

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Alexandre Salgado Marder**

**DAS INVALIDADES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Porto Alegre  
2008

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Alexandre Salgado Marder**

**DAS INVALIDADES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**

Porto Alegre  
2008

À minha esposa, Fabrícia,  
aos meus pais e a Deus, os fundamentos de minha existência.

Agradeço, primeiramente, ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Foi nas suas aulas e em seus trabalhos que apanhei as idéias fundamentais para a construção do trabalho.

Agradeço, também, aos meus amigos e colegas do Escritório Meister, Menke e Marder s/s, que me incentivaram e me acompanharam nessa jornada. Agradeço, em especial, ao colega e amigo Cassiano Menke, pela paciência em debater o tema e pelas valiosas contribuições fornecidas ao trabalho.

Devo, ainda, agradecimentos aos colaboradores da Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sempre muito dedicados e atenciosos.

“In realtà, si è da tempo riconosciuto che il diritto, anche nella sua veste di norma positiva, di disposizione legislativa, non costituisce un dato fisso ed immutabile, ma piuttosto un continuo divenire (*immerwährendes Geschehen*) alla cui individuazione non si giunge (in genere) in via di semplice deduzione logica, ma bensì in via di valutazione interpretativa o addirittura di formazione creativa. Nel dubbio e nel conflitto la *regula iuris* nasce da una cooperazione integratrice tra il soggetto e la norma.”

NICOLÓ TROCKER<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 643.

## RESUMO

A concepção de que o mundo jurídico se divide em três planos (existência, validade e eficácia) deve ser transposta integralmente para o Direito Processual Civil, haja vista ser uma construção que se situa no âmbito da teoria geral do direito. A análise da existência deve, necessariamente, preceder a da validade e da eficácia. A invalidade é uma sanção destinada a usurpar efeitos do ato sancionado. A invalidade processual pode ser vista como uma sanção aplicada pelo Poder Judiciário tendente a usurpar efeitos do ato processual sancionado com o objetivo de promover o princípio da segurança jurídica à luz das circunstâncias do caso concreto. Em virtude das peculiaridades do Direito Processual Civil, há uma vasta construção doutrinária tendente a sistematizar suas invalidades. As construções teóricas elaboradas até então não adotam, entretanto, a Constituição Federal como referencial, mas apenas o texto do Código de Processo Civil. No entanto, é imperioso reconhecer que o Código de Processo Civil deve respeito às diretrizes constitucionais, principalmente aos princípios da segurança jurídica e da efetividade (instrumentais), tendo como objetivo final promover a justiça do caso concreto. A justiça a ser alcançada se subdivide em processual e material. Para o alcance da primeira (processo justo), é necessário que os princípios instrumentais sejam devidamente harmonizados. Poucas decisões ao longo do processo interferem tanto na segurança e na efetividade do processo quanto aquelas que se pronunciam sobre as invalidades processuais. Assim, a decisão que decreta ou não uma invalidade deve introduzir uma regra de colisão entre os referidos princípios com o objetivo de harmonizá-los. Para isso, é importante que o aplicador utilize os métodos de hermenêutica adequados, dentre os quais se destacam a ponderação, a proporcionalidade e a proibição de excesso. Essa decisão deve ser devidamente fundamentada, sob pena de se correr o risco de arbitrariedade. O método ora exposto não é aplicado explicitamente pela jurisprudência, mas, nos precedentes sobre a matéria, se percebe que os princípios da segurança e efetividade já vêm sendo utilizados pelos Poder Judiciário em decisões envolvendo invalidades processuais.

Palavras chave: invalidade processual – segurança jurídica – efetividade.

## ABSTRACT

The concept that the legal universe has three dimensions (existence, validity and effectiveness) must be integrally applied to Civil Procedural Law, as it derives from the general theory of law. The analysis of existence must necessarily precede that of the validity and effectiveness. Invalidity is a sanction destined to vacate the effectiveness of the sanctioned action. Procedural invalidity can be seen as a sanction applied by the Judicial Branch to vacate the effectiveness of the sanctioned procedural action, and with the objective of promoting the principle of legal in light of the circumstances of the case at hand. Given the peculiarities of Civil Procedural Law, there is wide academic work aiming to systemize its invalidities. The legal theories available to date do not adopt the Federal Constitution as a reference, however; only the Code of Civil Procedure, although imperative to recognize that the Code of Civil Procedure must abide by the Constitutional directives, mainly the principles of legal and effectiveness with the final objective of promoting justice in the case at hand. Achievement of justice is subdivided in procedural and substantive matters. For the achievement of the former (due process) it is paramount that the instrumental principles are duly harmonized. Few decisions in a proceeding interfere as much in the legal and effectiveness of the proceeding as those that decide on procedural invalidities. As such, the decision that rules on the invalidity of an action must introduce a rule of conflict between the above mentioned principles, with the objective of harmonizing them. Thus, it is important that the judge applies proper interpretation methodology, especially reasonability, equity and prohibition of excess. This decision must be duly founded, otherwise it will be arbitrary. The methodology presented hereunder is not expressly seen in jurisprudence, although precedents on the matter lead to the perception that the principles of legal and effectiveness are already being implemented by the Judiciary in matters involving procedural invalidities.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>PARTE I - A SISTEMATIZAÇÃO DAS INVALIDADES PROCESSUAIS</b> .....	<b>16</b>
<b>1 As invalidades na teoria geral do direito</b> .....	<b>16</b>
<b>2 Os planos do mundo jurídico</b> .....	<b>20</b>
2.1 Plano da existência .....	21
2.2 Plano da validade .....	25
2.3 Plano da eficácia .....	34
<b>3 O fato jurídico processual</b> .....	<b>38</b>
3.1 A noção de ato processual .....	39
3.2 O processo como um procedimento em contraditório destinado à realização de justiça .....	44
<b>4 As doutrinas recorrentes acerca das invalidades processuais no Brasil</b> .....	<b>49</b>
<b>5 Uma apreciação crítica das doutrinas até então formuladas</b> .....	<b>55</b>
<b>6 Os princípios infraconstitucionais atinentes às invalidades</b> .....	<b>59</b>
6.1 Princípio da causalidade .....	60
6.2 Princípio da instrumentalidade das formas .....	62
6.3 Princípio do interesse .....	64
6.4 Princípio da preclusão .....	65
6.5 Princípio da economia processual .....	67
<b>7 Para uma definição de invalidade processual</b> .....	<b>69</b>
<b>PARTE II - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO COMO CRITÉRIOS DETERMINANTES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DAS INVALIDADES PROCESSUAIS</b> .....	<b>72</b>
<b>8 A disciplina das invalidades no Código de Processo Civil Brasileiro</b> .....	<b>72</b>
<b>9 Os princípios constitucionais a serem realizados pelo processo</b> .....	<b>79</b>
9.1 O princípio da segurança jurídica .....	82
9.2 O princípio da efetividade .....	87
9.3 O princípio da justiça .....	90
<b>10 Mecanismos úteis para a harmonização dos princípios: os postulados normativo-aplicativos</b> .....	<b>95</b>
10.1 Ponderação .....	97
10.2 Proporcionalidade .....	98
10.2.1 O fundamento da proporcionalidade .....	101
10.2.2 Os exames inerentes à proporcionalidade .....	104
10.2.3 Pressupostos para a aplicação da proporcionalidade .....	105



<i>10.2.4 O processo e a proporcionalidade: uma relação indispensável .....</i>	<i>107</i>
10.3 Proibição de excesso .....	111
<b>11 Invalidades na perspectiva dos princípios constitucionais harmonizados diante das circunstâncias do caso concreto .....</b>	<b>113</b>
<b>12 A decretação da invalidade, a regularização dos atos atípicos e sua relação com a coisa julgada .....</b>	<b>123</b>
<b>13 A motivação como instrumento de controle do arbítrio judicial.....</b>	<b>131</b>
<b>14 Enfoque pragmático: a análise da jurisprudência acerca do tema.....</b>	<b>135</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>147</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja enfrentar o tema referente às invalidades no Direito Processual Civil<sup>2</sup>.

Trata-se de assunto palpitante e de importância extraordinária para a consecução dos fins do processo. A justa composição da lide passa, inexoravelmente, por uma exata compreensão de que o processo, assim como todos os institutos a ele relacionados, apresenta-se como um instrumento destinado à realização de valores, dentre os quais se destaca, como proeminente valor fim, a justiça.<sup>3</sup>

No curso do trabalho, será ressaltado, primeiramente, que o tema das invalidades se situa na teoria geral do direito. Ou seja, deve ser estabelecida a premissa de que atos jurídicos inválidos não existem apenas no Direito Processual Civil, verificando-se, dessa maneira, evidente similitude ontológica entre as

---

<sup>2</sup> A adoção da expressão “Invalidades no Processo Civil” se deve ao fato de se concordar com as afirmações de DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989, p. 16, no sentido de que “Melhor fora, de qualquer sorte, ao menos para a denominação do gênero, a opção por termo mais abrangente – que não fosse confundível com a ‘nulidade em sentido estrito’ e que, ao mesmo tempo, abrigasse o conceito de ‘anulabilidade”.

<sup>3</sup> Percucientes são as observações de Cândido Rangel Dinamarco quando, ao escrever sobre os escopos sociais do processo, menciona: “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.196). Também ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2.e.d São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66, menciona que “O valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material, entendido este, em sentido amplo, como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.”

invalidades constadas nos mais diversos ramos do direito<sup>4</sup>. Almejar-se-á, em última análise, delimitar o gênero de que as invalidades processuais constituem espécie.

Posteriormente, será realizada uma exposição dos planos do mundo jurídico: existência, validade e eficácia. A explanação é fundamental para a delimitação do objeto pesquisado, prevenindo, desse modo, eventual perda de foco, o que se mostra absolutamente indesejável no âmbito de um trabalho que pretenda adquirir o apanágio de científico.

Superada a delimitação do gênero e já com a atenção voltada especificamente para o Direito Processual Civil, serão retomados os conceitos de fato e de ato jurídico processual, bem como as noções de processo e procedimento. Isso porque o trabalho tem o escopo de enfrentar as invalidades processuais, o que significa dizer dos atos processuais, que, em seu conjunto, corporificam o procedimento. Esse, por sua vez, quando realizado em contraditório, caracteriza o processo,<sup>5</sup> permitindo demonstrar a estreita relação de interdependência entre ato, procedimento e processo,<sup>6</sup> principalmente no que se refere ao aspecto teleológico.

Não se poderia olvidar, ainda, em trabalho específico sobre as invalidades no Direito Processual Civil, o labor até então realizado pela Doutrina. Assim, serão expostas algumas das mais importantes concepções doutrinárias existentes sobre as invalidades processuais no Brasil, com ênfase, principalmente, nas percucientes lições de Galeno Lacerda<sup>7</sup>, José Joaquim Calmon de Passos<sup>8</sup>; Teresa Arruda Alvim

---

<sup>4</sup> Esse o entendimento de DALL'AGNOL JÚNIOR, *Invalidades...*, p. 11, quando afirma que "O problema se espraia por outros ramos do Direito, como não poderia deixar de ocorrer, na medida em que o tema das invalidades, rigorosamente, situa-se no campo da teoria geral."

<sup>5</sup> "Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gli interessati, in contraddittorio, cogliamo l'essenza del processo: il qual è, appunto, un procedimento al quale, oltre all'autore dell'atto finale, partecipano, in contraddittorio, gli interessati, cioè i destinatari degli effetti di tale atto." (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 6).

<sup>6</sup> "Unos actos, decíamos, proceden de otros actos, y aquéllos, a su vez, preceden a los posteriores. Este principio de sucesión en los actos da el nombre a proceso (etimologicamente, de *cedere pro*). Procedimiento, por su parte, es esa misma sucesión en su sentido dinámico de movimiento. El sufijo nominal *mentum*, es derivado del griego, menos, que significa principio de movimiento, vida, fuerza vital." (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 202).

<sup>7</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

<sup>8</sup> Principalmente as idéias contidas na obra de CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Wambier<sup>9</sup> e José Maria Tesheiner<sup>10</sup>. Os referidos Autores são fundamentais por terem enfrentado a questão de forma sistemática, o que se impõe diante da absoluta ausência de sistematização encontrada no texto do Código de Processo Civil Brasileiro.

Após a descrição das teorias mencionadas, um enfoque crítico se fará necessário, haja vista a necessidade de se demonstrar que, talvez, alguns acréscimos possam ser realizados em contribuição ao que já foi construído até o momento. Tais observações serão feitas a partir do texto da Constituição Federal, principalmente dos princípios constitucionais relacionados ao processo.

Por se tratar de tema que comporta organização singular e destacada, também é correto afirmar que há princípios específicos que se aplicam à categoria das invalidades processuais e que se situam no plano infraconstitucional. O estudo dos mais importantes princípios infraconstitucionais será realizado em face de sua relevância teórica e, principalmente, prática. É visível, no cotidiano forense, a utilização dessas normas para a delimitação da extensão da nulidade, como, *v.g.*, no caso do princípio da causalidade; bem como sua adoção como ferramenta de avaliação da própria invalidade processual, como, por exemplo, o princípio da instrumentalidade das formas.

Finalizando a primeira parte do trabalho, buscar-se-á delinear uma definição de invalidade processual, sem a preocupação de promover enquadramentos nesta ou naquela categoria (anulabilidade, nulidade relativa ou nulidade absoluta). A própria lei não faz a distinção, razão pela qual não parece essencial que a doutrina a faça.

Expostas as tentativas de sistematização e apresentada uma proposta de definição do instituto estudado, passar-se-á à análise do primeiro referencial legislativo sobre invalidades processuais, qual seja, o Código de Processo Civil. A análise do texto do Código tem o condão de demonstrar a sua insuficiência para a

---

<sup>9</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>10</sup> TESHEINER, José Maria da Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

solução de problemas concretos, haja vista a disciplina escassa e pouco sistemática que apresenta.<sup>11</sup>

Constatadas as limitações do Código de Processo Civil na disciplina do tema, será o assunto enfrentado por outro viés, qual seja, à luz dos valores constitucionais a serem buscados pelo processo<sup>12</sup>. Para o desempenho desse desiderato, será importante desvendar quais seriam esses valores, isto é, será imperioso extrair do texto da Constituição Federal, via interpretação sistemática, quais os valores a serem perseguidos pelo processo diante de um caso concreto.<sup>13</sup>

Desvendados os valores constitucionais fundamentais (segurança, efetividade e justiça), defender-se-á proposta teórica de análise das invalidades processuais exatamente a partir de tais valores interpretados à luz das circunstâncias do caso concreto. O descuido em relação aos mencionados referenciais não pode ser admitido, sob pena de se correr o risco de formular teorias descomprometidas com a real razão de ser do processo civil contemporâneo, qual seja, a pacificação social com a realização da justiça do caso.

Já sob uma perspectiva deontológica,<sup>14</sup> após a constatação de que os princípios da segurança e efetividade se encontram em constante tensão no

---

<sup>11</sup> Ressaltando o caráter assistemático do Código de Processo Civil no que se refere às invalidades, cumpre sejam reproduzidas as palavras de Vicente Greco Filho ao afirmar que “o capítulo do Código referente às nulidades não conseguiu boa sistematização a respeito, inclusive por razões de ordem histórica, a ponto da doutrina afirmar (já com razão desde o Código anterior) que a lei se preocupou mais em dizer o que não acarreta nulidade do que explicar a sistematização do instituto, apesar de elogiar o avanço do sistema em relação à legislação anterior.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 41).

<sup>12</sup> “Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou os valores a serem idealmente atingidos por meio do processo.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Separata da Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 388, 2007, p. 15).

<sup>13</sup> “O formalismo –valorativo no Brasil desembarca com a Constituição de 1988. É nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais. Superado aquele estágio anterior de exacerbação da técnica, de vida breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto, como bem preleciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, convocando-se uma racionalidade prática para condução do debate jurídico.” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38).

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, p. 138.

caminhar do procedimento, serão apontados métodos capazes de promover o necessário equilíbrio entre as mencionadas normas. Dentre os mecanismos disponíveis, se destacam a ponderação, a proporcionalidade e a proibição de excesso.

Sustentar-se-á, dessa maneira, que a decisão que decreta ou não uma invalidade processual deve criar uma regra de colisão capaz de harmonizar os princípios constitucionais em concreta tensão, a fim de que se atinja o processo justo.

Não se poderia olvidar a questão que envolve a decretação efetiva da invalidade. Assim, o presente trabalho também abordará, em capítulo específico, questões que digam respeito às conseqüências da aplicação da sanção de invalidade, tanto no que se refere aos atos atingidos, quanto aos efeitos produzidos. Nessa mesma linha diretiva, serão abordadas situações em que a correção do vício se mostra possível para que a sanção de invalidade não seja aplicada e, ainda, a relação existente entre a coisa julgada e os vícios do processo.

Com o fito de enaltecer a necessidade de controle do arbítrio judicial, ressaltar-se-á, ainda, que toda e qualquer decisão proferida no curso do processo deve ser fundamentada, inclusive a que diz respeito às invalidades. Essa é a única forma de se evitar uma manipulação indevida de valores que permitem, em face de sua riqueza semântica, a utilização da retórica para a produção de inaceitáveis julgamentos arbitrários.<sup>15</sup>

Por fim, será exposta, no último capítulo do trabalho, uma pesquisa jurisprudencial realizada nos tribunais brasileiros sobre as invalidades processuais.

---

<sup>15</sup> Ressaltando a importância da fundamentação das decisões judiciais, interessantes são as afirmações de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 476-477 quando preceituam que: “Quando o juiz está desenvolvendo o raciocínio que objetiva culminar na decisão, ele poderá pensar na coerência e na congruência das versões das partes e, inclusive, propor aquela que, nessa perspectiva, lhe parecer adequada. Mas, quando se toma em consideração a justificativa – que trabalha com argumentos e não testando hipóteses -, não mais importará a coerência e a congruência como métodos destinados a fornecer uma decisão – até porque essa já existe - , mas sim a coerência e a congruência como qualidades imprescindíveis à própria justificativa, cuja ausência pode ser apontada pelo tribunal em razão do recurso.”

O objetivo da exposição será demonstrar que a jurisprudência, de certa forma, já utiliza os princípios da segurança e da efetividade para a análise da invalidade em casos concretos, inclusive ponderando tais normas (proposta do presente trabalho). Entretanto, a utilização desse método é velada, o que prejudica a clareza por ocultar o que de fato está a embasar o pronunciamento que decreta ou não a invalidade no caso concreto.

## PARTE I - A SISTEMATIZAÇÃO DAS INVALIDADES PROCESSUAIS

A primeira tarefa a ser realizada é a de sistematizar e conceituar as invalidades no plano do Direito Processual Civil, o que passa, inevitavelmente, por uma análise do instituto à luz da Teoria Geral do Direito e, posteriormente, pela construção doutrinária até então desenvolvida.

### 1 As invalidades na teoria geral do direito

Existe evidente similitude ontológica entre as invalidades verificadas nos mais diversos ramos do direito,<sup>16</sup> motivo pelo qual se está diante de matéria que se situa no âmbito da teoria geral do direito. As raízes históricas do instituto das invalidades remontam a construções realizadas já nos primórdios do Direito Romano, sendo importante uma breve incursão histórica para demonstrar a evolução do estudo do tema.

Importante destacar que, em Roma, nulo significava inexistente.<sup>17</sup> Os romanos não faziam a distinção entre ato nulo e ato inexistente porque ambas as categorias seriam espécies do gênero dos atos que não produziam efeitos jurídicos.<sup>18</sup> O pragmatismo romano não viu motivos para distinguir nulo e inexistente

---

<sup>16</sup> “As categorias de nulidade dos atos processuais, como atos jurídicos que são, não diferem ontologicamente das mesmas categorias no campo do direito material. Nem teria sentido tal diversidade, quando se focaliza a própria natureza, a essência do ato jurídico, seja processual ou não.” (MALACHINI, Edson Ribas. Das nulidades no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, 1974.).

