma para exercício do direito de regresso. Prestigiam-se a economia processual e a instrumentalidade das formas. É verdade que tal opção envolve certo risco de prejuízo ao denunciante, pois a demanda condenatória poderá ser julgada improcedente, com adoção de fundamentos rejeitados no primeiro processo, gerando decisões contraditórias. É só pensar na condenação do Estado a reparar o prejuízo causado por funcionário, com rejeição da defesa fundada em culpa exclusiva da víti-

ma. Na ação regressiva pode o juiz concluir pela improcedência com fundamento diametralmente oposto. Apesar disso, a não-anulação do processo é considerada a alternativa mais adequada, mesmo porque o perigo de decisões contraditórias é pequeno.¹⁷⁰

Necessário insistir em que essa afirmação está assentada na premissa de que o processo é o método estatal de solução de controvérsias. Pressupõe-se tenha o legislador adotado a técnica mais adequada a proporcionar o resultado desejado. O modo como o mecanismo se desenvolve, a forma exigida para os atos que o compõem, todos os componentes do modelo abstrato estabelecido nas leis processuais, tudo é resultado de avaliação prévia, informada por dados concretos, históricos e científicos. Com base na expertise e na visão da realidade atual constrói-se o método destinado a eliminar as crises de direito material da forma mais simples, rápida e segura possível.

Mas isso não significa que o modelo seja infalível, que não haja necessidade de adaptações às situações concretas. Nem sempre aquilo que se concebe à luz de uma visão macro é adequado ao micro. Por vezes haverá necessidade de adaptações no modelo abstrato, em face de certas especificidades não imaginadas por quem o concebeu.

170. Na Ap. 775.614-9, no antigo 1ª TACSP, conclui-se nesse sentido, com apoio em doutrina e jurisprudência (cf. Bedaque, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 198). O STJ adota idêntico entendimento, sempre fundado na instrumentalidade das formas e na economia processual: “A jurisprudência desta Corte Superior tem enveredado pela esteira de que, ‘embora cabível e até mesmo recomendável a denunciação da lide a servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denunciação, em atenção aos princípios da economia e da celeridade processuais’ (REsp n. 197.374-MG, rel. Min. Garcia Vieira), além de que, ‘em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e se recomenda que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. Entretanto, o indeferimento da denunciação da lide não justifica a anulação do processo’ (REsp n. 165.411-ES, rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que ‘os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não-anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu a denunciação da lide (CPC, art. 70, III), ressaltando ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma’ (REsp n. 11.599-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)” (1ª T., AgRg no AG 402.417, rel. Min. José Delgado, j. 6.12.2001, DJU 4.3.2002).

O escopo maior é imutável: solucionar as crises de direito material do modo mais eficiente possível. Para tanto, imagina-se a forma pretensamente mais adequada. Não quer dizer, todavia, que não se possa flexibilizá-la, desde que preservados o interesse público, a segurança das partes e o equilíbrio do contraditório.

A convalidação de atos processuais viciados deve ser informada, entre outros, pelos princípios da economia e da conservação. Esse nexó foi percebido pela doutrina processual italiana mais antiga, e vem reafirmado pelos processualistas modernos. Sem dúvida, há necessidade de se estabelecer relação de meio e fim entre a técnica processual e os resultados pretendidos. Eventual vício só será considerado relevante, podendo acarretar a nulidade do ato ou do processo, se impedir seja alcançado o resultado pretendido.

Admitida essa conclusão, forçoso reconhecer que as regras sobre nulidades devem ser interpretadas restritivamente, sendo a declaração de nulidade solução excepcional, à qual se recorre apenas nas situações em que inexistente alternativa menos danosa.¹⁷¹

Inadmissível a imposição dessa consequência¹⁷² pelo simples descumprimento de determinada forma legal, sem que essa não-ob-

171. Cf. Alberto Luis Maurino, *Nulidades Processuais*, p. 28.

172. Para muitos a invalidade não é sanção, pois não constitui reação a um comportamento proibido, mas simples consequência gerada pelo não-atenção aos requisitos formais do tipo legal. Resulta da não-observância de normas potestativas, ao passo que a sanção decorre da violação a normas imperativas. Nulo é simplesmente o reverso do válido: “Tanto o válido como o inválido (o nulo) são predicados de um ato que expressam que ele, respectivamente, produz ou não algum efeito jurídico” (Roque Komatsu, *Da Invalidade de ...*, p. 189; v. também pp. 181-188).