<sup>17</sup> MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, 1998, p. 49. No mesmo sentido são as observações de Mario Talamanca ao afirmar que “Nella terminologia romana, dicendo nulla est venditio, nulla est mancipatio, legatum (non esiste la vendita, la mancipazione, il legato): in latinom infatti, nullus è soltanto un aggettivo indefinito che nega l’esistenza del nome cui si appone.”(TALAMANCA, Mario. *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Giufrè, 2001, p. 118).

<sup>18</sup> MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 50.



exatamente por se estar diante de duas categorias que acabavam levando ao mesmo resultado, qual seja, a não produção de efeitos<sup>19</sup>.

Não bastasse a falta de distinção entre os planos da validade e da existência, inexistia também, nas fontes do Direito Romano, a distinção entre nulidade e ineficácia. Segundo Max Kaser, proeminente romanista alemão, “Ao negócio ineficaz segundo o *ius civile*, que em geral é denominado de *nullum, nullius momenti, inutile* ou idêntico, são negados os efeitos que o negócio devia ter por sua natureza.”<sup>20</sup> A identificação do negócio nulo ao ineficaz explicita, de forma absolutamente clara, que, para os romanos, o negócio jurídico nulo não apenas inexistia, como também era absolutamente ineficaz, ou seja, nulidade, ineficácia e inexistência eram categorias que se confundiam.

A primeira tentativa de se estabelecer uma distinção entre nulidade e inexistência e, com isso, de atribuir autonomia ao estudo das invalidades, se deve ao Direito Canônico. Segundo Cláudio Fortunato Michelin Júnior, isso se deve “à necessidade de distinguir dois regimes diferentes para os matrimônios considerados viciados,”<sup>21</sup> o que levaria à seguinte distinção: “o *matrimonium nullum* e o *matriminium non existens*.”<sup>22</sup> É exatamente a partir dessa construção canônica que se torna possível a elaboração de uma teoria das invalidades.

Superada a fase inicial da distinção entre ato nulo e inexistente, foi no direito alemão que se verificou, por primeiro, uma abordagem científica do tema. Reproduzindo mais uma vez as palavras de Cláudio Fortunato Michelin Júnior, cumpre mencionar que “É a doutrina alemã que marca o início da reflexão sobre os fundamentos das diferenças entre invalidade e inexistência.”<sup>23</sup> Os romanistas alemães do século XIX se debruçaram sobre o Direito Romano com o objetivo não apenas de esclarecer os significados dos textos, mas, sobretudo, com a pretensão de construir um sistema capaz de explicar, de forma satisfatória, o instituto da

---

<sup>19</sup> “No Direito Romano antigo, segundo a Lei das XII Tábuas, a concepção de nulidade era bem simples: o ato nulo não existia do ponto de vista da lei; não existia, nem produzia efeitos jurídicos, nada havia.” (MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: A PARTE geral do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323).

<sup>20</sup> KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 80.

<sup>21</sup> MICHELON JÚNIOR, Ensaio..., p. 50.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 51.

invalidade<sup>24</sup>. Para isso, “foram elaboradas algumas categorias básicas para o Direito Privado, as quais todas as demais categorias e máximas deveriam se reconduzir.<sup>25</sup>” Dentre essas categorias fundamentais se pode destacar a dos negócios jurídicos.<sup>26</sup> Criado o negócio jurídico como ponto de referência, buscou a Pandectística, nas fontes romanas, os adjetivos que seriam agregados ao novel instituto, destacando-se, dentre esses, o *nullum*, ou seja, ao negócio jurídico poderia ser agregada a qualidade de *nullum*, e, a partir daí, surge a idéia de nulidade como um instituto autônomo<sup>27</sup>.

Não obstante, é importante referir que “A delimitação da invalidade em campo privatístico ao setor dos negócios jurídicos não exclui, de outra parte, que, dentro do mesmo horizonte cultural da Pandectística, a ciência processual refira, por sua vez, os mesmos predicados (e os substantivos abstratos em que eles se traduzem) à sentença e a outros atos relevantes do processo.<sup>28</sup>” Surge, dessa forma, a idéia de invalidade processual.

A sintética exposição histórica demonstra, com absoluta clareza, que a autonomia do estudo das invalidades e, principalmente, a distinção entre nulo, ineficaz e inexistente, nem sempre se apresentaram aos juristas como um truísmo. A vinculação inicial ao direito privado é absolutamente natural, haja vista ser o mais antigo dos ramos do direito. Entretanto, é necessário destacar que a categoria das invalidades se insere na teoria geral do direito, razão pela qual se espraia pelos mais diversos segmentos do mundo jurídico.

No Direito Administrativo, por exemplo, existe construção doutrinária vasta acerca da invalidade dos atos administrativos, bem como dos próprios contratos celebrados com a administração pública. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições

---

<sup>24</sup> MICHELON JÚNIOR, Ensaio..., p. 51.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>28</sup> KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 177.

jurídicas são inválidos. A noção de validade é antitética à de conformidade com o Direito (validade).<sup>29</sup>”

Não é nada incomum, no âmbito do Direito do Tributário, se falar na nulidade de determinado auto de lançamento ou, mesmo depois de ajuizada a execução fiscal, na invalidade da certidão de dívida ativa que aparelha a demanda executiva.<sup>30</sup>

Nas atividades envolvendo transações com títulos de crédito e, portanto, abrigadas pelo denominado Direito Cambiário, também é bastante corriqueira a menção a invalidades. A título de exemplo, pode-se mencionar a nulidade de determinada duplicata de compra e venda mercantil diante da ausência de relação jurídica subjacente, que dá causa, muitas vezes, a ações declaratórias de nulidades de títulos e, até mesmo, às cautelares de sustação de protesto.

No Direito Civil, da mesma forma, a questão das invalidades é bastante presente. Talvez esse seja o ramo do direito em que o tema tenha sido mais explorado, tanto pela Doutrina quanto pela legislação, haja vista as razões históricas já mencionadas. O Código Civil Brasileiro trata do tema de maneira expressa, especificamente nos artigos 104 a 184, que despontam como dispositivos que servem de referenciais básicos para a disciplina e sistematização do assunto nesse ramo do direito.

Especificamente no que se refere ao Direito Processual, matéria do presente estudo, nota-se uma constante utilização da teoria das invalidades no cotidiano forense. É absolutamente usual a constatação de sentenças, citações, intimações, decisões interlocutórias e, até mesmo, de processos inteiros inválidos.

Os exemplos acima poderiam se multiplicar interminavelmente, o que é desnecessário por se acreditar já serem suficientes para demonstrar que o instituto das invalidades atinge todos os ramos do direito.

---

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 420.

<sup>30</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 467.

Importante ressaltar, no entanto, que os referenciais legislativos do Direito Civil, mesmo sendo os mais exaustivos e detalhados, não podem ser utilizados para a solução de problemas envolvendo invalidades em outros segmentos do direito. Isso porque cada ramo do direito tem suas especificidades, objetivos e princípios próprios, o que torna absolutamente inadequada a solução simplista de se utilizar o Código Civil como panacéia.

É manifesta a impropriedade da adoção dos critérios fornecidos pelo Direito Civil para a classificação das invalidades processuais. Primeiro porque o Direito Processual é ramo do Direito Público, e, por essa razão, possui princípios próprios e diferenciados, como, por exemplo, o da instrumentalidade das formas, da efetividade e da segurança<sup>31</sup>. Segundo, porque o Direito Processual possui objetivos diferentes dos perseguidos pelo Direito Civil. A realização da justiça do caso concreto, importante tarefa do processo, faz com que todos os seus institutos devam ser interpretados segundo esse fim, sob pena de se perder de vista a fundamental idéia de instrumentalidade.

Situado o tema, cumpre sejam expostos os planos do mundo jurídico, a fim de que se possa estabelecer a indispensável diferença entre a existência, a validade e a eficácia do fato jurídico, distinções essas que, por estarem no âmbito da teoria geral do direito, se aplicam, integralmente, ao plano do direito processual.

## 2 Os planos do mundo jurídico

Não são todos os fatos que interessam ao Direito, mas apenas aqueles que despertam a atenção do legislador<sup>32</sup>. E o veículo por meio da qual se dá esse ingresso no mundo jurídico é a regra. É exatamente pela incidência da regra que os

---

<sup>31</sup> WAMBIER, *Nulidades...*, p. 147-148, faz observações importantes acerca das regras que disciplinam as nulidades no âmbito do Direito Civil: "Entretanto, pelo fato de integrarem o Código Civil, sua aplicação aos outros ramos do direito não é de todo automática. Nestes artigos contêm-se normas gerais, mas que não se pode perder de vista que foram concebidas por civilistas, para o direito civil."

<sup>32</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller; 2000, v.1, p. 21.

fatos se tornam jurídicos, ou, como prefere Pontes de Miranda, apenas os fatos coloridos pela regra jurídica que incidiu é que passam a fazer parte do mundo do direito.<sup>33</sup>

Deve-se também a Pontes de Miranda a divisão do mundo jurídico em três planos<sup>34</sup>: os planos da existência, validade e eficácia. Será exatamente a partir dessa premissa que se buscará estabelecer as distinções necessárias para o enfrentamento do tema no Direito Processual Civil.

## 2.1 Plano da existência

A análise do plano da existência deve, necessariamente, preceder à dos planos da validade e eficácia. O fato jurídico deve primeiro existir para que depois se indague se efetivamente é válido e eficaz. As condições necessárias e suficientes para o ingresso no mundo jurídico passam por uma relação de coincidência entre os fatos do mundo e o suporte fático abstrato da regra jurídica<sup>35</sup>. Para uma perfeita compreensão do fenômeno, deve ser analisada a estrutura da regra jurídica, bem como a caracterização de seu suporte fático.

A regra jurídica é composta de duas partes bastante distintas: antecedente e conseqüente<sup>36</sup>. No antecedente, localiza-se o suporte fático abstrato, que se caracteriza por conter a descrição de um fato ou de um conjunto de fatos que

---

<sup>33</sup> PONTES DE MIRANDA, Tratado..., v. 1, p. 21

<sup>34</sup> “No mundo jurídico, há três planos diferentes: o plano da existência, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o plano da validade, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não válido (nulo ou anulável); o plano da eficácia, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções.” (Ibidem, p. 22)

<sup>35</sup> “Enquanto não se compõe o suporte fático, de modo que a regra jurídica incida, os elementos a, b e c continuam no mundo fático. Só a incidência da regra jurídica é que determina a entrada do suporte fático (sf) no mundo jurídico. Precisamente: do suporte fático; não de cada elemento.” (Ibidem, p. 22).

<sup>36</sup> Sobre a estrutura da regra jurídica, mesmo que com a atenção voltada para o Direito Tributário, esclarecedoras são as lições de CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242-243. Na obra citada, ensina o professor que “A hipótese alude a um fato e a conseqüência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar, razão pela qual se fala em descritor e prescritor, o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu conseqüente.”

representam a hipótese fática condicionante para a incidência da regra<sup>37</sup>. O suporte fático, no entanto, além de se apresentar abstratamente – como uma descrição hipotética contida no antecedente normativo –, pode, ainda, se manifestar de forma concreta. O suporte fático concreto traduz, assim, a materialização, no mundo dos fatos, do que está descrito no suporte fático abstrato, isto é, representa a realização efetiva do enunciado lógico constante no antecedente normativo<sup>38</sup>. Por exemplo, a regra de tributação do ICMS traz em seu suporte fático abstrato o fato de alguém vir a circular mercadoria. Quando, no mundo dos fatos, uma empresa “A” procede a venda efetiva de uma mercadoria “X”, passa a se falar em suporte fático concreto, porquanto se verificou, no mundo dos fatos, exatamente o que estava previsto hipoteticamente no antecedente normativo. Com essa verificação, a norma incide e se impõe ao contribuinte a realização do conseqüente da regra, no caso, pagar o tributo estadual. Assim, é correto afirmar que o fato apenas se torna jurídico quando houver uma coincidência exata entre o conceito constante no antecedente normativo (elementos nucleares) e o conceito atribuído ao fato materialmente ocorrido<sup>39</sup>.

Importante também mencionar que nem todos os elementos do suporte fático precisam estar presentes no mundo dos fatos para que o fato se torne jurídico, mas apenas os elementos nucleares (cerne e completantes)<sup>40</sup>. Esses sim são considerados essenciais para a existência jurídica do fato (incidência), ao contrário

---

<sup>37</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

<sup>38</sup> “Ao suporte fático quando já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se suporte fático concreto.” (Ibidem, p. 37).

<sup>39</sup> “Tem-se dito que a sotoposição de um caso real individual a um conceito é um absurdo lógico. Somente um igual pode ser subsumido a outro igual. A um conceito apenas pode ser subsumido um conceito. De conformidade com esta idéia um trabalho recente sobre a estrutura lógica da aplicação do Direito acentua: a subsunção dum caso a um conceito jurídico representa uma relação entre conceitos: um facto tem que ser pensado em conceitos, pois que de outra forma – como facto – não é conhecido, ao passo que os conceitos jurídicos, como o seu nome diz, são sempre pensados na forma conceitual. São, portanto, subsumidos conceitos de factos a conceitos jurídicos.” (ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, p. 95).

<sup>40</sup> “Geralmente, o suporte fático é complexo, sendo raras as espécies em que apenas um fato o compõe. No estudo dos suportes fáticos complexos, em especial dos negócios jurídicos, é preciso ter em vista que há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, se constituem nos elementos nucleares do suporte fático ou, simplesmente, no seu núcleo. Dentre esses há sempre um fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção. Às vezes esse fato não está, expressamente, mencionado, mas, por constituir o dado fático fundamental do fato jurídico, a sua presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica. Esse fato configura o cerne do suporte fático.”

“Além do cerne, há outros fatos que completam o núcleo do suporte fático e, por isso, são denominados elementos completantes do núcleo.” (MELLO, op. cit., p. 47).

de outros que, se ausentes, podem gerar apenas alterações nos planos da eficácia e validade. Para utilizar exemplo de Marcos Bernardes de Mello, pode-se dizer que, em relação aos negócios jurídicos, “em que a manifestação de vontade consciente é o cerne do suporte fático, a sua ausência implica não existir o negócio.”<sup>41</sup> Já se a vontade é externada de forma viciada, como, por exemplo, por ter se verificado coação, o negócio continua existindo, porém, de forma inválida, haja vista a ausência de elemento complementar.<sup>42</sup>

Desse modo, caso o fato não venha a transpor as barreiras impostas pela regra para existir juridicamente – preenchimento dos elementos nucleares do suporte fático – e, portanto, para se tornar um fato jurídico, não há falar em qualquer análise de sua validade ou eficácia.<sup>43</sup> Fato que não é jurídico não pertence ao mundo do Direito e, conseqüentemente, não deve produzir quaisquer conseqüências jurídicas. Como exemplo de inexistência, no plano processual, pode-se referir a sentença proferida por indivíduo que não é juiz. Com efeito, nesse caso, está-se diante de verdadeiro “não-ato”, porquanto integra o núcleo do suporte fático deste ato judicial que se chama sentença a circunstância de ter sido elaborado por um magistrado legalmente investido no cargo. Ou seja, para que sentença exista juridicamente, mister seja prolatada por um juiz. Note-se que o exemplo não evidencia um ato inválido, pois nem ao menos se tem um ato jurídico processual, mas apenas algo com mera aparência de ato jurídico.<sup>44</sup>

O ato inexistente, por sua vez, não tem aptidão para a produção de efeitos jurídicos e, especificamente no que se refere à sentença inexistente, não precisa nem ao menos ser objeto de Ação Rescisória. Isso porque o inexistente não pode ser rescindido. Rescisão pressupõe sentença que efetivamente exista. A sentença

---

<sup>41</sup> MELLO, *Teoria...*: plano da existência, p. 47.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>43</sup> “O casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, simplesmente, não existe. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa de ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os franceses, porque a inexistência é o não ser que, portanto, não pode ser qualificado.” (*Ibidem*, p. 83).

<sup>44</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira identifica, com absoluta precisão, os requisitos de existência da sentença: “Impõe-se estabelecido o suporte fático nuclear da sentença a partir do reconhecimento de se tratar de julgamento, em forma escrita, emanado de órgão estatal específico, contendo comando determinado.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, p. 93-107, 1994).

proferida por indivíduo que não seja um juiz nada mais é do que um pedaço de papel destituído da qualidade de uma verdadeira sentença. Essa a razão pela qual basta uma declaração judicial no sentido de reconhecer o inexistente para que a eventual dúvida erigida desapareça definitivamente.<sup>45</sup>

No entanto, cumpre ressaltar que, eventualmente, uma sentença inexistente – que em verdade não é uma sentença – pode acabar produzindo efeitos no mundo dos fatos. Isso se dá por ter adquirido uma aparência de ato existente. Essa aparência poderá induzir o aplicador do Direito em erro, a ponto de ser absolutamente viável que uma pseudosentença condenatória proferida por um oficial de justiça faça, por exemplo, desencadear um processo de execução com a realização de penhora e arrematação dos bens do suposto devedor. A aparência faz com que surjam tamanhas dúvidas acerca da existência ou não da sentença que esse ato acaba produzindo conseqüências concretas e efetivas no mundo dos fatos. Essa a razão pela qual, muitas vezes, é necessário se ingressar com uma ação declaratória para que a dúvida seja afastada e a inexistência oficialmente reconhecida.<sup>46</sup>

Ainda no que se refere à inexistência, e especificamente quanto aos atos processuais inexistentes, é fundamental registrar não existir prazo para seu reconhecimento, isto é, o ato inexistente jamais passa a existir, razão pela qual, mesmo que tenha transcorrido longo período de tempo desde a produção do ato aparente, a ausência do preenchimento dos elementos nucleares do suporte fático

---

<sup>45</sup> “A sentença meramente declaratória é a mais simples entre todas as sentenças de mérito em sua estrutura lógico-substancial, porque se limita à mera declaração (supra, n. 889). É de sua essência e natureza a afirmação ou negação da existência de uma relação jurídica, direito ou obrigação, ou a de seus elementos e quantificação do objeto. O resultado da sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a certeza – quanto à existência, inexistência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações. Essa é sua utilidade social institucionalizada, sabido que a incerteza é fonte de insegurança e desacertos no giro dos negócios e em todos os aspectos da vida em sociedade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 219).

<sup>46</sup> “Sempre que se fala de ato viciado, está-se a pensar em ato existente, no sentido físico e no jurídico. A propósito daquilo que não se manifestou no mundo ou, manifestando-se, não penetrou na esfera jurídica, descabe pensar-se em validade ou invalidade, em eficácia ou ineficácia. O não-ato há de ser, no máximo, aparência de ato, embora se possa imaginar que, por razões de clareza e segurança, alguém promova em juízo a declaração de inexistência dele, a fim de que a suposição de existência não cause prejuízos ou embaraços ao interessado. A ação correspondente – e a sentença que a acolher – será das mais típicas declaratórias negativas dentre quantas se possam conceber.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado: querela nulitatis e ação rescisória. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 42, 1988).



pode ser reconhecida a qualquer tempo. A sentença inexistente, portanto, pode ser declarada como tal mesmo após o biênio da Ação Rescisória.<sup>47</sup>

Superados os requisitos mencionados o fato ingressa no mundo jurídico por meio do fenômeno da incidência da regra, tornando-se, assim, um fato jurídico. Fazendo parte do mundo do Direito, passa a ser possível, então, indagar sua relação com os demais planos, quais sejam, validade e eficácia.

## 2.2 Plano da validade

O primeiro ponto a ser ressaltado neste tópico diz respeito à circunstância de que não é todo o fato jurídico que admite análise de validade. Os fatos jurídicos “*stricto sensu*” - *v.g.*, o nascimento e a morte -, não podem ser considerados válidos ou inválidos. Seria um verdadeiro despautério considerar nulo o nascimento de determinado indivíduo ou a morte de um ser humano.<sup>48</sup>

Apenas transitam pelo plano da validade os atos jurídicos “*lato sensu*”, que se dividem, por sua vez, em atos jurídicos “*stricto sensu*” e negócios jurídicos. O ato jurídico “*lato sensu*” se caracteriza pelo fato de ter a vontade como elemento cerne de seu suporte fático<sup>49</sup>. Correta, nesse sentido, a definição de Marcos Bernardes de Mello ao preceituar que “Na classificação dos fatos jurídicos, diz-se ato jurídico “*lato sensu*” aquele em que a vontade consciente constitui o elemento cerne de seu

---

<sup>47</sup> “De outro lado, cuidando-se de pressuposto processual de existência não há falar em ação rescisória; jamais o fator tempo convalidaria a insuficiência do processo.” (DALL’AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 33).

<sup>48</sup> “Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 4, p. 39).

<sup>49</sup> Sobre a composição do suporte fático são decisivas as lições de Marcos Bernardes de Mello, ao ensinar que “Na configuração do suporte fático dos negócios jurídicos há que se considerar, além dos elementos nucleares (cerne e completantes), outros dados que o complementam e, por essa razão, são ditos elementos complementares.” (MELLO, *Teoria...*, plano da existência, p. 48).

suporte fático.”<sup>50</sup> Portanto, ausente o elemento volitivo como cerne do suporte fático do fato jurídico, não há falar na análise de sua validade.

E qual seria a função desempenhada pelo instituto da invalidade junto ao ordenamento jurídico? Ou seja, qual a importância do instituto da invalidade para o Direito? Resposta coerente e sem dúvida satisfatória é dada por Teresa Arruda Alvim Wambier ao considerar “O sistema de nulidades como forma de controle”<sup>51</sup>. O ensinamento é preciso por desvendar o escopo principal que está por trás do instituto das invalidades, qual seja, de proteção do ordenamento jurídico contra agressões externas e, sobretudo, de tê-las como mecanismo indispensável para outorgar previsibilidade aos atos jurídicos com vista à preservação da segurança jurídica<sup>52</sup>. A invalidade serve como um revestimento de proteção para as normas jurídicas, que passam, dessa forma, a ter na invalidade a garantia de que seu descumprimento não passará incólume.

Estabelecendo-se a finalidade de proteção do ordenamento jurídico e, em última análise, da própria segurança jurídica<sup>53</sup>, não é difícil compreender por que

---

<sup>50</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2.

<sup>51</sup> “Acreditamos que o sistema das nulidades seja, em certo sentido, e na perspectiva pragmática, o “outro lado” do problema da norma. Em outras palavras, se a função do direito é a de controle (não no sentido tradicional de controle de comportamento por meio da imposição de sanções, mas no sentido moderno que seria próximo à idéia de “manutenção do equilíbrio”), ou “à possibilidade de solucionar problemas sem criar exceções perturbadoras”, o sistema de nulidades também desempenha uma função de controle, nesse mesmo sentido já mencionado, mas “às avessas”. Isso porque se àquele a quem afeta o ato é conferida certa escala de previsibilidade do que pode ter lugar, lhe é outorgada, também, possibilidade de se insurgir contra os atos que fogem ao que foi previsto, afastando-se ou das condições que lhe foram impostas, ou dos fins que deveriam alcançar, destruindo seus efeitos.” (WAMBIER, *Nulidades...*, p. 196-197).

<sup>52</sup> Na segunda parte do trabalho, será explicitado o conteúdo da segurança jurídica no plano do Direito Processual Civil.

<sup>53</sup> Segundo J.J. Gomes Canotilho, “Embora o princípio da segurança jurídica seja considerado um elemento essencial do princípio do Estado de direito, não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Além das imbricações que ele tem como o princípio de protecção da confiança, pode dizer-se que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: 1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. 2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 384).

grande parte da doutrina considera as invalidades como sanções.<sup>54</sup> Tais sanções seriam aplicadas quando houvesse o desrespeito ao comando das normas jurídicas.

No entanto, nem toda a violação a uma norma jurídica tem como conseqüência a sanção de invalidade. Caracterizada estaria a falácia de generalização apressada se fosse afirmado que toda a violação de norma jurídica ensejaria invalidade. Segundo as precisas observações de Pannain, seria um absurdo considerar a invalidade como sinônimo de antijuridicidade.<sup>55</sup> A título de exemplo, no âmbito do Direito Processual, se pode dizer que recorrer com manifesto intuito protelatório é um ato considerado, pelo artigo 17 do Código de Processo Civil, como sendo de má-fé, ou seja, um ilícito processual decorrente do descumprimento de norma que impõe aos litigantes uma postura condizente com a boa-fé. No entanto, o ato de recorrer, mesmo que com manifesto intuito protelatório, não é um ato inválido, muito embora contrário à lei.

Note-se, também, que a sanção de invalidade não se confunde com uma sanção penal, caracterizada pela aplicação de uma pena ao infrator. Ao ser decretada a invalidade, reconhece-se a violação ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a inaptidão do ato de produzir os efeitos desejados por seus realizadores. Essa é a característica da sanção de invalidade. Assim, por exemplo, a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, após o reconhecimento da incompetência por quem de direito – portanto depois da aplicação da sanção – não produzirá as conseqüências desejadas por quem a proferiu (comandos constantes em seu dispositivo). Não importa que já tenham sido produzidos efeitos, mas apenas que, a partir do momento em que a sanção é aplicada (nulidade decretada), tais efeitos terão que cessar. É irrelevante, ainda, que esses efeitos cessem sem caráter retroativo, mas sim que, invariavelmente, terão de cessar.

---

<sup>54</sup> Esse o entendimento de CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 106), que ainda arrola grande número de autores que possuem idêntico posicionamento.

<sup>55</sup> Atentando para a necessidade de não se confundir o campo da ilicitude com o da invalidade, Remo Pannain adverte que “Di maniera che il campo de la nullità risulterebbe sconfinato e s’identificherebbe col campo dell’ antiggiuridico. Ogni illecito giuridico, consistendo nella violazione di una norma di diritto, rappresenterebbe una nullità. E perfino il reato, consistendo nella violazione di una norma di diritto penale sostantivo, sarebbe una nullità. Il che è assurdo e non merita confutazione.” (PANNAIN, Remo. *Le sanzioni degli atti processuali penali*. Napoli: Nicola Jovene 1933, p. 182).

Pontes de Miranda concebe, nitidamente, a nulidade como uma sanção ao afirmar que “A lei, às vezes, depois de emitir a regra jurídica cogente, ou remetendo a ela, a sanciona com a nulidade”<sup>56</sup>. Em outro trecho de sua obra Pontes reitera a natureza de sanção ao preceituar que “A sanção pode ser de nulidade; mas essa sanção supõe infração das leis reguladoras do ato jurídico, em vez de acontecimento fora.”<sup>57</sup> Ao assim se pronunciar, o referido Jurista não deixa dúvidas de que concebe as nulidades como verdadeiras sanções previstas pelo legislador para os casos de descumprimento de regras jurídicas. Prosseguindo no estudo das nulidades, Pontes de Miranda faz menção, ainda, à dúvida acerca da necessidade ou não de previsão expressa da sanção de nulidade para sua caracterização, afirmando que “Resta saber-se se, não tendo a lei empregado o termo ‘nulo’, ou ‘sob pena de nulidade’, ou ‘não pode’, ou outro que tenha a mesma intensidade de expressão, há, para a infração das regras jurídicas proibitivas, a sanção de nulidade.”<sup>58</sup> A resposta a tal indagação parece ser dada pelo Autor nas páginas seguintes ao referir que “Tem-se que colher o conteúdo da regra jurídica para se saber se o negócio jurídico a infringe; se infringe, não se precisa ir além na verificação da ofensa e da sanção: é a de nulidade, salvo se outra foi preferida”<sup>59</sup>. Assim, a invalidade deve ser concebida como uma sanção que pode estar prevista explícita ou implicitamente na norma jurídica, isto é, o descumprimento da norma pode levar à decretação da invalidade mesmo que o texto da lei não contenha essa previsão de forma expressa.<sup>60</sup>

Corolário do entendimento segundo o qual a invalidade deve ser vista como uma sanção é de que tal sanção somente pode ser reconhecida via pronunciamento jurisdicional, ou seja, apenas a partir do comando judicial aplicador da sanção (invalidade) é que se pode falar de ato inválido. O ato jurídico não é inválido em si, mas apenas após o decreto judicial que venha a reconhecer essa situação. O que existe antes da decretação judicial é um ato portador de defeito decorrente de ter sido praticado em desconformidade com o preceito normativo, mas isso ainda não

---

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. 4, p. 246.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>60</sup> A invalidade não expressa na lei é considerada, por Marcos Bernardes de Mello como uma nulidade virtual. (MELLO, *Teoria...*, plano da validade, p. 79).

significa ser um ato inválido.<sup>61</sup> Fazendo uma analogia com a sanção penal, só se pode afirmar que o réu foi condenado após o pronunciamento da sentença. Antes do comando sentencial, há apenas uma situação de incerteza e expectativa, mas não ainda uma sanção.

E mais: as características da sanção também só são conhecidas após o pronunciamento judicial. Para ficar no exemplo do Direito Penal, pode-se afirmar que, somente após a sentença condenatória, é possível conhecer a intensidade da pena, se de dez, quinze ou vinte anos de prisão. No que se refere à sanção de nulidade, ocorre o mesmo, pois, somente após sua decretação judicial, será possível saber quais suas características, isto é, quais os atos atingidos; se produzirá efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* e assim por diante.

O entendimento ora mencionado – de que as invalidades tenham a natureza jurídica de sanções - não conta com o apoio de Autores consagrados. Dentre os Doutrinadores que sustentam não ser a nulidade uma sanção, pode-se destacar Herbert L. A. Hart, que, em sua clássica obra, “O Conceito de Direito”, defende ser absolutamente impróprio considerar a nulidade dessa forma<sup>62</sup>. No Brasil, dentre tantos Doutrinadores que seguem a orientação de Hart, destacam-se, pelo enfrentamento direto e preciso do tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>63</sup> e Roque Komatsu<sup>64</sup>.

Fazendo uma síntese das idéias de Hart, pode-se afirmar que seus argumentos se concentram em dois pontos fundamentais:

---

<sup>61</sup> “A invalidade, pois, não “constitui” o vício etc., como por vezes, se afirma. O defeito é antecedente necessário, mas em absoluto suficiente (não apenas porque há defeitos não-invalidantes, como também porque, mesmo invalidante o déficit, outros fatores podem influir para que a decretação judicial constitutivo-negativa não se dê) da invalidade.” (DALL’AGNOL, A. J., *Invalidades...*, p. 43). O entendimento de que a invalidade somente passa a existir após a decretação judicial também encontra seguidores entre os civilistas, dentre os quais se destaca Leonardo de Andrade Mattietto ao afirmar que “Quanto ao modo de operar, pois, tanto o ato nulo como o anulável são dependentes de rescisão, não podendo prescindir do reconhecimento judicial.” (MATTIETTO, *Invalidade...*, p. 323).

<sup>62</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 41-43.

<sup>63</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: ESTUDOS em homenagem ao Professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 135-137.

<sup>64</sup> KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 189.

A primeira premissa utilizada por Hart é de que, nas regras que cominam nulidades, não se poderia vislumbrar, com precisão, qual a conduta a ser inibida com a sanção de nulidade, ou seja, Hart afirma que, diferentemente do que se constata nas regras de Direito Penal, nas quais a conduta indesejada (crime) é perfeitamente visível e desencorajada pela sanção (pena), nas regras que conferem poderes para a prática de atos ou negócios jurídicos, essa distinção não seria clara<sup>65</sup>. Um dos exemplos mencionados pelo Jurista é o do testamento elaborado sem a assinatura do número legal de testemunhas<sup>66</sup>.

A segunda premissa sustentada por Hart é de que as normas de direito criminal seriam facilmente desmembradas a ponto de se poder afirmar que o comportamento desejado permaneceria visível mesmo com a subtração da sanção.<sup>67</sup> Ou seja, ainda que se retire a sanção de uma norma criminal, o comportamento indesejável (crime) permaneceria claro, o que não acontece nas normas que conferem poderes. Nessas, “a estatuição da nulidade é parte integrante deste tipo de regra, de um modo que a pena associada a uma regra que impõe deveres nunca é.”<sup>68</sup>

As duas premissas acima não devem ser aceitas.

No que se refere à primeira, parece não poder ser aceita pelo fato de que, também nas regras ditas potestativas, é perfeitamente visível a conduta desejada pelo legislador e desencorajada pela sanção de nulidade. Por exemplo, num contrato de compra e venda, é nítido que o objetivo do legislador é fazer com que as partes celebrem o contrato nos exatos termos da lei, isto é, que os contratantes sejam capazes, que a forma do contrato respeite as diretrizes da lei e que o objeto seja lícito e possível. Em outras palavras: a conduta desencorajada pela sanção de nulidade é de que incapazes celebrem contratos que não satisfaçam as exigências legais quanto à forma e que os contratos tenham objeto ilícito ou impossível. A explicitação da conduta desencorajada pela sanção é, pois, nítida nos dois exemplos.

---

<sup>65</sup> HART, *O conceito...*, p. 42.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 43.

Quanto à segunda premissa, tem-se que não pode ser aceita por ser absolutamente sem importância a circunstância de ser possível o desmembramento da regra de direito criminal e não ser viável a mesma separação em face de uma regra que atribui poderes. O fato de ser a sanção parte integrante e incidível da regra não faz com que deixe de ser uma sanção. O coração é essencial à vida humana, razão pela qual não pode ser retirado do corpo humano sem que a vida reste descaracterizada, no entanto, o coração não perde a sua individualidade em face dessa circunstância. Assim, também a sanção de invalidade não perde sua individualidade por não poder ser desmembrada da regra em que está contida.

Quanto ao argumento de que nem sempre a invalidade traz prejuízos ao infrator, também não convence. É absolutamente sem importância que o infrator acabe tirando proveitos fáticos da decretação de invalidade, até porque o conceito de sanção não deve ser considerado como sinônimo de penalidade.<sup>69</sup> Eventuais vantagens para o infrator realmente podem ocorrer, como, por exemplo, no caso do autor sucumbente condenado a pagar custas e honorários e que acaba se beneficiando com a decretação de invalidade da sentença proferida por juiz absolutamente incompetente. Não parece ser esse ganho eventual fundamental para a desqualificação da invalidade como sanção. A aplicação da sanção impede a produção de efeitos jurídicos – esses sim fundamentais para a qualificação do instituto – sendo irrelevantes meras conseqüências fáticas residuais. O fundamental é que a sentença proferida, a partir do reconhecimento da invalidade, passa a ser inapta a produzir as conseqüências jurídicas esperadas quando de sua prolação. Essa é a verdadeira sanção que caracteriza a invalidade, qual seja, de usurpar os efeitos jurídicos do ato considerado inválido, mesmo que persistam eventuais

---

<sup>69</sup> “Na verdade, a nulidade, no processo, não pode ser considerada rigorosamente como penalidade, mas é conveniente que se recorde que a sanção, no sentido amplo do termo, também não tem sempre esse caráter.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 13). No mesmo sentido, considerando a invalidade como uma sanção e ampliando o conceito de sanção José Maria Tesheiner ao afirmar que “Seguindo a doutrina entre nós predominante, continuamos neste livro a conceber a nulidade como sanção, no sentido de conseqüência jurídica do descumprimento de norma jurídica.” (TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 16). Ainda quanto ao conceito amplo que a palavra sanção pode assumir, cumpre mencionar o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, no qual se constata que uma sanção pode ter, inclusive, o significado de recompensa, consoante se depreende do seguinte trecho da obra: “pena ou recompensa que corresponde à violação ou execução de uma lei.” (SANÇÃO. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2508).

circunstâncias fáticas. Por isso que invalidade processual se decreta e não simplesmente se declara.<sup>70</sup>

Nos tópicos seguintes, será sustentado que a invalidade processual possui a natureza jurídica de sanção.<sup>71</sup> Trata-se de posicionamento realmente controvertido, mas que parece ser o mais consentâneo com a realidade dos atos processuais. Mostra-se frágil o argumento de que a invalidade processual seria contemporânea ao ato.<sup>72</sup> O processo é caracterizado pela dúvida. Antes da decretação judicial do magistrado, existe apenas uma expectativa de que a invalidade possa ser decretada, mas ainda não se pode falar em efetiva invalidade. Note-se que o juiz poderá, mesmo diante de atipicidade grosseira, não decretar a nulidade em face das circunstâncias do caso concreto, o que demonstra não haver invalidade processual antes da decisão judicial.

No plano do Direito Processual, a invalidade vem atrelada, de forma inexorável, à usurpação de efeitos do ato inválido.<sup>73</sup> Isso demonstra que, no

---

<sup>70</sup> “Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se ex officio ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou ex nunc, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação, (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes, pois a resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico. A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo ipso iure) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de sanção – portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.15).

<sup>71</sup> Humberto Theodoro Júnior também parece referendar o entendimento ora sustentado ao afirmar, em artigo específico acerca do tema, que “A nulidade decorre de uma ofensa à predeterminação legal, e configura uma sanção que, na ordem prática, priva o ato irregular (ou atípico) de sua eficácia. Quod nullum est nullum effectus producit.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil. Gênese*, Curitiba, 1997).

<sup>72</sup> “A invalidade não se identifica com o vício. Não constitui o vício. Este é antecedente necessário, mas em absoluto suficiente da invalidade. Não há invalidade processual sem pronunciamento judicial.” (KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 207).

<sup>73</sup> “Nulidade é consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir.” (GONÇALVES, *Nulidades...*, p. 12). No mesmo sentido, DALL’AGNOL, *Invalidades...*, p. 43. Na doutrina italiana, percucientes, no mesmo sentido, são as lições de Enrico Redenti ao afirmar que “Di nullità, o meglio invalidità, invece, si dovrebbe parlare, quando l’atto, sebbene mancante di certi requisiti, sia tuttavia di per sè produttivo do effetti, ma possa esser successivamente dichiarato nullo od annullato, per mezzo di um provvedimento del giudice, onde escludere la sua attitudine a produrre effetti per il seguito, e far cadere, eventualmente, quelli che esso avesse già prodotti. Nel qual caso, è soltanto il provvedimento che ‘pronuncia la nullità’, il quale opera come praticamente ostativo. Se quel provvedimento non segua (nei modi e nei termini di legge), il vizio diventa irrilevante.” (REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1939, p. 519).



processo, ou o juiz decreta a invalidade e assim determina que o ato inválido venha a perder parcial ou totalmente seus efeitos (aplica a sanção); ou simplesmente não decreta a invalidade e, portanto, os efeitos do ato permanecem incólumes (não aplica a sanção) e não há falar em invalidade processual. Pode-se afirmar, dessa forma, que, no processo, somente há invalidade, por mais grave que seja a atipicidade do ato processual, após a decretação judicial.<sup>74</sup>

Importante destacar, por fim, que a invalidade processual pressupõe violação de norma de natureza processual, o que não significa dizer de norma que regulamenta apenas a forma em sentido estrito. Também as normas que organizam o tempo e o lugar em que os atos serão praticados<sup>75</sup> e, até mesmo, vícios substanciais podem gerar invalidade processual<sup>76</sup>. Nada justificaria imunizar da sanção de invalidade o ato praticado em desconformidade com a norma que estabelece, por exemplo, que, nos feriados forenses não serão praticados, em regra, atos processuais<sup>77</sup>. Também não se pode deixar de reconhecer potencial decretação de nulidade de sentença proferida por juiz absolutamente incompetente ou exarada

---

<sup>74</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 254, muito embora não estivesse escrevendo especificamente sobre o assunto, reconhece que “Embora a incompetência absoluta cause a nulidade do ato decisório, e não a mera anulabilidade como ocorre com a relativa, certo é que o vício deve ser judicialmente declarado, nos termos do art. 113, § 2º, pois o nosso direito repele a desconstituição espontânea e automática do ato nulo.”; No mesmo sentido, cabe sejam reproduzidas as conclusões de MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Invalidades no processo civil*. In: ELEMENTOS para uma nova teoria geral do processo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 266: “Portanto, o ato jurídico inválido decorre do reconhecimento judicial do vício. A invalidade não se identifica com o vício, mas é o estado conseqüente à decretação judicial. Não há invalidade processual sem pronunciamento judicial, isto é, ‘só pronunciamento do juiz transforma o ato defeituoso em ato nulo”. Ainda na mesma linha de argumentos, cumpre transcrever os ensinamentos de CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 257: “Mesmo quando o ato é eivado de vício que o torne nulo, a nulidade depende de declaração do juiz; até então, considera-se válido e eficaz.”