Segundo José Maria Tesheiner a nulidade é sanção, pois representa a consequência jurídica imposta pelo descumprimento da norma (cf. *Pressupostos Processuais ...*, p. 16). Sanção ou não – e o problema reside no conceito de sanção –, a nulidade é o efeito decorrente da não-observância da forma exigida pelo legislador para determinado ato do processo. Júlio B. Maier nega seja a declaração de nulidade imposição de uma sanção, pois não constitui consequência jurídica imposta pelo descumprimento de um dever previsto na norma. Não é efeito de ato ilícito, mas simples inidoneidade de uma ação para alcançar determinado resultado. Nulo seria simplesmente o inverso de válido (cf. *Função Normativa de la Nulidad*, pp. 129 e ss.).

A controvérsia doutrinária é terminológica. Na substância, todos estão de acordo em que nulidade é consequência da desconformidade entre o ato e a

servância impeça o ato de atingir o próprio fim. Os princípios da economia e da conservação impõem a desconsideração do vício de forma se atingido o objetivo do ato defeituoso, para evitar a renovação desnecessária de atividade processual, bem como para preservar o direito da parte cuja situação estiver amparada pelo ordenamento jurídico substancial.¹⁷³

24. Ausência de prejuízo e jurisprudência

A tendência dos tribunais é aplicar o princípio da instrumentalidade das formas e considerar sanado o vício do ato se não houver prejuízo decorrente do não cumprimento de algum requisito formal do ato, do procedimento ou da própria relação processual.

Por exemplo, considera-se sanada a nulidade decorrente da não intervenção do Ministério Público se a participação posterior for suficiente para alcançar a finalidade pretendida pelo legislador.¹⁷⁴

Nessa mesma linha, a inexistência de prejuízo tem levado à desconsideração de outros vícios processuais, como julgamento *extra petita* mas favorável ao réu, desde que a violação ao princípio da adstrição não tenha causado dano à parte a quem a declaração da nulidade aproveitaria, incidindo o disposto no art. 249, § 2º, do CPC. Embora considerado na sentença fundamento não invocado na inicial, a improcedência do pedido faz com que o vício processual deixe de ser importante.¹⁷⁵

forma legal. Conclui diversamente Ferruccio Auletta, para quem é relevante a identificação entre *nullidade* e *sancção*, pois, em seu entender, "dall'originario abbinamento concettuale tra nullità e sanzione sia precipitato un sistema di previsione dell'atto processuale nullo tecnicamente distinto da caratteri di legalità, tipicità, tassatività e determinatezza che ben si adattano — sarà la mia conclusione — al diritto processuale e al suo attuale inquadramento scientifico, positivo e costituzionale" (*Nullità e Inesistenza* ..., p. 77).

173. Cf. Comoglio, "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/592.

174. TJSP, 8ª C. Civil, AI 268.271-1, São Paulo, rel. Des. Osvaldo Caron, j. 4.10.1995, v.u.; TJSP, 4ª C. de Direito Privado, Ap. 97.120-4, Bragança Paulista, rel. Des. Olavo Silveira, j. 10.12.1998, v.u. Ou se a ausência não gerou prejuízo ao interesse do incapaz: TJSP, 5ª C. de Direito Privado, AI 198.195-4, São Paulo, rel. Des. Marcus Andrade, j. 8.11.2001, v.u.

175. *JTJ* 231/194.