<sup>75</sup> “Observe-se que o conceito de forma, aqui, deve corresponder ao modo pelo qual a substância se exprime e adquire existência (MARQUES, J. Frederico. *Instituições...*nº 23), compreendendo, além de seus requisitos externos, também as circunstâncias de tempo e lugar, que não deixam de ser igualmente *modus* por meio dos quais os atos ganham existência no mundo jurídico.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 199).

<sup>76</sup> Nesse sentido, Calmon de Passos ao afirmar que “Incorreto, por conseguinte, ou no mínimo insuficiente, restringir-se a nulidade ao vício da forma do ato, excluindo-se os vícios substanciais.” (CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 109); No mesmo sentido, KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 223-224; WAMBIER, *Nulidades...*, p. 230; Posição oposta é defendida por MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil contemporâneo. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 96, p. 69-91, 2004.

<sup>77</sup> Essa norma está inserida no artigo 173 do Código de Processo Civil e foi assim comentada por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “A superveniência de feriados suspende o processo, sendo inválidos os atos praticados nesse período.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 441).

em desrespeito às normas que disciplinam a litispendência ou a coisa julgada (vícios nitidamente não formais)<sup>78</sup>. Essas constatações confirmam o que está sendo sustentado

### 2.3 Plano da eficácia

Segundo Marcos Bernardes de Mello, “denominam-se categorias eficaciais todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos ônus, todos são categorias de eficácia jurídica.”<sup>79</sup> O Autor não diferencia eficácia de efeito, porquanto considera como sendo categorias eficaciais exatamente todas as espécies de efeitos encontráveis nos fatos jurídicos. No entanto, não se pode concordar com tal posicionamento. Isso porque a eficácia do fato jurídico não pode se confundir com seus efeitos, haja vista a primeira representar, apenas, a potencialidade de produzir os últimos<sup>80</sup>, ou seja, os efeitos caracterizam um estado subsequente ao da eficácia, não se confundindo com ela. A eficácia necessariamente precede ao efeito, sendo verdadeira condição para a produção de efeitos, não se podendo admitir que determinado fato jurídico possa produzir efeitos sem que antes tenha sido dotado de eficácia.

Seguindo exatamente o critério de distinção referido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define que “A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem, os efeitos à produção de alterações no mundo sensível,

---

<sup>78</sup> José Roberto dos Santos Bedaque aponta com precisão os elementos do ato processual ao referir que “A dificuldade não impede que fixemos alguns elementos essenciais ao ato processual, ao menos em princípio. Fala-se em sujeitos, objeto, conteúdo e exteriorização ou forma.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 471).

<sup>79</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

<sup>80</sup> “Como todo ato jurídico, a sentença destina-se a produzir efeitos no mundo do direito; nesse sentido, pode-se dizer que toda sentença, enquanto tal, é dotada de certa ‘eficácia’, designando-se aqui por esse termo a aptidão, in abstracto, para surtir os efeitos próprios”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, 1983).

como conseqüência da eficácia.”<sup>81</sup> A eficácia integra o conteúdo do ato jurídico,<sup>82</sup> ao passo que o efeito é exterior e representa as conseqüências oriundas desse conteúdo no mundo sensível.<sup>83</sup> Assim, por exemplo, os efeitos executivos decorrentes de uma ação de despejo, qualificados pela retomada compulsória do imóvel, somente podem existir em face da eficácia preponderante observada na sentença que acolhe o pedido de despejo, qual seja, a eficácia executiva “*Lato sensu*”. Na mesma linha de argumentação, cumpre sejam reproduzidas as claras idéias de Teori Albino Zavascki quando, ao definir eficácia e efeito, afirma que “Vista como fenômeno puramente abstrato, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico”<sup>84</sup>. Note-se que os dois Professores parecem concordar que a eficácia representa, apenas, a potencialidade que o ato jurídico tem de produzir efeitos jurídicos, sendo que esses sim representam a atuação direta do ato no mundo sensível<sup>85</sup>.

Há uma verdadeira relação de imputação e correspondência entre eficácia e efeito. A imputação decorre da constatação de que, observada a eficácia, deve ser o efeito; já o vínculo de correlação existe porque os efeitos devem corresponder exatamente à eficácia verificada, nada justificando uma discrepância entre o conteúdo do ato jurídico (eficácia) e os efeitos que desse conteúdo decorram.

Importante observar, no entanto, que, por diversas vezes, os efeitos desejados tardam demasiadamente a ser realizados, ou, em determinadas

---

<sup>81</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 70, p. 214-239, 1997, p. 225.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>83</sup> “Portanto, não se pode confundir efeito da decisão com sua eficácia. O primeiro representa a conseqüência do comando emitido, com sua vertente no plano material, trazendo as vicissitudes expostas acima. Já a eficácia leva em conta a qualidade do ser eficaz da decisão, pois não se aponta simplesmente o caráter eficaz do comando judicial, e sim que possui esta ou aquela eficácia, se oriunda de tutela condenatória, constitutiva ou meramente declaratória. A eficácia é a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos.” (PINTO JÚNIOR; Alexandre Moreira. *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 166).

<sup>84</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.

<sup>85</sup> No âmbito da Teoria Geral do Direito, também Tércio Sampaio Ferraz Júnior parece sustentar posição semelhante ao afirmar que “A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas no sentido de uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 199). Na doutrina italiana, a diferenciação aqui proposta também parece ser acolhida, consoante se depreende das conclusões de Pietro Perlingieri ao afirmar que “Efficacia è, dunque, l’idoneità del fatto a produrre effetti giuridici.” (PERLINGIERI Pietro. *Profili del diritto civile*, 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 89).

circunstâncias, até nem chegam a ser produzidos, o que em nada interfere no conteúdo do ato jurídico, ou seja, sua eficácia resiste incólume à eventual inação dos efeitos<sup>86</sup>. Em uma ação de reintegração de posse de bem móvel, por exemplo, é bastante comum que os efeitos executivos decorrentes da sentença de procedência jamais se verifiquem diante da não-localização do bem. Isso se constata exatamente por se estar diante de uma relação de imputação entre eficácia e efeito, e não de causalidade<sup>87</sup>, isto é, verificada determinada eficácia no conteúdo do ato jurídico, deve o efeito correspondente ser produzido, o que não significa dizer que efetivamente será.

Já a mencionada correlação entre eficácia e efeito pode ser demonstrada a partir do seguinte exemplo: uma sentença de procedência proferida em demanda que visa à declaração de que o demandado é pai do demandante não pode produzir outros efeitos contra a esfera patrimonial do réu, porquanto a eficácia preponderantemente declaratória que caracteriza a ação de investigação de paternidade não autoriza a propagação de efeitos condenatórios e executivos<sup>88</sup>. Caso o demandante deseje, para além do reconhecimento do vínculo de paternidade, a condenação do demandado a lhe pagar alimentos, deverá formular pedido específico de condenação para, dessa forma, forçar a prolação de uma sentença condenatória e com isso adquira a possibilidade de executar o demandado em caso de inadimplência.

Por fim, cumpre mencionar que as referidas relações de imputação e correlação devem ser vistas à luz de valores. Consoante os ensinamentos de Miguel

---

<sup>86</sup> “Assim, é conteúdo da sentença condenatória a eficácia condenatória. Esta eficácia condenatória gera a possibilidade de execução, que compele ao adimplemento, ‘exorta ao pagamento’, ou a própria execução, efeito da sanção executiva nela contida. No caso da execução não ocorrer, continuará existindo sentença condenatória, que não será prejudicada pela falta de seu efeito executivo, que é extrínseco e não interno.” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Eficácia e efeitos nas sentenças cíveis: o direito material e a definição de eficácia natural postos em distinção com a eficácia processual sentencial. In: EFICÁCIA e coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54).

<sup>87</sup> Sobre a noção de imputação, cumpre sejam ressaltados os estudos de Hans Kelsen em sua clássica obra, “Teoria Pura do Direito”, especialmente no que se refere às conclusões contidas no capítulo III, denominado “Direito e Ciência”.

<sup>88</sup> Com essa afirmação, não se está desconsiderando a teoria formulada por Pontes de Miranda de que não existem sentenças puras, ou seja, que toda a sentença traria em seu bojo todas as eficácias possíveis (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva “lato sensu”). Assim, quando se afirma que a sentença não produziria efeitos condenatórios e executivos contra o demandado, está-se deixando de lado a eventual condenação em honorários e custas.

Reale, “O direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”<sup>89</sup>. Diante dessa constatação, pode-se afirmar que, com o preenchimento dos elementos nucleares do suporte fático, o fato ingressa no mundo jurídico com o objetivo de produzir conseqüências jurídicas. Ocorre que tais conseqüências não são meramente fáticas, mas sim jurídicas, considerando-se assim aquelas que sejam, simultaneamente, fáticas e valorativas. Isso porque “o mundo jurídico lida com valores, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor, nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma”<sup>90</sup>. Trata-se de considerar os efeitos jurídicos como valores condicionados<sup>91</sup>, isto é, em se verificando determinado fato jurídico, algum ato humano correspondente passa a assumir valor. Exemplificando: proferida uma sentença condenatória que exorta o demandado a pagar ao demandante a quantia de cem mil reais, pode-se dizer que o pagamento da referida soma de dinheiro (ato humano) assume valor, o que permite afirmar que as proposições jurídicas estabelecem, em verdade, uma relação entre fatos e valores atribuídos a atos humanos<sup>92</sup>.

Em síntese: por eficácia jurídica deve se entender a aptidão que pode o fato jurídico ter para produzir efeitos jurídicos, sendo esses, por sua vez, as conseqüências valoradas pelas normas jurídicas que produzem alterações concretas no mundo sensível<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97.

<sup>90</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Perfil..., p. 225.

<sup>91</sup> FALSEA, Ângelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 25.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>93</sup> Angelo Falsea é preciso ao descrever efeito jurídico: “mentre le proposizioni della física enunciano rapporti di condizionalità tra due fatti, nelle proposizioni giuridiche sono espressi rapporti di condizionalità tra um fatto e um valore: piú analiticamente: tra um fatto del mondo reale e um valore dell'agire umano. Ciò che se chiama effetto giuridico o conseguenza giuridica non è dunque altro che um valore condizionato. Il valore di um determinado atto umano (nel nostro esempio, il pagamento o adempimento) è condizionato in generale a um determinado fatto della realtà (il contratto regolarmente concluso). Se avviene il fatto, l'atto assume valor. Questo è un vero e proprio condizionamento. Ma mentre il fatto avvenendo entra nella realtà, l'atto non entra ancora nella realtà, entra soltanto nel piano dei valori.” (Ibidem, p. 26-27).

### 3 O fato jurídico processual

Fato jurídico é todo o acontecimento que, em face de escolha legislativa, produz conseqüências jurídicas. No curso de um processo judicial, também são constatados fatos jurídicos que interferem diretamente no procedimento, razão pela qual se pode afirmar que o fato jurídico processual é uma espécie do gênero fato jurídico “lato sensu”<sup>94</sup>. Desse modo, todo e qualquer fato que envolva os sujeitos do processo<sup>95</sup> – sejam as partes, seja o órgão julgador – e que produza conseqüências jurídicas que interfiram no curso do procedimento, será um fato jurídico processual.

Cumprido destacar, no entanto, que, no mais das vezes, os acontecimentos que trazem repercussões para o processo pressupõem vontade, ou seja, a maior parte dos fatos jurídicos processuais tem a vontade como elemento cerne de seu suporte fático. Por exemplo: a sentença, o ato de recorrer e contestar, a decisão interlocutória e tantos outros atos são praticados com apoio na vontade dos participantes do processo.

Não obstante a preponderância de acontecimentos que dependem da vontade dos participantes do processo, podem ocorrer, e corriqueiramente ocorrem, fatos jurídicos processuais “stricto sensu”<sup>96</sup>. Como exemplo derradeiro, pode-se mencionar a morte de um dos litigantes. Nesse caso, constata-se fato jurídico em sentido estrito porque a morte da parte não tem a vontade como elemento cerne de seu suporte fático; Entretanto, não se pode negar que a morte do autor ou do réu traz conseqüências diretas para o procedimento, como, por exemplo, a imediata suspensão do processo para que se proceda a habilitação dos sucessores.

---

<sup>94</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 341.

<sup>95</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 166.

<sup>96</sup> “Entendemos por hechos procesales, aquellos acaecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso. Así, la pérdida de la capacidad de una de las partes, la amnesia de un testigo, la destrucción involuntaria de una o más piezas del proceso escrito, son hechos jurídicos procesales.” (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 202).

Em face de tais considerações, é correto afirmar que a construção de uma definição de ato processual se mostra fundamental para a teoria das invalidades, pois, como já dito anteriormente, são exatamente os atos processuais que podem ser considerados válidos ou inválidos, sendo inadmissível esse tipo de análise em relação aos fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

### 3.1 A noção de ato processual

A noção de ato processual é examinada por grande parte da doutrina. Isso porque, consoante explicitação de Fazzalari, “lo studio di um processo (come quello di um procedimento) non è altro che lo studio degli atti processuali, cioè degli atti che lo compongono.”<sup>97</sup> Com efeito, a se admitir uma idéia inicial de processo como uma seqüência de atos, não é difícil concluir que seu estudo deve passar, de forma inexorável, pela análise desses atos, individualmente. Essa afirmativa decorre da evidência de que o todo não tem o condão de obscurecer a importância de cada parte, muito pelo contrário, porquanto é exatamente por meio do estudo das partes, seja a decomposição feita em fases ou em atos, que se pode atingir a melhor compreensão do todo (processo).

No que se refere especificamente ao tema do presente trabalho, tem-se que o estudo dos atos processuais é de enorme importância para a compreensão das invalidades processuais, haja vista o juízo de validade se debruçar exatamente sobre tais atos. A definição de ato processual delimita, por assim dizer, o âmbito de atuação das invalidades processuais.

Serão expostas, a seguir, algumas concepções doutrinárias de destaque sobre o tema, a fim de que, posteriormente, seja feita uma síntese das idéias apresentadas com o objetivo de construir um conceito de ato processual.

---

<sup>97</sup> FAZZALARI, *Istituzioni...*, p. 34.

Considerações fundamentais sobre o tema foram engendradas por Liebman, para quem os atos processuais refletiriam as manifestações de vontade realizadas pelos sujeitos do processo, necessariamente tipificadas em lei e integrantes do procedimento, além de terem aptidão de produzir efeitos jurídicos imediatos sobre a relação processual<sup>98</sup>. Os elementos centrais da concepção do Autor italiano seriam vontade, tipificação legal, ocorrência endoprocessual e produção de efeitos processuais.

Conclusões importantes também foram atingidas por Carnelutti quando, ao abordar o assunto, conclui que o fundamental para se distinguir o ato processual dos demais atos jurídicos não é a localização do ato – se praticado dentro ou fora do procedimento – mas sim as conseqüências que o ato praticado traz para o processo<sup>99</sup>. Trata-se de elaboração que exalta os efeitos do ato praticado como fundamentais para sua caracterização como processual.

Enfatizando os agentes dos atos processuais, Chiovenda menciona que podem ser praticados tanto pelas partes como pelo órgão judiciário, ou seja, não apenas o juiz tem a aptidão de promover modificações jurídicas no processo instaurado, mas também os sujeitos parciais teriam essa condição<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Para Liebman, as características do ato processual seriam as seguintes: “El proceso tiene su inicio, se desarrolla y se concluye con el cumplimiento de diversos actos de sus sujetos, que son los actos procesales. Estos se distinguen de los actos jurídicos en general por el hecho de pertenecer al proceso, y de ejercitar un efecto jurídico directo e inmediato sobre la relación procesal, en cuanto lo constituyen, lo desarrollan o lo concluyen. En otras palabras, los actos procesales son los actos del proceso.” (LIEBMAN, *Manual...*, p. 165). Linhas adiante, Liebman define ato processual: “una declaración o manifestación del pensamiento, hecha voluntariamente por uno de los sujetos del proceso, la cual entre en una de las categorías de actos previstos por la ley procesal y pertenezca a un procedimiento, con eficacia constitutiva, modificativa o extintiva sobre la correspondiente relación procesal.” (Ibidem, p. 166).

<sup>99</sup> “A sua volta l’atto processuale è una specie dell’atto giuridico, denotata dal carattere processuale del mutamento giuridico, in cui si risolve la giuridicità del fatto cioè l’effetti giuridico del fatto materiale. Tenendo conto di questo critério per stabilire la qualità processuale di un atto giuridico occorre determinare se sia o non sia processuale il rapporto giuridico, che dall’atto riesce costituito, sostituito o modificato. Pertanto la processualità dell’atto non è dovuta al suo compiersi nel processo ma al suo valere per il processo.” (CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Biblioteca del Foro Italiano, 1956, v. 1, p. 265).

<sup>100</sup> “Diconsi atti giuridico processuali gli atti che hanno importanza giuridica rispetto al rapporto processuale, cioè gli atti che hanno per immediata conseguenza la costituzione, la conservazione, lo svolgimento, la modificazione o la definizione di um rapporto processuale. Essi possono essere dell’uno o dell’altro dei soggetti del rapporto processuale cioè: a)atti di parte, b) atti degli organi giurisdizionali.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1920, p. 766).



Das considerações engendradas pelos autores citados, pode-se inferir que três são as principais características dos atos processuais: a primeira diz respeito ao caráter volitivo, ou seja, o ato processual, como todo e qualquer ato jurídico, tem a vontade como elemento cerne de seu suporte fático; o segundo atributo está vinculado à capacidade de que é dotado o ato, outorgada pela lei, de produzir alterações tendentes a modificar, extinguir ou constituir uma relação processual; por fim, como terceiro elemento, tem-se que os atos processuais devem ser praticados por um dos participantes do processo: órgão julgador ou uma das partes.

Ponto de divergência passível de ser ressaltado se extrai da confrontação dos entendimentos de Liebman e de Carnelutti. Ao serem comparadas as definições dos dois autores italianos, percebe-se discordância quanto ao fato de somente ser considerado processual o ato praticado no próprio processo ou, ao contrário, se bastaria a produção de efeitos processuais para que o ato seja definido dessa forma, independentemente, nesse caso, de ser praticado dentro do processo. Para Carnelutti, parece irrelevante a localização do ato, mas apenas e tão-somente suas conseqüências para o processo. No que tange ao conceito elaborado por Liebman, mereceriam o apanágio de processual apenas os atos que “pertencam a um procedimento”, o que evidencia ser o critério topográfico fundamental<sup>101</sup>.

O presente trabalho parte da concepção de que processuais são apenas os atos praticados no próprio processo, haja vista parecer demasiadamente abrangente a concepção de Carnelutti. A adoção de uma postura ampla como a sugerida por esse autor faz com que institutos tipicamente vinculados a outros ramos do direito possam ser considerados como pertencentes ao Direito Processual. Por exemplo: uma cláusula contratual de eleição de foro traz fortes repercussões para a relação processual, no entanto, não parece correto considerar essa cláusula como sendo um ato processual, mas sim uma estipulação contratual que deve ser regida pelo ramo do direito que estiver regulando o contrato, seja o Direito Civil, seja o Direito do Consumidor, seja ainda o Direito Administrativo<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 182-183, faz menção expressa à divergência constatada entre as definições de ato processual de Liebman e Carnelutti.

<sup>102</sup> Esse é, também, o entendimento de Calmon de Passos ao afirmar que “A relevância da sede para a caracterização do ato processual parece conclusão correta, desde que atendido quanto exposto. Não há atos processuais praticados fora do processo. Só a atividade desenvolvida no processo

Importante ressaltar, também, que há diversos atos processuais que não são praticados diretamente pelo órgão jurisdicional ou pelas partes, mas sim por auxiliares da justiça<sup>103</sup>. Tais atos são processuais e, por essa razão, devem passar, da mesma forma, por um juízo de validade. Assim, por exemplo, a intimação feita pelo escrivão e destinada ao advogado para que este tome ciência de alguma decisão judicial deve ser considerado um verdadeiro ato processual e, por essa razão, pode, seguramente, ser sancionado com a invalidade caso praticado em desconformidade com a lei.

Por derradeiro, não se poderia deixar de mencionar a controvérsia existente na doutrina acerca da existência ou não de negócios jurídicos processuais. Partindo-se da premissa de que a diferença entre negócio e ato jurídico está fixada na maior ou menor liberdade quanto aos efeitos produzidos pela manifestação de vontade – nos atos as conseqüências jurídicas já estão todas previstas em lei, ao passo que nos negócios a escolha é permitida às partes<sup>104</sup> – não há como se possa aceitar

---

pode consubstanciar-se em atos processuais que se colocam sob disciplina (teoria geral) comum aos atos processuais, o que não significa, entretanto, sejam processuais todos os atos praticados no processo. Somente são atos processuais aqueles que também produzem, no processo, efeitos processuais. Tanto não basta, contudo. Ainda se faz necessário cuidar-se de ato que só no processo pode ser praticado. Atos processuais, por conseguinte, são os atos jurídicos praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados.” (CALMON DE PASSO, *Esboço...*, p. 53).

<sup>103</sup> “Dentre os atos dos órgãos jurisdicionais se compreendem também os dos auxiliares da justiça. Dos atos dos auxiliares mais importantes, o escrivão e o chefe de secretaria, trata o Código referido, no Livro I, Título V, Capítulo I, Seção IV, arts. 166 a 171” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 287); No mesmo sentido, Calmon De Passos quando afirma que “Como vimos antes, não só os atos dos sujeitos da relação processual devem ser tidos como atos processuais, sim também aqueles denominados por alguns como sujeitos do processo, distinguindo-os dos sujeitos da relação processual.” (CALMON DE PASSO, op. cit., p. 65).

<sup>104</sup> Sintetizando, nesse ponto, a concepção doutrinária ora adotada, cumpre sejam reproduzidas as afirmações de Ovídio A. Baptista da Silva: “Com efeito, a distinção básica entre atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos está em que, nestes, a lei deixa à autonomia privada uma margem de liberdade, dentro de cujos limites podem os sujeitos criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões e ações (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. III, §249; EMÍLIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t I, p. 148; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, p. 177). No negócio jurídico, existe sempre uma margem de autonomia privada que a lei reserva aos particulares, possibilitando-lhes estabelecer uma determinada forma de auto-regulamento de seus próprios interesses e ações para o futuro, de tal modo que o ato e suas conseqüências jurídicas são determinados pela vontade, ou, se nem sempre por um ato volitivo expresso, ao menos em decorrência daquela margem de autonomia que a lei reserva aos participantes do ato. Nos atos jurídicos stricto sensu, ao contrário, os efeitos que os atos humanos hão de produzir estão determinados diretamente pela lei, não obstante possa haver uma classe de atos que não são negociais em que a vontade do agente se manifeste e tenha relevância (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil – Parte general*, t. I, 2ª parte, pp. 12 e ss.)” (BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 183).

que, no processo, sejam praticados verdadeiros negócios jurídicos. Isso porque, na seara processual, as manifestações de vontade têm conseqüências já exaustivamente previstas em lei, haja vista o caráter público subjacente ao processo. Mesmo no caso de uma transação judicial, atividade típica das partes e que a exercem com margem razoável de liberdade quanto ao conteúdo, os efeitos processuais somente serão produzidos quando da homologação judicial, ou seja, a liberdade é exercida apenas na determinação dos efeitos no plano do direito material, pois, no plano processual, a liberdade é absolutamente restrita e dependente de ato estatal posterior, no caso do exemplo, a homologação do acordo<sup>105</sup>. Assim, o posicionamento adotado no presente trabalho é de que, no processo, até podem ser celebrados negócios jurídicos, mas esses não podem receber o apanágio de processuais por não terem os participantes a liberdade de escolha acerca das repercussões que o negócio entabulado provocará no processo.

Estabelecida a noção de ato processual, resta delimitado o âmbito de atuação da teoria das invalidades. Isso significa que apenas os atos que apresentem as características descritas acima podem ser considerados válidos ou inválidos, o que exclui, de forma derradeira, os fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

---

<sup>105</sup> Nesse ponto se deve, mais uma vez, lançar mãos das precisas lições de Calmon De Passos quando afirma que “No tocante ao nosso sistema processual, tenho dúvidas quanto à existência de lícitos negócios jurídicos processuais. Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil somos tentados a admiti-los. Dizendo ele que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, ressalvando apenas, em seu parágrafo único, a desistência da ação, sugere a existência de negócios jurídicos processuais em nosso sistema. Sempre coloquei ressalvas a esse entendimento, porque convencido de inexistirem, em nosso processo civil, declarações de vontade das partes com eficácia imediata em processo, sempre reclamando, para isso, a intermediação do magistrado. De toda e qualquer declaração de vontade das partes é ele destinatário e seu pronunciamento sobre elas é essencial para a produção de efeitos no processo. Daí afirmar que se admitirmos como negócios jurídicos processuais a desistência da ação ou do recurso, a suspensão do processo por acordo das partes etc. , serão negócios jurídicos apenas por motivo da relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por si sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo e nele produzam as conseqüências pretendidas pelos interessados. Estas, para que ocorram, reclamam o pronunciamento judicial, que lhes emprestará o caráter de atos do processo.

Sem esse dizer integrativo, conseqüências de natureza processual são indeduzíveis. Se conseqüências de natureza substancial podem ser retiradas, as de natureza processual condicionam-se à intermediação do juiz.” (CALMON DE PASSO, *Esboço...*, p. 69).

### 3.2 O processo como um procedimento em contraditório destinado à realização de justiça

Analisada a definição de ato processual, impende sejam tais atos vistos em conjunto, o que induz à idéia de procedimento. Muitas são as definições de procedimento encontradas na Doutrina, todavia, para a análise do instituto, será adotado, como ponto de partida, a definição de Elio Fazzalari. Segundo o professor italiano, a idéia de procedimento poderia ser sintetizada na seguinte expressão<sup>106</sup>:

La struttura procedimento è, dunque, costituita da una sequenza di atti (atti preparatori de atto finale), ciascuno dei quali è legato all'altro, in guisa di essere la conseguenza dell'atto che lo precede e il presupposto di quello che lo segue. In ciò el quid del procedimento: nella successione di atti, nella scansione temporale per cui ogni atto della seria segue um altro, secondo l'ordine stabilito dalla legge.

Da definição transcrita, podem-se extrair quatro conclusões básicas: primeira, que o procedimento deve ser entendido como um conjunto de atos; segunda, que esse conjunto é coordenado, de modo que cada ato encontra embasamento no ato anterior e, conseqüentemente, serve de suporte para o ato imediatamente posterior; terceira: que a ordem do procedimento é dada pela lei; quarta: que os atos do procedimento preparam um ato final, isto é, a seqüência procedimental tem uma finalidade específica.

É nítido, desse modo, que uma correta definição de procedimento se mostra indispensável para a compreensão do próprio processo. Não há dúvidas de que o formalismo, indispensável para a organização do processo como um todo, tem, como estrutura principal, exatamente o procedimento<sup>107</sup>.

Definida a essência do procedimento, cumpre seja construído o conceito de processo.

---

<sup>106</sup> FAZZALARI, *Istituzioni...*, p. 25.

<sup>107</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111.

A natureza jurídica do processo é um dos temas mais debatidos pela doutrina do Direito Processual Civil ao longo dos tempos. Trata-se de tema realmente controvertido que, ainda hoje, não conta com consenso na doutrina. A seguir, serão expostas algumas das várias teorias que tentaram alcançar a verdade acerca da natureza jurídica do processo.

Nos séculos XVIII e XIX, surgiu, principalmente na França, a idéia de conceber o processo como um contrato<sup>108</sup>. Trata-se de concepção que se justifica à luz das idéias dominantes no continente europeu nessa época. O ambiente cultural<sup>109</sup> vivenciado era de exaltação ao liberalismo, o que pressupunha que a vontade deveria estar no cerne de todos os institutos jurídicos. Assim, como o contrato é o grande instituto do direito privado que simboliza a importância da vontade como nenhum outro<sup>110</sup>, o processo passou a ser visto como um contrato.

No entanto, é absolutamente inaceitável considerar o processo como um contrato, haja vista o vínculo contratual pressupor adesão voluntária dos contratantes. Não se pode conceber um contrato, mesmo que de adesão, em que um dos contratantes seja forçado a aderir. Isso contraria a própria essência do instituto, que, como já dito anteriormente, tem a vontade como elemento central. Dessa forma, como, no processo, o demandado não adere voluntariamente à relação e tanto o autor quanto o réu não se submetem espontaneamente aos efeitos da decisão proferida, não se pode admitir seja o processo comparado a um contrato.

---

<sup>108</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 287.

<sup>109</sup> “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter fato cultural.

Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual, e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes.

Ele, na verdade, espelha a cultura, serve de índice de uma civilização.” (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1961).

<sup>110</sup> A própria criação do Estado era vista sob a perspectiva contratual, consoante se depreende da seguinte afirmação de J.J. Rousseau: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.” (ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 20-21).

Superada a idéia do processo como contrato, deve-se atentar para o surgimento da teoria que passa a considerá-lo como uma relação jurídica. Tal teoria é atribuída ao alemão Oskar Bülow, que, em sua clássica obra denominada “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”, publicada na Alemanha no ano de 1868, definiu a relação jurídica processual<sup>111</sup>. Essa relação, segundo o jurista alemão, não se confundiria com a relação jurídica de direito material afirmada pelo autor, tendo em vista se formar entre os litigantes e o juiz e ter, por esse motivo, a natureza de uma relação jurídica de direito público.

A obra de Bülow representa um marco para o Direito Processual Civil, porquanto é exatamente a partir da autonomia da relação processual havida entre autor réu e juiz que esse ramo do direito confirma, de forma definitiva, sua absoluta independência em relação aos demais segmentos da ciência jurídica. Não está a teoria, entretanto, isenta de críticas, como as que foram feitas por James Goldschmidt.

Goldschmidt também procurou definir a natureza jurídica do processo. Para tanto, partiu da premissa de que o Direito seria um “conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez”<sup>112</sup>. A partir dessa afirmação e criticando a concepção segundo a qual o processo seria uma relação jurídica, pondera o Autor que os vínculos jurídicos existentes entre autor, réu e juiz não podem ser vistos como integrantes de uma relação jurídica, mas sim situações jurídicas<sup>113</sup>. Essa concepção, segundo o mencionado autor, ressaltaria a faceta

---

<sup>111</sup> “Se acostumbra a hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.” (BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América, 1964, p. 2).

<sup>112</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 8.

<sup>113</sup> “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; un una palabra: expectativas, posibilidades y cargas.”(Ibidem, p. 8).

dinâmica do direito, ao contrário da explicitação estática passada pela teoria do processo como relação jurídica<sup>114</sup>.

Digna de destaque também é a doutrina de Fazzalari. Segundo o jurista italiano, o processo deveria ser concebido como uma espécie do gênero procedimento<sup>115</sup>. Ou seja, a essência do processo também não estaria na idéia de relação jurídica, mas sim no procedimento. Contudo, nem todo o procedimento poderia ser considerado um processo, mas apenas e tão-somente aqueles em que o contraditório esteja presente. Assim, segundo Fazzalari, “quando in una o più fasi dell’iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’autore dell’atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare<sup>116</sup>”. A definição de Fazzalari ressalta a importância do contraditório com elemento indispensável para a caracterização de um processo. A efetiva participação das partes na formação do ato final a ser proferido pelo Estado – prestação jurisdicional – evidencia, ainda, a importância do princípio da colaboração, tantas vezes exaltado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em suas manifestações doutrinárias<sup>117</sup>.

De toda a evolução doutrinária exposta, o que há de mais importante e que, portanto, deve ser ressaltado, está atrelado ao caráter instrumental do processo, ou seja, o direito processual ultrapassou a fase do conceptualismo – importante para a consolidação de sua autonomia – para ingressar na fundamental concepção instrumentalista<sup>118</sup>. Conceber o processo como um instrumento destinado à tutela de

---

<sup>114</sup> Na mesma linha é a crítica formulada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao mencionar que “Mesmo no âmbito dos defensores do conceito da relação jurídica processual, desde muito se reconhece constituir-se ela de diversas posições jurídicas aí concentradas (poderes, faculdades, ônus, sujeições), representando o verdadeiro tecido interno do processo. Tal admissão torna, no fundo, apenas nominal a adesão dessa corrente ao conceito de relação jurídica processual, diante da manifesta insuficiência desta concepção em explicar o fator temporal, com a conseqüente ausência de justificativa para a dinamicidade ínsita ao processo.” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 112).

<sup>115</sup> FAZZALARI, *Istituzioni...*, p. 29.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>117</sup> Dentre as obras escritas pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que tratam do princípio da colaboração, destaca-se o ensaio intitulado “O formalismo-valorativo no conflito com o formalismo excessivo”, já citado ao longo da exposição.

<sup>118</sup> “Do conceptualismo e das alterações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante

direitos e, principalmente, como ferramenta para a promoção da justiça do caso concreto é o que mais importa para as pretensões do presente trabalho. Pontualmente o que se pode entender por fazer justiça será tratado na segunda parte do estudo, no capítulo em que será tratado o princípio da justiça, importando, nesse momento, apenas fixar a premissa de que promover a justiça é o grande objetivo do processo civil atual<sup>119</sup>.

É exatamente a partir da idéia instrumental que a exaltação da forma pela forma perde totalmente o sentido, fazendo com que o processo passe a ser visto sob um prisma teleológico. A concepção teleológica é fundamental para a construção de uma teoria das invalidades processuais.

A seguir, serão expostas algumas das mais importantes construções doutrinárias formuladas sobre o tema no Brasil. A exposição é importante para demonstrar que nem sempre as concepções instrumentalista e teleológica são adotadas como norte.

---

de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denomina substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 22-23).

<sup>119</sup> Nesse ponto, cumpre enaltecer as conclusões de Emilio Betti: “Al giudice incombe, pertanto, una delicata opera di selezione e sceveramento, da compiere con un severo esame di coscienza. Si tratta di sceverare le nozione indispensabili alla retta decisione da quelle nozioni e perezioni che possano offuscare il retto giudizio o deviarlo verso un partito preso, sai nell’apprezzamento delle prove o nella ricostituzione della fattispecie, sai nella valutazione della rilevanza giuridica dei fatti e nella ponderazione comparativa degli interessi in giouco; e cio, facendo prevelare sugli interessi in conflitto il superiore interesse alla giusta composizione del conflitto, che è un interesse della società intera.” (BETTI, Emilio. *Diritto metodo ermeneutica*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 567). Ainda defendendo ser a justiça um dos grandes escopos a serem atingidos pelo processo, e não simplesmente a aplicação do direito material, são as conclusões de Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar o seguinte: “Foi dito que, em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade. Foi dito, ainda, que as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem, para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante da história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 360).



#### 4 As doutrinas recorrentes acerca das invalidades processuais no Brasil

Das obras escritas no Brasil sobre invalidades processuais, talvez a primeira que tenha alcançado, de forma satisfatória, o desiderato de sistematizar o instituto por meio de critérios próprios, distintos daqueles adotados para a sistematização do tema no âmbito do Direito Civil, tenha sido a de Galeno Lacerda. Tal feito foi atingido em sua obra considerada clássica, publicada, primeiramente, em 1953, denominada “Despacho Saneador”.

Trata-se de escrito verdadeiramente pioneiro, porquanto trouxe à tona critérios próprios de classificação das invalidades do processo. Os referenciais adotados pelo Autor diferem, contundentemente, dos utilizados para a classificação das invalidades no plano do direito material.

Galeno Lacerda adota como norte de sua classificação as características da norma violada pelo ato processual praticado. Ou seja, teve o Autor o mérito de visualizar o fenômeno da invalidade não sob o prisma da conformação do ato processual, mas sim à luz da natureza da norma violada. Ressaltou, principalmente, a necessidade de se atentar para o aspecto teleológico da norma desrespeitada, bem como para o caráter dispositivo ou cogente do preceito normativo violado.

Assim, escreveu Galeno Lacerda que, praticado o ato processual em desrespeito a norma que tenha como objetivo precípua a proteção do interesse público, estar-se-á diante de nulidade absoluta<sup>120</sup>. Tal invalidade, por ser de gravidade extrema, não admite saneamento e pode – *rectius*, deve – ser decretada de ofício pelo Poder Judiciário<sup>121</sup>. Prossegue o Jurista afirmando que, se a norma

---

<sup>120</sup>“Em nosso entender, o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico. Se nela prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato.” (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 72).

<sup>121</sup> “Vício dessa ordem deve ser declarado de-ofício, e qualquer das partes o pode invocar.” (Ibidem, p. 72).

desrespeitada, ao contrário, tutelar, de preferência, o interesse da parte, estar-se-á diante de nulidade relativa ou de anulabilidade<sup>122</sup>.

Já o critério de distinção entre nulidade relativa e anulabilidade se encontra no caráter cogente ou dispositivo da norma desrespeitada: Se cogente, segundo Galeno Lacerda, tem-se nulidade relativa; se dispositiva, está-se diante de anulabilidade<sup>123</sup>. Tais vícios, ao contrário da nulidade absoluta, são sanáveis, diferindo entre si apenas quanto à forma pela qual se opera o saneamento, porquanto as nulidades relativas são sanadas pela ação da parte ou do Juiz, devendo esse, inclusive, conhecê-las de ofício; Já no que se refere às anulabilidades, são sanadas pela omissão da parte interessada, sendo vedado o seu reconhecimento *ex officio*<sup>124</sup>.

Da classificação engendrada por Galeno Lacerda em 1953<sup>125</sup>, constata-se, muito embora o pioneirismo e o notável rigor científico, ausência de referência à finalidade do ato praticado. Isto é, Galeno Lacerda sistematiza as invalidades processuais sem atribuir maior relevância à análise concreta do alcance dos fins do ato, ou, em outras palavras, se o ato defeituoso causou ou não prejuízos aos participantes da relação jurídica processual. Essa indagação parece não ser decisiva para o mencionado Jurista, o que, ao contrário, se mostra fundamental para José Joaquim Calmon de Passos.

---

<sup>122</sup> “Quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade.” (LACERDA, *Despacho...*, p. 72).

<sup>123</sup> “O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. Como exemplo podemos apontar a ilegitimidade processual provocada pela falta de representação, assistência ou autorização (art. 84 do CPC). Sendo imperativa a norma que ordena a integração da capacidade, não pode o juiz tolerar-lhe o desrespeito. Como ela visa a proteger o interesse da parte, a consequência é que o vício poderá ser sanado. Daí decorre a faculdade de o juiz proceder de-ofício, ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimento da omissão. A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação de norma dispositiva.” (Ibidem, p. 72 e 73).