Com relação ao julgamento *extra petita*, situação real revela a importância de determinadas inovações legislativas, desde que compreendidas segundo os princípios da instrumentalidade da forma, do contraditório e da economia processual. O vício pode ser ignorado em sede recursal, não obstante sua gravidade, mediante aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC, pois a situação pode ser equiparada à extinção do processo sem julgamento do mérito, em que o juiz também não examina os fundamentos de mérito deduzidos pelo autor como causa de pedir.

A solução deve ser estendida também à sentença *citra petita*, ou seja, aquela em que o juiz não examina todos os pedidos cummulados. Se no tocante à parte da pretensão não julgada houve contraditório e não há necessidade de prova, pode o tribunal decidir a respeito. Caso não o faça, nada obsta a que seja proposta nova ação a respeito, pois sobre aquela matéria não houve resposta da atividade jurisdicional.¹⁷⁶

Nessa linha, possível considerar irrelevante o equívoco do julgador e passar ao exame da controvérsia, tal como exposta na inicial e submetida ao contraditório, se a questão for exclusivamente de direito ou dispensar produção de prova.¹⁷⁷

176. Segundo Chiara Besso trata-se de nulidade da sentença que, se não alegada em recurso, pode tornar-se preclusa pela coisa julgada, nada obstante a que seja a pretensão novamente deduzida (cf. *La Sentenza Inesistente*, pp. 203-205). Ressalva-se apenas a possibilidade, no Direito Brasileiro, de superação da nulidade mediante incidência do art. 515, § 3º, do CPC. Embora referindo-se apenas à sentença *citra petita*, Marcela Regina Pereira Câmara parece entender a conclusão a qualquer hipótese de violação ao princípio da correção (cf. *A Ampliação da Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação*, pp. 110 e ss.).

177. Cf. TJSP, 1ª C. de Direito Público, Ap. 269.049-5/4, j. 27.7.2004, v.u. Trata-se de acórdão por mim relatado. O pedido formulado pelo autor não fora examinado na sentença. Em relação a ele, portanto, inexistia ato judicial. Não obstante, e tendo em vista autorização legal, ignorou-se o vício ocorrido em primeiro grau e proferiu-se julgamento de mérito em sede recursal. Ressalte-se que em relação ao pedido não examinado não houve julgamento. A inexistência da sentença por vício dela própria, todavia, pode não impedir sejam alcançados os fins do processo, pois observadas as garantias constitucionais, nenhum prejuízo é causado às partes e ao próprio sistema se o tribunal decidir o mérito. Veja-se que até mesmo a ausência do ato mais importante do processo em primeiro grau pode tornar-se irrelevante, admitindo-se a correção em sede recursal.

Tem-se entendido tratar-se de mera irregularidade a alegação de incompetência relativa em preliminar de contestação, não sendo lícito ao juiz deixar de apreciar a arguição apenas em razão do erro de forma.¹⁷⁸

Não devem ser anulados atos processuais de natureza não-ins-
trutória praticados durante a suspensão do processo destinada a sus-
tar realização de perícia.¹⁷⁹

Embora nula a citação, se o réu contestar o vício está sanado, nos termos dos arts. 214, § 1º, 244 e 249, § 1º, do CPC.¹⁸⁰

Mesmo após o saneamento, se a prova pericial for suficiente para formação da convicção do juiz, admissível o julgamento ante-
cipado, com supressão da audiência. Como não há prejuízo, inexistente nulidade.¹⁸¹

Em princípio, não se decreta nulidade se inexistente prejuízo,¹⁸² nem pode a parte que lhe deu causa valer-se desse resultado.¹⁸³

Tudo leva à conclusão de que qualquer vício do processo – até mesmo a inexistência – pode acabar tornando-se irrelevante se con-

178. TJSP, 2ª C. de Direito Privado, Ap. 223.579-4, Mirandópolis, rel. Des. César Peluso, j. 19.3.2002, v.u.

179. TJSP, 3ª C. de Direito Privado, AI 221.154-4/9, São Paulo, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 14.5.2002, v.u.