<sup>124</sup> “Ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, em todos estes casos o saneamento depende pura e simplesmente de omissão do interessado (nas hipóteses figuradas, dependerá da não oponibilidade de exceção).” (Ibidem, p. 73).

<sup>125</sup> A menção feita ao ano é fundamental, porquanto, em conferência posterior (O Código e o Formalismo Processual), realizada em 15/07/1983 e publicada na Revista da Ajuris nº 28, páginas 07 a 14, Galeno Lacerda refere, de forma expressa, que a finalidade do ato deve influenciar decisivamente no juízo acerca da decretação ou não da nulidade processual.

José Joaquim Calmon de Passos, a exemplo de Galeno Lacerda, sustenta proposta de sistematização das invalidades processuais.

A primeira importante premissa fixada pelo Autor é de que a nulidade deve ser vista como uma sanção<sup>126</sup>. Partindo da idéia de que a nulidade tem a natureza de sanção destinada a preservar a higidez da ordem jurídica, Calmon de Passos sustenta que a imperfeição do ato é um estado anterior ao do nulo, porquanto o estado de nulo surge apenas com o pronunciamento judicial que acaba aplicando a sanção de nulidade. Antes do pronunciamento judicial, pode-se estar diante de ato imperfeito, ou seja, atípico (praticado em desconformidade com o modelo previsto em lei). No entanto, a nulidade somente é aplicada pelo juiz diante da denominada atipicidade relevante<sup>127</sup>.

E quando, para Calmon de Passos, se estaria diante da denominada atipicidade relevante (capaz de autorizar o Juiz a aplicar a sanção de nulidade)? Em resposta, refere o Autor que atipicidade relevante é aquela que impede o ato de alcançar sua finalidade, sendo que a intangibilidade do fim sempre viria atrelada à produção de prejuízo<sup>128</sup>.

Assim, para Calmon de Passos, a nulidade, vista como sanção que somente passa a existir a partir do pronunciamento judicial, somente deve ser decretada diante de ato processual atípico e desde que tal atipicidade seja relevante. A atipicidade, por sua vez, será relevante, se, e somente se, impedir o ato processual de atingir sua finalidade, que se considera não alcançada quando há prejuízo para uma das partes. Somente deve ser decretada a nulidade, dessa forma, diante da

---

<sup>126</sup> “Formal e substancialmente, os sujeitos, no processo, estão obrigados à rigorosa adequação de seus comportamentos e de seus pronunciamentos aos modelos, aos tipos prefixados na lei. O desatendimento de tais prescrições legitima a aplicação de sanções, como tal se entendendo todo meio utilizado para garantir a observância de uma disposição de lei. Entre as sanções que reserva para o descumprimento de seus preceitos, está a nulidade.” (CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 105-106).

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 108: “O ato não é nulo por força de sua imperfeição (atipicidade) e há abundância de exemplos de atos processuais atípicos eficazes. Nulo ele se torna em virtude do pronunciamento judicial sancionador, atendida a relevância do defeito, do vício, em resumo, da atipicidade, segundo disciplinado pelo próprio sistema jurídico.”

<sup>128</sup> “Convencendo-se de sua imperfeição, deve analisar a relevância ou irrelevância dessa imperfeição. Será irrelevante se a atipicidade, embora existente, não obstou fosse alcançado o fim a que se destinava o ato ou o tipo argüido de inválido. Caso entenda ter havido prejuízo para os fins de justiça do processo em virtude da imperfeição, decretará a invalidade do ato ou do tipo.” (*Ibidem*, p. 146-147).

constatação inequívoca de que o ato atípico causou prejuízo para algum participante do processo<sup>129</sup>.

Em síntese, pode-se dizer que o cerne da teoria de Calmon de Passos reside na análise da existência ou não de prejuízo gerado pelo ato processual atípico. Inexistente o prejuízo, não há falar na decretação da nulidade, independentemente da gravidade do defeito que macula o ato. Trata-se de teoria que desconsidera, por completo, a natureza da norma violada pelo ato processual (cerne do posicionamento de Galeno Lacerda), levando em consideração, apenas e tão-somente, os efeitos produzidos pelo ato atípico.

Também digna de destaque é a sistematização elaborada por Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem as nulidades processuais seriam classificadas, inicialmente, em nulidades de forma e de fundo. As primeiras seriam decorrentes de violação a requisitos formais impostos pela lei para a execução do ato processual. Já as nulidades de fundo seriam oriundas de carência de ação, ausência de pressupostos processuais positivos de existência, de validade ou negativos; ou, ainda, de circunstâncias assimiláveis aos itens anteriores. As nulidades de forma seriam, por sua vez, previstas em lei (nulidades cominadas) ou não previstas expressamente na legislação (nulidades não cominadas)<sup>130</sup>.

Quanto ao tratamento conferido às espécies apontadas acima, Teresa Arruda Alvim Wambier menciona que as nulidades de forma não cominadas devem ser consideradas relativas, com a consequência de somente admitirem alegação pelas partes (vedação do conhecimento de ofício), o que enseja a preclusão em caso de não-manifestação no prazo legal ou na primeira oportunidade que a parte teve para fazê-lo. No que tange às nulidades de fundo, são consideradas absolutas, o que ensejaria a possibilidade de reconhecimento de ofício e, por conseguinte, insuscetíveis de serem alcançadas pela preclusão, nem mesmo em caso de decisão anterior a respeito do tema. Por fim, no que se refere às nulidades de forma

---

<sup>129</sup> Interessante a observação de Calmon de Passos no sentido de afirmar a rigorosa ligação entre a idéia de prejuízo e de finalidade: "Não nos foi possível, por outro lado, encontrar um só exemplo prático, em centenas de decisões examinadas, que nos autorizasse a distinguir prejuízo e intangibilidade do fim. Sempre que se afirma o prejuízo, o fim do ato deixou de ser atingido. Sempre que se declara a intangibilidade do fim, se constata o prejuízo." (LACERDA, *Despacho...*, p. 133).

<sup>130</sup> WAMBIER, *Nulidades...*, p. 236-237.

cominadas, devem ter o mesmo tratamento das nulidades de fundo, razão pela qual são consideradas, também, absolutas<sup>131</sup>.

Pode-se dizer, dessa forma, que a referida Autora adota como critérios classificatórios a cominação legal da invalidade e a natureza da norma violada. Entretanto, a atenção que a Doutrinadora confere à norma desrespeitada é bem diferente daquela desenvolvida por Galeno Lacerda. Isso porque este atenta para o caráter cogente ou dispositivo da norma, bem como para os interesses por ela protegidos (público ou das partes); Já para Teresa Arruda Alvim Wambier, o que importa é o que a norma regula: a forma ou a substância do ato processual.

Cabe ainda a exposição do pensamento de José Maria Tesheiner. A doutrina do referido Professor é exposta em sua obra denominada “Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil”. Trata-se de obra importante acerca do tema, porquanto o Autor realiza uma análise crítica das teorias até então formuladas, para, posteriormente, concluir que “As nulidades processuais decorrem da violação de norma processual. Trata-se, por suposto, de violação de norma cogente, porque não há violação de norma dispositiva quando as partes convencionam em sentido diverso ao nela estatuído. Não viola a lei quem faz o que a lei permite”<sup>132</sup>.

Note-se que o referido Autor considera inviável o desrespeito a normas dispositivas, além de afirmar que “o processo é regulado basicamente por normas cogentes, cuja aplicação não pode ser afastada nem pelas partes, nem pelo juiz”<sup>133</sup>. Também parece não concordar com qualquer distinção que adote como critério de classificação a cominação legal da nulidade, tendo em vista mencionar, de forma expressa, que “Ao juiz compete a direção do processo e, portanto, zelar por sua regularidade. Por isso as nulidades são, de regra, decretáveis de ofício, haja ou não, na lei, cominação expressa de nulidade”<sup>134</sup>.

José Maria Tesheiner ainda atribui significativa importância ao critério da finalidade do ato, haja vista mencionar, expressamente, que “Quer se trate de

---

<sup>131</sup> WAMBIER, *Nulidades...*, p. 246.

<sup>132</sup> TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 271.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 272.

nulidade cominada ou não cominada, só deve o juiz pronunciá-la verificando que ocorreu prejuízo e, pronunciando-a, providenciar, se possível, em sua sanção, mediante repetição, retificação ou ratificação do ato”<sup>135</sup>. Contudo, no parágrafo imediatamente posterior, o Autor apregoa a relativização do critério da finalidade ao preceituar que “Em casos raros, desconsidera-se o requisito do prejuízo; por exemplo, dele não se cogita se a sentença foi proferida por juiz absolutamente incompetente. A nulidade, aí, sana-se, mas com a remessa dos autos ao juiz competente”<sup>136</sup>.

No que se refere à preclusão, ou seja, à perda do direito de invocar a nulidade, afirma Tesheiner que “As nulidades que se sujeitam à preclusão são as decorrentes de ação ou omissão ilegal, que haja impedido a parte de, no momento oportuno, requerer, alegar, produzir prova ou simplesmente presenciar ato do processo”<sup>137</sup>.

A guisa de conclusão, pode-se inferir, da leitura da obra de José Maria Tesheiner, que as normas processuais são basicamente cogentes, razão pela qual qualquer violação a elas traduz uma nulidade que deve, no mais das vezes, ser decretada de ofício, independentemente da existência de cominação legal. Ocorre que o magistrado somente deve pronunciar a nulidade quando houver prejuízo, salvo raras exceções. E, no que tange à preclusão, constata-se diante de ação ou omissão ilegal que haja impedido a parte de agir adequadamente no curso do procedimento. Para o referido Autor, parece não existir a diferença entre nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, nem tampouco entre nulidade cominada e não cominada, pois toda e qualquer violação à lei processual deve ser decretada de ofício, salvo, em regra, quando não se constatar prejuízo.

Por fim, cumpre mencionar que a eleição dos professores mencionados não significa desprezo a outros processualistas importantes que escreveram sobre o tema e que também estão sendo citados no curso do trabalho. No entanto, por

---

<sup>135</sup> TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 272.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 273.

serem teorias criadas com a pretensão de sistematizar o instituto e por conterem diferenças significativas entre si, foram abordadas de maneira destacada.

Ultimada a explanação das teorias, cumpre seja realizada uma apreciação crítica de tais construções, a fim de que se possa tentar contribuir com o que foi até então produzido.

## **5 Uma apreciação crítica das doutrinas até então formuladas**

Às tentativas de sistematização anteriormente expostas, podem ser apresentadas algumas objeções.

Primeiramente, no que se refere à teoria elaborada por Galeno Lacerda, tem-se que não se verifica qualquer referência à finalidade do ato processual praticado. Da mesma forma, não se constata qualquer menção à idéia de prejuízo, o que parece importante no desenvolvimento do processo judicial. As categorias criadas pelo Autor (nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade) não levam em conta as circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, o fato de ter a citação defeituosa atingido sua finalidade de informar o demandado acerca da existência e do conteúdo de uma demanda que lhe seja contrária. Parece que o critério adotado – de levar em conta apenas a natureza da norma violada – pode fazer com que o sistema das invalidades se mostre demasiadamente rígido, o que não parece ser de todo adequado à realização dos fins do processo. E mais: o interesse preponderantemente protegido pela norma muitas vezes é de difícil constatação, como, por exemplo, se verifica na norma que determina os requisitos da sentença. Trata-se de norma que protege o interesse público ou das partes? Sentença destituída de relatório, portanto, é um ato absolutamente ou relativamente nulo?

Outro ponto criticável da teoria parece surgir quando o Professor restringe o princípio da sanção apenas às nulidades relativas e às anulabilidades. Talvez diante das características especiais do processo, considerado como um instrumento de realização de justiça, não fosse de todo adequado sustentar, de forma rígida, que

apenas alguns vícios pudessem ser corrigidos, mas sim todos aqueles que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, apresentassem condições de serem sanadas.

Por fim, pode-se mencionar que as categorias criadas por Galeno Lacerda, quais sejam, nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, não encontram respaldo na legislação pátria. O Código de Processo Civil, ao contrário do Código Civil, não estabelece qualquer diferença entre as invalidades, razão pela qual a referida sistematização se encontra desamparada pelo direito positivo<sup>138</sup>.

No que diz respeito à sistematização elaborada por Calmon de Passos, pode-se afirmar que representa a antítese do pensamento de Galeno Lacerda. Isso porque o primeiro utiliza, como cerne de sua classificação, exatamente aquilo que Galeno Lacerda, em sua formulação originária, desconsidera: a finalidade do ato e a idéia de prejuízo. Ou seja, Calmon de Passos entende sem importância a natureza da norma violada, mas apenas o fato de ter o ato praticado atingido ou não sua finalidade. No entanto, a idéia de alcance do fim – que para o Autor está necessariamente atrelada à de prejuízo – parece vaga e difícil de ser aferida no caso concreto. Qual o critério objetivo para se apurar o prejuízo? Quando um ato processual causa prejuízo? Uma sentença sem relatório ou destituída de motivação causa prejuízo a quem? Que tipo de prejuízo se indaga? Seria econômico? Moral? Físico?

Em capítulo específico sobre o princípio da segurança, o presente trabalho pretende demonstrar que o prejuízo de que tanto fala a doutrina quando aborda o tema das invalidades processuais é exatamente ao referido princípio, ou seja, quando se diz que a parte sofreu prejuízo com a prática de ato atípico se quer dizer que teve desrespeitada alguma garantia inerente ao devido processo legal, sendo a

---

<sup>138</sup> Pontes de Miranda serve de suporte à crítica realizada ao observar que “Nesse, a distinção entre nulidade e anulabilidade é criação técnica, que determina tratamentos diferentes, um dos quais é o da imprescritibilidade das ações de nulidade, ligada à sua irrenunciabilidade. Seja como for, é a técnica legislativa que toca discriminar as causas de nulidade e as de anulabilidade para que se observem os dois regimes, internos ao plano da validade, atendidas modificações que se entendam, na lei, indispensáveis. Quase sempre, essas modificações de limites entre as duas espécies de invalidade provêm de causas históricas, de pedaços de sistemas jurídicos diferentes (e.g., o romano, o germânico, o canônico, o foraleiro), que perduram no sistema jurídico vigente.” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. 4, p. 64).



sanção de invalidade a grande ferramenta fornecida pelo sistema para reconstituir tal violação. É fundamental fixar essa premissa, pois, sem ela, a idéia de prejuízo fica demasiadamente vaga.

E mais: Calmon de Passos se detém às finalidades do ato, sem perceber que, muitas vezes, a finalidade do ato não se confunde com as finalidades do processo como um todo<sup>139</sup>. Pode ocorrer que determinado ato não tenha atingido sua finalidade, mas o processo como um todo tenha. Por exemplo: o vício constatado na intimação de uma testemunha pode ter feito com que o ato não tenha atingido sua finalidade (presença da testemunha na audiência de instrução e julgamento) e, com isso, pode a parte solicitante da prova ter sofrido prejuízo imediato com a perda do depoimento. Todavia, parece ser perfeitamente legítimo que a invalidade possa não ser decretada quando, por exemplo, a parte prejudicada tenha vencido o processo.

Quanto à sistematização realizada por Teresa Arruda Alvim Wambier, pode-se dizer que apresenta certa insubsistência quando confrontada com o texto da lei e com as situações concretas do cotidiano forense.

Primeiramente, quanto ao critério da cominação legal da nulidade, cumpre sejam feitas algumas objeções. Note-se que nem sempre uma nulidade cominada pode ser considerada absoluta e, portanto, passível de decretação de ofício. Vide como exemplo a citação realizada com defeito, que, caso tenha atingido sua finalidade, não é anulada mesmo diante de norma expressa cominando a nulidade (artigo 247 do Código de Processo Civil)<sup>140</sup>.

Cumpre demonstrar, ainda, que a Autora, ao criar as categorias que denominou de nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades, nulidades de forma, nulidades de fundo, e outras, não observou a legislação pátria, especialmente o Código de Processo Civil. Trata-se de institutos criados livremente pela

---

<sup>139</sup> Importante referir que, em suas conclusões externadas na já referida obra "Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais", especificamente na p. 146, o Autor menciona que "sem prejuízo para os fins de justiça do processo nenhuma nulidade deve ser decretada, importando a atipicidade sem prejuízo em mera irregularidade." A observação é importante para deixar claro que Calmon de Passos faz referência à justiça do caso, o que denota uma visão mais ampla de finalidade. No entanto, a menção vaga à idéia de justiça é bastante imprecisa, razão pela qual a crítica realizada talvez mereça ser mantida.

<sup>140</sup> Essa crítica é realizada, também, por TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 118.

Doutrinadora, sem qualquer embasamento legislativo constitucional ou infraconstitucional. Se é verdade que a Doutrina tem papel importante na sistematização e organização dos institutos jurídicos, também é verdade que não possa, a pretexto de sistematizar, fazer distinções não feitas pelo legislador. Nesse ponto, a crítica formulada se assemelha à já realizada contra a elaboração doutrinária de Galeno Lacerda.

Em relação ao posicionamento sustentado por José Maria Tesheiner, tem-se que parece pecar justamente pela falta de sistematização. O Professor estabelece regras gerais que admitem exceções casuísticas sem explicar, exatamente, o que leva à exceção. Qual seria a situação peculiar que admitiria a exceção às regras defendidas em seu trabalho?

Para ilustrar a crítica formulada, cumpre mencionar a seguinte afirmação do Professor Tesheiner: “Quer se trate de nulidade cominada ou não cominada, só deve o juiz pronunciá-la verificando que ocorreu prejuízo e, pronunciando-a, providenciar, se possível, em sua sanção, mediante repetição, retificação ou ratificação do ato”<sup>141</sup>. E, no parágrafo imediatamente seguinte, afirma: “Em casos raros, desconsidera-se o requisito do prejuízo; por exemplo, dele não se cogita se a sentença foi proferida por juiz absolutamente incompetente. A nulidade, aí, sana-se, mas com a remessa dos autos ao juiz competente<sup>142</sup>”. Ocorre que a exceção citada não é explicada, isto é, o Autor não refere qual a razão ou a situação peculiar que faz com que, em determinados casos, não se adote o princípio do prejuízo. Ao assim agir, a proposta parece se tornar demasiadamente casuística, o que, salvo melhor juízo, justifica a crítica ora formulada.

Por fim, impende mencionar que, nas principais teorias até então encontradas sobre invalidades processuais, não se percebe a referência ao texto da Constituição Federal. A Carta Magna não é, nem ao menos, mencionada como referencial para a construção de uma teoria das invalidades no Direito Processual Civil. Trata-se de constatação evidente que pode ser apresentada sob a forma de uma crítica genérica e abrangente. A Constituição Federal traz em seu bojo uma série de princípios

---

<sup>141</sup> TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 272.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 272.

fundamentais para o processo. Tais princípios, como, por exemplo, os da segurança e efetividade, não podem ser desprezados quando da construção de uma teoria das invalidades processuais. A interpretação e aplicação do Código de Processo Civil devem ser realizadas com a consciência de que suas normas estão, de forma inexorável, submetidas ao texto da Constituição Federal. Essa consciência parece já estar enraizada na doutrina contemporânea do Direito Civil e é considerada, por muitos, como representativa de um movimento de Constitucionalização do Direito Civil<sup>143</sup>. No entanto, no que se refere ao Direito Processual, parece ainda ser necessária a construção de uma concepção mais sólida que adote essa premissa como fundamental<sup>144</sup>.