180. TJSP, Ap. 211.900-1, São Paulo, rel. Des. Marcos César, j. 3.6.1994; *JTJ* 162/15.

181. TJSP, Ap. 220.245-1, São Paulo, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 21.2.1995, v.u.

182. AI 206.495-1, Avaré, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 9.11.1993; Ap. 191.881-1, São Paulo, rel. Des. Andrade Marques, j. 9.2.1994; AI 196.243-1, Moji Guaçu, j. 17.8.1993; AI 267.633-1, São Paulo, rel. Des. Vasconcellos Pereira, j. 26.9.1995; *JTJ* 126/191; *JTJ* 162/125; *JTJ* 111/44; AI 13.692-4, Osasco, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 27.8.1996; 1ª C. de Direito Privado, AI 69.041-4, Itápolis, rel. Des. Alexandre Germano, j. 7.10.1997; 2ª C. de Direito Público, Ap. 69.536-5, Santo André, rel. Des. Aloizio de Toledo, j. 3.3.1998; 7ª C. de Direito Privado, AI 80.873-4, Araraquara, rel. Des. Júlio Vidal, j. 5.8.1998, v.u.; 5ª C. de Direito Privado, AI 90.477-4, São Paulo, rel. Des. Marcos César, j. 27.8.1998, v.u.; 7ª C. de Direito Privado, AI 94.815-4, São Paulo, rel. Des. Leite Cintra, j. 30.9.1998, v.u.; 5ª C. de Direito Privado, Ap. 38.098-4, São Paulo, rel. Des. Marcus Andrade, j. 22.4.1999, v.u.; 7ª C. de Direito Privado, Ap. 129.414-4, São Bernardo do Campo, rel. Des. Júlio Vidal, j. 2.2.2000, v.u.; 3ª C. de Direito Privado, AI 138.088-4, Limeira, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 7.12.1999, v.u.

183. *JTJ* 151/27 e 165/206.

siderados os princípios que norteiam o sistema das nulidades processuais. Não se deve, portanto, interpretar as regras sobre forma sem levar em conta os valores maiores que as inspiraram.¹⁸⁴

184. “O espírito da lei, não será demais repetir, sugere sempre o caminho que salva o processo. E à paz social interessam tanto a justiça ideal quanto a rapidez e a segurança” (Fábio Gomes, *Comentários* ..., vol. 3, p. 35). A intenção do legislador nesse sentido foi apontada por Rogério Lauria Tucchi, que entende deva o intérprete levar em conta que a maior preocupação reside na salvação do processo, e não na nulidade em si mesma, pois, para surpresa do leitor do Código, no capítulo das nulidades a lei se preocupa mais em estabelecer regras contrárias ao reconhecimento do vício. Estaria evidenciado, portanto, o propósito político de salvar o processo (cf. *Do Julgamento Conforme o Estado do Processo*, 3ª ed., pp. 94-95). Idêntica a conclusão de Fábio Marrelli com relação ao sistema das nulidades no Direito Italiano, que destaca, entre outros dispositivos, o art. 156: “Tra le disposizioni generali basta ricordare l’enumerazione nell’art. 156 c.p.c. di un principio di strumentalità delle forme in forza del quale la nullità non può mai essere pronunciata se l’atto ha raggiunto il suo scopo” (*La Conservazione degli Atti* ..., p. 2). A correta compreensão dos princípios permite a conciliação desses valores, muitas vezes conflitantes. Acertado, pois, o entendimento de Fábio Gomes quanto à incidência dos arts. 249, §§ 1º e 2º, e 250 do CPC a qualquer tipo de nulidade (cf. *Comentários* ..., vol. 3, pp. 36-38), embora logo em seguida manifeste opinião em sentido contrário (p. 58). Quero crer que a última conclusão refira-se especificamente à hipótese ali apresentada, qual seja, a incompetência absoluta. Nesse caso, ao menos em princípio, não há como invocar o argumento da ausência de prejuízo.