Realizadas as críticas com o objetivo de fomentar o debate e contribuir para a construção de uma teoria das invalidades que adote a Constituição Federal como ponto de partida, cumpre, antes da análise dos princípios constitucionais que contribuem para o alcance de tal objetivo, sejam apreciados os princípios infraconstitucionais que dizem respeito às invalidades no Direito Processual Civil. Trata-se de princípios contidos no próprio Código de Processo Civil que servem, no mais das vezes, como parâmetro para o aplicador diante de um caso concreto.

## 6 Os princípios infraconstitucionais atinentes às invalidades

Como já referido na introdução do presente trabalho, as invalidades processuais, muito embora sejam apenas espécies do gênero das invalidades estudadas pela Teoria Geral do Direito, possuem, inexoravelmente, regramento e

---

<sup>143</sup> “Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do novo Código Civil de 1916.” (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: A PARTE geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20).

<sup>144</sup> Importante ressaltar, no âmbito do Direito Processual Civil, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, 2004, ensaio que será muito utilizado no presente trabalho exatamente por demonstrar o estreito vínculo entre processo e constituição.

princípios próprios<sup>145</sup>. E não poderia ser diferente, pois, em que pese a já mencionada similitude ontológica verificada, as peculiaridades existem, inclusive pelo fato de possuir o processo finalidades e objetivos destacados dos demais ramos do direito<sup>146</sup>.

Não se trata, ainda, de estudar os princípios constitucionais fundamentais a quem o processo, como um todo, deve respeito. Serão eles abordados na segunda parte do trabalho. Agora, a meta é explicitar princípios extraíveis do próprio Código de Processo Civil, alguns inclusive relacionados de forma expressa pelo legislador, não esquecendo, entretanto, que muitos deles contribuem decisivamente para a realização dos valores constitucionais fundamentais que serão tratados oportunamente.

Dentre os diversos princípios arrolados pela Doutrina, cinco ganham destaque especial: princípio da causalidade; princípio da instrumentalidade das formas; princípio do interesse; princípio da preclusão e o princípio da economia processual.

Em vista da importância teórica e prática atribuída a tais princípios, seu estudo será realizado a seguir, de forma destacada.

## 6.1 Princípio da causalidade

Não há dúvidas de que o processo é composto por uma seqüência de atos coordenados e destinados a um fim (prestação jurisdicional que promova justiça). A tutela jurisdicional poderá ser concedida sob a forma de sentença (processo de

---

<sup>145</sup> “Por outro lado, todo o sistema de nulidades dos atos processuais está dominado por um conjunto de princípios específicos e peculiares ao direito processual, de cuja observância resulta um certo relativismo de todas as regras sob as quais se pretenda classificar os defeitos dos atos processuais e suas conseqüências.” (BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 204).

<sup>146</sup> “É verdade que os processualistas, habitualmente, procuram subsídios no Direito Civil. Mas isto se deve à circunstância de se tratar do mais antigo dos ramos do Direito, visto como um todo. Entretanto, no estágio atual de desenvolvimento do processo civil enquanto ciência, parece não ter sentido querer trazer ao seu campo próprio, integralmente, os princípios do Direito Civil, até porque é ele o grande ramo do Direito Privado.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 506).

conhecimento e cautelar) ou de atos materiais de transferência patrimonial forçada (processo de execução). Ocorre que os atos processuais guardam, muitas vezes, recíproca relação de interdependência, haja vista a indispensável organização interna sem a qual não se atingiria satisfatoriamente a prestação jurisdicional final. Ao longo da caminhada procedimental dirigida à entrega do bem da vida a que faz jus a parte vitoriosa, deve haver, inexoravelmente, uma seqüência lógica na dinâmica dos atos realizados. Ou seja, os atos anteriores devem preparar os posteriores e, assim, sucessivamente até a entrega final da tutela jurisdicional. A título de exemplo, pode-se dizer que a petição inicial está indissociavelmente relacionada com a citação e a contestação, sendo que essa última, por sua vez, ensejará a abertura de prazo para o oferecimento de réplica e, assim, progressivamente até a prestação jurisdicional definitiva.

Pelo princípio da causalidade, sempre que constatada uma relação de dependência entre determinados atos do processo, o ato dependente daquele revestido pela mácula da invalidade também deve ser considerado inválido. Ressalte-se: inválidos serão apenas os atos posteriores ao ato anulado que guardem, inequivocamente, a referida relação de dependência para com esse. Inexistente o referido vínculo de dependência, não há falar na decretação da invalidade<sup>147</sup>.

A sede legal do princípio da causalidade reside no artigo 248 do Código de Processo Civil<sup>148</sup>, dispositivo que enfatiza não deva a sanção de invalidade contaminar os atos subseqüentes que sejam independentes do ato anulado.

Note-se que o princípio em comento se mostra importante tanto para a realização da segurança como da efetividade – valores constitucionais fundamentais a serem buscados pelo processo –, haja vista servir de referencial para a delimitação dos atos processuais que serão atingidos, o que confere previsibilidade

---

<sup>147</sup> Assim a lição de Fábio Gomes ao comentar o artigo 248 do Código de Processo Civil Brasileiro. (GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55: “Em outras palavras, ressalva este dispositivo do Código que a nulidade de determinado ato não contaminará todos os que se seguirem, mas tão-somente aqueles para cuja consecução o ato viciado é indispensável.”

<sup>148</sup> “Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.”

à sanção de invalidade (núcleo essencial da segurança), bem como por imunizar os atos independentes de qualquer conseqüência decorrente da sanção aplicada, em manifesto favorecimento da efetividade.

## 6.2 Princípio da instrumentalidade das formas

O princípio da instrumentalidade das formas, ou da finalidade, tem como núcleo a concepção de que os atos processuais que atingirem sua finalidade, mesmo quando atípicos, não devem ser anulados pelo Poder Judiciário. Trata-se de norma que proporciona uma relativização das invalidades, porquanto autoriza a desconsideração da atipicidade caso o ato praticado tenha alcançado o fim previsto em lei<sup>149</sup>.

Quanto à análise do alcance do fim, parece estar com a razão Calmon de Passos, já tantas vezes citado ao longo do trabalho, quando afirma que a finalidade do ato não é atingida quando se constata prejuízo a um dos litigantes<sup>150</sup>. No entanto, a construção da idéia de prejuízo se mostra fundamental, porquanto somente é admissível que alguém sofra prejuízos específicos, seja físico, moral ou patrimonial. No presente trabalho se sustentará que o prejuízo é ao princípio constitucional da segurança jurídica, idéia que será desenvolvida na segunda parte do trabalho.

Segundo Egas Moniz de Aragão, se aplicaria o princípio da instrumentalidade das formas mesmo diante de nulidades cominadas, porquanto “A natureza do vício não se altera, por estar ou não cominada na lei a nulidade do ato assim praticado<sup>151</sup>”. No entanto, diante de hipóteses de inexistência jurídica e de nulidade

---

<sup>149</sup> “O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*.” (Teoria Geral do Processo; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 352).

<sup>150</sup> CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 133.

<sup>151</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 276.

absoluta<sup>152</sup>, entende Egas Moniz de Aragão que não poderia ser aplicado o princípio em tela, haja vista a inexistência ser absolutamente insanável e o interesse público indisponível<sup>153</sup>.

A base legal do princípio da instrumentalidade das formas se encontra em mais de um artigo do Código de Processo Civil. Pode-se extrair o princípio do artigo 244<sup>154</sup>; do parágrafo primeiro do artigo 249<sup>155</sup>, assim como do *caput* do artigo 154<sup>156</sup>. Todos os referidos dispositivos trazem um ponto em comum que constitui a essência do princípio da instrumentalidade das formas, qual seja, a desconsideração do defeito do ato processual quando sua finalidade tenha sido atingida. Importante destacar, ainda, que o parágrafo primeiro do artigo 249 não restringe a aplicação do princípio às nulidades não cominadas, o que indica a intenção do legislador de estender a aplicação da norma a todas as modalidades de vícios<sup>157</sup>.

É cristalino que o mencionado princípio auxilia na busca do valor efetividade, porquanto traz em seu núcleo que os efeitos devem prevalecer em face da atipicidade, o que contribui para a preservação dos atos processuais, mesmo que evitados de vícios, e, conseqüentemente, para uma prestação jurisdicional mais célere.

---

<sup>152</sup> Importante referir que Egas Moniz de Aragão adota a teoria de Galeno Lacerda de sistematização das nulidades (teoria já mencionada em tópico específico do presente trabalho).

<sup>153</sup> “Qual a extensão conceitual do vocábulo nulidade, empregado no dispositivo? Evidentemente não abrange todas; é inaplicável, sem a menor dúvida, aos casos de inexistência jurídica; também não incide sobre os de nulidade absoluta.” (EGAS MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários...*, p. 274).

<sup>154</sup> “Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

<sup>155</sup> “§ 1º. O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.”

<sup>156</sup> “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

<sup>157</sup> “Diz o art. 249, § 1º, que o ato processual não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, se isso não prejudicar a parte. Aqui, não se atende a diferença entre nulidade não cominada e nulidade cominada. O que importa é que não haja prejuízo à parte.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 380).

### 6.3 Princípio do interesse

Segundo o princípio do interesse, a parte que houver dado causa à invalidade não pode pleitear o seu reconhecimento no órgão judicial<sup>158</sup>.

O escopo do princípio é evitar que a parte causadora do vício venha a se locupletar com a própria torpeza. A intenção deliberada ou, ao menos, descuidada do litigante de atuar em desconformidade com as normas processuais não pode gerar benefícios ao próprio infrator, sob pena de se “abrir uma brecha” para a chicana no curso da relação processual. O Poder Judiciário tem o dever de zelar pela celeridade do processo, o que faz com que deva atuar com rigidez em hipóteses criadas pelas partes que tenham o escopo de postergar, injustificadamente, a prestação jurisdicional. Daí se depreende a contribuição que o mencionado princípio traz para a consecução do valor efetividade.

O princípio também se reflete na regra segundo a qual a invalidade não será pronunciada quando o julgamento do mérito for a favor da parte a ser protegida pelo seu reconhecimento (artigo 249, parágrafo 2º do CPC) <sup>159</sup>. Nesse caso, extrai-se do princípio outro estado de coisas a ser alcançado, qual seja, de evitar a prática de atos inúteis no processo. Concebendo-se o processo como um instrumento destinado a realizar a justiça do caso concreto, não é difícil perceber, que se a parte supostamente prejudicada com o defeito do ato processual vencer a demanda, não há razões para a decretação da invalidade, porquanto não poderia o prejudicado almejar nada mais senão um julgamento de procedência. Assim, se o suposto prejudicado venceu o litígio, nada mais pode querer, muito menos que atos anteriores ao provimento final sejam anulados. Não teria, nesse caso, interesse para postular a aplicação da sanção de invalidade.

Nesse ponto, entretanto, é preciso fazer um alerta: É perfeitamente possível que a parte vencedora no embate judicial tenha tido prejuízos ao longo da

---

<sup>158</sup> “O princípio do interesse diz que a própria parte que tiver dado causa à irregularidade não será legitimada a pleitear a anulação do ato.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 353).

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 353.



tramitação do processo. A idéia de prejuízo não está atrelada ao resultado final do processo, mas sim à perda de alguma garantia fornecida pelo devido processo legal, como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa ou ainda o juiz natural. O que ocorre em situações como esta, em que o prejudicado obtém pronunciamento judicial final favorável, é o desprezo pelo prejuízo sofrido, mas isso não quer dizer que prejuízo não tenha havido.

Cumprido referir, por fim, que, em sendo adotada a proposta de sistematização das invalidades sugerida pelo Professor Galeno Lacerda (teoria já exposta no presente trabalho), o princípio do interesse não tem aplicabilidade no âmbito das nulidades absolutas e relativas. Isso porque, em tais hipóteses, a norma violada seria cogente, devendo, por essa razão, ser pronunciadas de ofício pelo Poder Judiciário.

#### 6.4 Princípio da preclusão

A idéia de preclusão é fundamental para o Direito Processual Civil, haja vista ser um instituto indispensável para garantir a evolução ordenada da marcha procedimental. Sem a adoção da preclusão, o procedimento certamente encontraria dificuldades de evoluir. A preclusão confere ordem indispensável para a organização do processo. Não fosse a preclusão, seria inviável o desmembramento do procedimento em fases<sup>160</sup>, o que dificultaria, sobremaneira, a realização do valor efetividade.

Além disso, se apresenta a preclusão como um instrumento importante de combate à má-fé processual, porquanto impede que as partes retardem, indevidamente, a apresentação de suas alegações e respectivas provas<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Ressaltando a divisão do procedimento em fases, cumpre transcrever as seguintes lições de José Carlos Barbosa Moreira: “Do exposto no item anterior infere-se que o procedimento, no primeiro grau, deve comportar essencialmente uma atividade postulatória, uma atividade instrutória ou probatória e uma atividade decisória.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4).

<sup>161</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 29, afirma, em complemento à doutrina de Chiovenda, que a “Finalidade da preclusão é, pois,

Do princípio da preclusão se extrai que o vício não argüido no momento processual oportuno é convalidado pela inércia do interessado. Trata-se da atuação da preclusão como mecanismo de convalidação do ato processual imperfeito. É como se o ato viciado estivesse submetido a uma condição resolutiva, sendo que, não verificado o evento futuro e incerto (provocação do interessado no prazo legal), o ato continua a produzir efeitos e passa a se revestir de incolumidade quanto a alegações futuras de invalidade.

Todavia, deve ficar claro que todas as construções doutrinárias referidas acima limitam a atuação do princípio da preclusão. Isso porque, tanto no âmbito das nulidades absolutas ou relativas (Galeno Lacerda), ou quanto aos atos atípicos que causem concreto prejuízo (Calmon de Passos e Tesheiner); ou, ainda, no que tange às nulidades de fundo e de forma cominadas (Teresa Arruda Alvim Wambier), não se admitiria a atuação da preclusão. Em tais hipóteses, a invalidade deve contar com o reconhecimento judicial a qualquer tempo e, até mesmo, de ofício, razão pela qual não há falar em preclusão, tanto para as partes quanto para o Juiz<sup>162</sup>.

Parece correto, entretanto, concluir que somente haverá preclusão quando a lei prescrever, de forma expressa, o momento em que o pedido de invalidade deva ser formulado, como acontece, por exemplo, com a incompetência relativa<sup>163</sup>. Nesse caso, o vício deve ser suscitado no prazo da contestação por meio da exceção de incompetência. Se assim não agir o demandado, terá havido preclusão porque a lei assinala expressamente o prazo.

---

tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retornos, e garantir, outrossim, a certeza das situações jurídicas processuais.

Mas na preclusão vislumbrou-se também outra finalidade, de que não cogitou Chiovenda. Com ela pretende-se proteger o princípio basilar da boa-fé processual (do jogo franco e leal); ou, então, impedir que a má vontade ou a incúria de uma parte cause dano à outra, retardando o resultado do processo; ou, ainda, constranger as partes a se desdobrarem e a pôr as suas cartas na mesa desde os primeiros atos da causa.”

<sup>162</sup> A figura da preclusão para o juiz é polêmica na doutrina, sendo interessante destacar as seguintes observações de Manoel Caetano Ferreira Filho: “Tendo o juiz afirmado, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente.” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 118). Diferente é o posicionamento de José Rogério Cruz e Tucci, ao afirmar a inexistência de preclusão *pro iudicato* em relação às matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo Juiz (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: ESTUDOS em Homenagem ao Professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 275).

<sup>163</sup> “Art. 305 do Código de Processo Civil Brasileiro.”

Nas demais situações em que a lei não disciplina o prazo para que se peça a aplicação da sanção de invalidade, não há falar em preclusão quando houver prejuízo demasiado ao princípio da segurança jurídica no caso concreto. Essa parece ser, inclusive, a melhor interpretação do artigo 245 do Código de Processo Civil<sup>164</sup>, pois, nesses casos, o desrespeito exagerado à referida norma torna a invalidade decretável de ofício e, por isso mesmo, imune à preclusão.

## 6.5 Princípio da economia processual

Princípio de singular importância para o Direito Processual Civil é o da Economia Processual. José Cretella Neto o define como um princípio “que obriga a que o Poder Judiciário faça atuar o direito com maior eficácia e rapidez, mediante o emprego do mais reduzido número possível de atividades processuais”<sup>165</sup>. Rui Portanova, na mesma linha diretiva, assinala que “A busca de processo e procedimentos tão viáveis quanto enxutos, com um mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro) e de esforço (para todos os sujeitos processuais), interessa ao processo como um todo e, por isso, compreende o que se convencionou chamar de princípio informativo econômico ou da economia processual<sup>166</sup>”.

Em verdade, a concepção de que o processo deve ser conduzido de forma a otimizar seus atos para que alcancem o máximo de resultado com um mínimo de esforço é contemporânea ao entendimento de que este tem natureza pública<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> “Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

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

<sup>165</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213.

<sup>166</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.24.

<sup>167</sup> “È, comunque, decisiva, nell’analisi del problema, la chiara percezione dei profili giuridico-politici. Invero, si riconosce nell’amministrazione economica della giustizia la prevalenza di un pubblico interesse, rappresentato dalla stessa natura dei fini fondamentali della funzione giurisdizionale, poiché l’imperativo del fare presto e bene con il mínimo mezzo è l’elementare critério direttivo di ogni legislazione processuale. Com cio, si suppone che il concetto di prozessökonomie si ricollegli, storicamente, alle tendenze autoritarie, lê quali, nella seconda metà del secolo XIX, affrettarono la

Com isso não se quer dizer que as partes também não se beneficiem com um processo que respeite os ditames da economia, mas apenas que, acima de tudo, esse modo de condução é um imperativo para uma prestação jurisdicional realmente eficiente, o que é, sem dúvida, de interesse público.

Trata-se de princípio aplicável ao Direito Processual Civil como um todo que, especificamente no que se refere às invalidades, tem repercussão intensa. Isso porque economia processual está ligada à idéia de eficiência e repressão ao desperdício na condução das atividades preparatórias do ato final do processo: a prestação jurisdicional. Como as invalidades processuais devem ser interpretadas, também, à luz de uma perspectiva teleológica e, portanto, instrumental, a economia processual acaba fornecendo elementos importantes para a análise de casos concretos de invalidades.

Não se pode deixar de registrar que o núcleo do princípio da economia processual é de difícil definição. Diferentemente dos princípios relacionados anteriormente, os quais fornecem, com relativa clareza, o estado ideal de coisas a ser buscado pelo aplicador, a norma em tela não oferece tanta facilidade nesse ponto. Contudo, a utilidade não pode deixar de ser reconhecida, cabendo à jurisprudência, à luz das circunstâncias do caso concreto, elaborar paulatinamente seu conteúdo a partir das premissas básicas já fixadas pela doutrina e em parte reproduzidas no presente trabalho.

Também ao contrário dos princípios anteriormente citados, o princípio da economia processual não está expressamente previsto em lei, sendo, portanto, um princípio implícito que pode ser deduzido a partir de diversos artigos do Código de Processo Civil que revelam a preocupação do legislador com a economia<sup>168</sup>.

---

crise statale e ponendo a fuoco la natura pubblicistica del processo, senza pregiudizio per il riconoscimento dello status positivus del cittadino, donde scaturisce il diritto individuale all'á tutela giurisdizionale." (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*. In: STUDI in memória di Salvatore Satta. Padova: Cedam, Padova, 1982, v. 1, p. 364).

<sup>168</sup> Rui Portanova explicita cuidadosamente diversos artigos do Código de Processo Civil que permitem a dedução do princípio da economia processual no seguinte trecho de sua obra:

"É de se ter presente que a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função de seu fim. O objetivo do processo é sempre um dado concreto da vida e jamais um esqueleto de forma sem carne. Galeno Lacerda (1983, p.12) arrola uma série de dispositivos do CPC os quais mostram que a preocupação maior da lei é tudo fazer para salvar o processo para que alcance o objetivo material. Um exemplo é o art. 244, que contempla a fórmula já consagrada pás de nulité sans griffe

Por fim, é importante observar que o princípio da economia processual guarda íntima relação com o já referido princípio da instrumentalidade das formas<sup>169</sup>. O vínculo entre as normas é evidente. Ambas buscam, em última análise, fazer com que o processo alcance, da forma mais eficiente possível, sua finalidade, qual seja, uma prestação jurisdicional que promova a justiça do caso concreto. Não deixa o princípio da economia processual, dessa forma, de ser extremamente útil para a realização do valor efetividade.

## 7 Para uma definição de invalidade processual

A reflexão acerca dos institutos jurídicos deve ser realizada a fim de que se obtenham conceitos que se aproximem ao máximo da realidade e, principalmente, para evitar que fenômenos distintos sejam confundidos. Com essa preocupação, busca-se atingir a essência dos institutos, o que facilita o estudo e, principalmente, a aplicação do direito em casos concretos.

Nesse ponto do trabalho, já é possível estabelecer uma definição de invalidade processual, desde já enfatizando que não será feito um agrupamento das invalidades em categorias, tais como anulabilidade, nulidade absoluta, nulidade relativa, nulidade de fundo, nulidade de forma, etc. Como a lei não faz a distinção, não parece que o intérprete possa fazê-la<sup>170</sup>. Será sustentado que a viabilidade ou

---

(não há nulidade sem prejuízo). O destaque, contudo, é o art. 462, o qual permite ao juiz tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo que influa no julgamento da lide, mesmo depois da propositura da ação.

Além disso, temos outros dispositivos pertinentes à economia processual dispersos pelo CPC e podem ser assim identificados:

- art. 295 que viabiliza o indeferimento da liminar da petição inicial e o art. 296 a reforma desta decisão pelo próprio juiz;
- art. 130 que autoriza o juiz a indeferir provas inúteis;
- art. 330 que viabiliza o julgamento antecipado da lide quando se tratar de questão de direito ao a prova for exclusivamente documental;
- art. 331 que obriga a realização de audiência de conciliação em causa que versar sobre direitos disponíveis e não for o caso de julgamento antecipado da lide." (Princípios do Processo Civil", 6ª ed. Livraria do Advogado, p.28).

<sup>169</sup> Teoria Geral do Processo; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 353.

<sup>170</sup> Nesse sentido é a posição de José Roberto dos Santos Bedaque ao fazer a seguinte afirmação: "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.

não da correção dos vícios dos atos processuais dependerá das circunstâncias do caso concreto interpretadas à luz dos princípios constitucionais a que o processo deve respeito, o que afasta, completamente, a aceitação de categorias que trazem, de forma prévia e estanque, quais os vícios podem e quais não podem ser sanados.

Como já referido anteriormente, a essência da invalidade é de sanção aplicada pelo órgão julgador quando diante de ato processual praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico interpretado sistematicamente diante do caso concreto. A invalidade, dessa forma, não se confunde com o vício que o ato processual apresenta. Enquanto não aplicada a sanção, o ato, por mais defeituoso que seja, continuará produzindo efeitos. Uma decisão interlocutória que, por exemplo, antecipa a tutela em ação de alimentos sem apresentar uma linha sequer de fundamentação produzirá efeitos, compelindo do demandado a cumpri-la até que o tribunal, apreciando o agravo de instrumento interposto, venha a aplicar a sanção de invalidade diante a absoluta falta de motivação.

Uma sanção, por sua vez, pode se apresentar de diversas formas. Por exemplo, no Direito Penal, a sanção, no mais das vezes, tem a forma de restrição da liberdade do condenado; No Direito Administrativo, a sanção aplicada contra o funcionário público infrator é, muitas vezes, de perda do cargo; No Direito Tributário, a sanção pelo não recolhimento do tributo tem a forma, no mais das vezes, de uma multa lançada contra o contribuinte. Especificamente no que se refere à invalidade processual, que, no presente trabalho, está sendo tratada como sanção, tem-se que apresenta a característica de usurpar os efeitos jurídicos do ato processual considerado inválido. Ou seja, a invalidade apresenta-se (forma) como uma sanção que usurpa (parcial ou totalmente; retroativamente ou não) os efeitos jurídicos do ato considerado inválido<sup>171</sup>. Essa é a forma da sanção de invalidade.

---

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.

A distinção estabelecida pela doutrina é inócua para esse fim. Qualquer vício processual, por mais grave, deve ser ignorado se o objetivo for atingido.” (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 448).

<sup>171</sup> Nesse sentido, Antonio Janyr Dall’agnol Júnior: “Nessa linha de raciocínio, e com a devida cautela, aceitando-se como inválido apenas o ato judicialmente decretado como tal, releva o adágio nullum est quod producit effectum. Tanto que, decretada a invalidade, cessam os efeitos decorrentes do ato; desfaz-se esse e seus efeitos (com eventuais ressalvas legais, quanto à extensão) e, eventualmente, pelo princípio da contaminação do nulo, os atos subseqüentes dependentes.” (DALL’AGNOL JÚNIOR, *Invalidades...*, p. 43).

A causa eficiente<sup>172</sup> da invalidade é exatamente a decisão judicial. Como já dito anteriormente, não há falar em invalidade processual antes do decreto judicial. Antes disso poderá existir uma pretensão de que determinado ato seja invalidado, mas invalidade ainda não haverá. Essa a razão pela qual se considera causa eficiente da invalidade a decisão judicial que aplica a sanção, em outras palavras: a ação transformadora que efetivamente faz com que a invalidade passe a existir é o pronunciamento do Poder Judiciário.

É um equívoco, dessa forma, afirmar que as partes seriam as causadoras das invalidades processuais. As partes podem, no máximo, dar causa aos atos atípicos que, por força de determinação judicial específica, serão anulados.

Por fim, cumpre seja explicitada qual a finalidade do instituto da invalidade processual. Essa finalidade não pode ser outra senão a de conferir primazia ao valor segurança jurídica diante das circunstâncias do caso concreto. Quando se decreta a invalidade de determinado ato do procedimento, está-se, de forma absolutamente inexorável, fazendo prevalecer o princípio da segurança em detrimento do princípio da efetividade. Ao decretar a invalidade de um ou de vários atos processuais o órgão julgador está, em outras palavras, dizendo que o processo não pode prosseguir da maneira com que se apresentava, porquanto estaria a segurança demasiadamente prejudicada em prol da efetividade. Essa é a finalidade maior da sanção de invalidade: promover o valor segurança<sup>173</sup>.

Em síntese: a invalidade processual pode ser concebida como uma sanção constituída por meio de uma decisão judicial, caracterizada por ter a aptidão de usurpar efeitos jurídicos do ato processual considerado inválido, com a finalidade de fazer prevalecer, no caso concreto, o princípio da segurança em detrimento do princípio da efetividade.

---

<sup>172</sup> A noção de causa eficiente é dada por Aristóteles ao fazer a seguinte afirmação: “aquilo de que procede o primeiro princípio da mudança (transformação) ou do repouso, por exemplo o homem que delibera é uma causa, e o pai uma causa do filho, e em geral aquilo que produz é a causa daquilo que é produzido, e aquilo que muda é a causa daquilo que é mudado.” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006, p. 130).

<sup>173</sup> Na segunda parte do presente trabalho, será dedicado um capítulo específico sobre o princípio da segurança.

## **PARTE II - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO COMO CRITÉRIOS DETERMINANTES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DAS INVALIDADES PROCESSUAIS**

Expostas algumas das principais construções doutrinárias sobre o tema e definida a invalidade processual, é necessário, neste estágio do estudo, expor a disciplina dada ao tema no direito positivo, iniciando pelo Código de Processo Civil e terminando pelo texto da Constituição Federal.

### **8 A disciplina das invalidades no Código de Processo Civil Brasileiro**

Não há dúvidas de que o Código de Processo Civil deve servir de referência ao aplicador do direito quando da análise de suposta invalidade no caso concreto. Isso porque a invalidade processual decorre, exatamente, de uma violação da norma processual, razão pela qual o primeiro referencial para o julgador deve ser, de forma absolutamente inexorável, o texto do Código<sup>174</sup>. Saber se o ato jurídico é inválido ou não passa, primeiramente, sempre por uma análise comparativa entre o ato praticado e a norma jurídica, no caso das invalidades processuais, da norma jurídica processual.

Ocorre que o Código de Processo Civil Brasileiro não disciplina a matéria de forma rigorosamente sistemática. Não se constata no texto da legislação infraconstitucional um tratamento geral e abarcante do tema, mas apenas dispositivos esparsos que tratam do assunto de forma incompleta. No entanto, não se pode deixar de ressaltar que, ainda assim, se constata no Código de Processo Civil pátrio uma evolução em relação ao Código de Processo Penal Brasileiro, no qual todas as invalidades são expostas de uma forma exaustivamente tipificada. A enumeração exaustiva é absolutamente anacrônica e prejudicial, haja vista traduzir uma aposta perdida na onipotência do legislador como sendo um ser, superdotado,

---

<sup>174</sup> “A nulidade processual é uma sanção que resulta da prática do ato em desconformidade com a forma legal.” (CARREIRA ALVIM, *Teoria...*, p. 257).



capaz de prever todas as hipóteses possíveis de imperfeição dos atos processuais<sup>175</sup>.

Dignos de destaque, no Código de Processo Civil, são os artigos 243 e 244. Teresa Arruda Wambier refere que tais artigos regulariam hipóteses de nulidades de forma<sup>176</sup>, tendo o último introduzido no sistema, expressamente, o princípio da finalidade, já referido em capítulo anterior. Esses artigos, segundo o posicionamento da referida Autora, não seriam aplicáveis, portanto, às denominadas nulidades de fundo. Entretanto, não deve ser aceita a restrição. Nesse ponto, parece ter razão Roque Komatsu ao sustentar que, diante da ausência de referência legislativa expressa em relação à disciplina dos vícios não formais, devem ser aplicadas a eles as regras e princípios reguladores dos defeitos de forma<sup>177</sup>. Esse é o melhor entendimento, pois os vícios não formais não deixam de ser potenciais causadores de invalidades processuais, isto é, vícios formais e não formais constituem espécies de um mesmo gênero, razão pela qual nada justifica o tratamento diferenciado. Exemplo de vício não formal que comumente é resolvido com princípios típicos das nulidades de forma é o referente à não-participação do Ministério Público nos processos que envolvem interesse de menor. Nesses casos, é corriqueiro encontrar precedentes jurisprudenciais não decretando a invalidade pela ausência de prejuízo ao menor quando este obtém êxito na demanda, ou seja, se aplica, para a solução do caso, princípio típico das nulidades de forma para resolver problema envolvendo vício não formal<sup>178</sup>.

Já os artigos 245, 248 e 249 do Código de Processo Civil tratam, respectivamente, dos princípios da preclusão, com a admissão, entretanto, da prova do legítimo impedimento; da causalidade e do prejuízo (que não deixa de ser o próprio princípio da finalidade já previsto no artigo anterior). Os referidos princípios já foram abordados em capítulo próprio.

---

<sup>175</sup> “No processo civil moderno inexistem listas de nulidades, formuladas em lei. A superada estratificação das nulidades em números fechados tem o duplo inconveniente de enrijecer o sistema. Dando por nulo o ato apesar de não haver falhado o escopo, e de permitir, pela omissão, que atos inidôneos tenham eficácia.” (DINAMARCO, *Instituições...*, p. 592).

<sup>176</sup> WAMBIER, *Nulidades...*, p. 227 e p. 229.

<sup>177</sup> KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 221.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 222.

O artigo 250 encerra o capítulo V do Título V, destinado à disciplina das invalidades processuais, indicando a necessidade de se atentar para o aproveitamento dos atos processuais sempre que não haja prejuízo para a defesa (redação do parágrafo único). Esse dispositivo, na verdade, demonstra, com absoluta clareza, o intenso conflito entre os princípios da segurança e da efetividade no curso do processo, porquanto, ao preceituar uma preferência pelo aproveitamento dos atos processuais praticados em desacordo com a forma legal, está, nitidamente, encampando o princípio da efetividade; todavia, a redação do parágrafo único, ao fazer menção à ausência de prejuízo à defesa, está, ao contrário, revelando a preocupação do legislador com a realização, também, do princípio constitucional da segurança. E mais: a precisão terminológica do artigo deve ser ressaltada, haja vista fazer menção a erro de forma, e não a nulidade. A nomenclatura é irreparável por ressaltar a distinção, já tantas vezes mencionada ao longo do trabalho, entre atipicidade e invalidade (vício e sanção). Traduzindo o texto da lei, pode-se afirmar que, mesmo diante de um “erro de forma” (atipicidade), não se deve aplicar a sanção de invalidade caso não se verifique prejuízo para a defesa<sup>179</sup>.

Regras que, a exemplo do artigo 250, também indicam a preocupação do legislador com o princípio da efetividade são as explicitadas nos dispositivos 327 e 560 do Código de Processo Civil. Nesses artigos, verifica-se uma determinação do legislador, dirigida ao Poder Judiciário, no sentido de que, se um vício for constatado no curso do procedimento, deve ser providenciada, sempre que possível, sua regularização. Esses comandos demonstram, indiscutivelmente, o afã pela realização do valor efetividade, pois a regularização do ato atípico faz com que a sanção de invalidade não seja aplicada, fazendo com que o processo seja mais célere e, portanto, mais efetivo. Todavia, a nomenclatura utilizada nos referidos artigos não acompanha o rigor científico daquela constatada no já mencionado artigo 250. Os artigos 327 e 560, ao contrário do artigo 250, preceituam que não o vício, mas sim a nulidade deva ser sanada sempre que possível. A imprecisão é manifesta, tendo em vista que a regularização determinada pelo juiz é destinada a

---

<sup>179</sup> TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 121.

evitar, exatamente, a aplicação da sanção de invalidade, isto é, a regularização é do vício e não da invalidade.

Além dos dispositivos mencionados, que a exceção dos artigos 327 e 560 se encontram sistematizados em capítulo próprio, o Código de Processo Civil ainda contém diversas disposições esparsas sobre invalidades cominadas, como se depreende, por exemplo, da redação do artigo 11, no qual há cominação expressa de nulidade diante da falta de autorização ou outorga entre cônjuges quando reputar a lei indispensável. Também o artigo 13 prevê hipóteses de invalidade do processo nos casos de incapacidade processual ou irregularidade de representação<sup>180</sup>. Digno de destaque é, ainda, o artigo 154. Trata-se de dispositivo situado em capítulo destinado à disciplina dos atos processuais, mas que, sem dúvida, guarda íntima relação com a categoria das invalidades. Segundo o texto do referido artigo, os atos processuais não dependeriam de forma específica, salvo quando a lei assim dispusesse. A redação em comento poderia levar à falsa conclusão de que o Direito Processual Civil Brasileiro adota o princípio da liberdade das formas<sup>181</sup>. Não é esse, entretanto, o objetivo da lei. A observância da forma legal é indispensável para evitar a deslealdade das partes e o arbítrio judicial no curso do processo<sup>182</sup>, razão pela qual a interpretação teleológica do dispositivo aponta, na verdade, para o abandono do formalismo excessivo<sup>183</sup>, pois esse sim se mostra pernicioso e contrário, principalmente, ao tão importante e fundamental princípio da efetividade.

---

<sup>180</sup> Especificamente em relação ao advogado que atua no processo sem procuração, o Código dá tratamento mais rigoroso ao apontar, no artigo 37, tratar de hipótese de inexistência, e não de invalidade.

<sup>181</sup> “São teoricamente admissíveis três sistemas, para a disciplina das formas do procedimento: a) sistema da liberdade das formas; b) sistema da soberania do juiz (ou sistema de equidade); c) sistema da legalidade da forma (que comporta variações quanto ao rigor).” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 329).

<sup>182</sup> “A falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levariam à desordem, à confusão e à incerteza. Na medida do necessário para estabelecer um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (sistema da legalidade).” (Ibidem, p. 329-330).

<sup>183</sup> Comentando o artigo 154 do Código de Processo Civil, Nelton Dos Santos conclui no mesmo sentido ora sustentado ao argumentar que “Não se trata, evidentemente, de subtrair da forma o valor que ela inegavelmente possui. A formalidade é importante para conferir-se confiabilidade e segurança à atividade processual; sem ela, comprometer-se-ia a harmonia da relação processual, dando ensejo à deslealdade entre as partes e mesmo à arbitrariedade do juiz.” (SANTOS, Nelton dos, *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 443).

Especificamente em relação ao Ministério Público, que, por diversas vezes deve participar do processo civil na condição de “Fiscal da Lei”, o Código de Processo Civil contém também referência expressa no sentido de impor a decretação da invalidade quando ausente a intimação do *parquet* nos processos em que sua intervenção é prevista em lei (artigos 246, 82 e 84 do CPC). Importante ressaltar que a jurisprudência nacional vem consolidando o entendimento de que a invalidade, nesses casos, é gerada pela falta de intimação do Ministério Público, e não pela carência de sua efetiva participação no processo<sup>184</sup>. Cumpre destacar, contudo, que o entendimento jurisprudencial atual também vem mitigando as conseqüências da ausência de intimação do Ministério Público na condição de *custus legis* no que se refere à decretação da invalidade dos atos processuais. Segundo essa corrente, nos processos em que a lei impõe a participação do *parquet* por ocasião da presença de interesse de incapaz no feito (artigo 82, inciso I do Código de Processo Civil), sendo o processo decidido favoravelmente a este, não se deve decretar a invalidade<sup>185</sup>. Esse parece ser, indubitavelmente, o melhor entendimento acerca da matéria, porquanto, se a demanda foi julgada favoravelmente ao incapaz, não há dúvidas de que seus interesses foram preservados, razão pela qual perde o sentido a anulação dos atos processuais.

Situação peculiar e, por isso, digna de destaque, é referente à incompetência absoluta. O artigo 113 do Código confere tratamento diferenciado a esta espécie de vício. Ao invés de preceituar que, constatada a incompetência absoluta, deva o julgador decretar a invalidade do processo, determina, apenas, que os autos devam ser remetidos ao juízo competente com a decretação da invalidade, unicamente, dos atos decisórios. O artigo parece confirmar, de forma definitiva, a diferença essencial entre a atipicidade do ato processual e a sanção de invalidade correspondente. Note-se que a própria lei, implicitamente, acaba fazendo a diferenciação, porquanto permite que o vício decorrente da violação a regras de competência absoluta conviva, naturalmente, com a ausência de decretação da invalidade (apenas os atos decisórios podem ser anulados). Cumpre ressaltar, entretanto, que, caso a sentença

---

<sup>184</sup> NEGRÃO. Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p.341, nota 3b.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p.341, nota 4, relaciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, se o interesse do menor foi preservado, não se decreta a nulidade por falta de audiência do Ministério Público.

seja proferida por juiz absolutamente incompetente, estar-se-á diante de hipótese de Ação Rescisória, nos exatos termos do artigo 485 inciso II do Código de Processo Civil.

Quanto aos vícios da citação e das intimações, o Código de Processo Civil é expresso no sentido de que, caso os atos não tenham sido realizados em consonância com as prescrições legais, devem, em regra, ser considerados inválidos (artigos 214, 236, parágrafo 1º e 247). No entanto, uma interpretação sistemática do Código à luz das circunstâncias do caso concreto pode indicar que a invalidade não deva ser decretada quando o interessado teve ciência da demanda proposta e pôde exercer sua defesa sem prejuízo do contraditório que lhe é assegurado (caso da citação); ou, no caso da intimação, quando teve ciência inequívoca do ato processual de seu interesse. Trata-se, também nesse tópico, da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas como instrumento de realização do valor efetividade.

No que tange à Ação Rescisória, tem-se que está disciplinada no artigo 485 do Código de Processo Civil<sup>186</sup>. Nessas hipóteses, está-se diante de sentenças rescindíveis. Não há mais falar em sentenças nulas ou anuláveis, pois não se aplicam a elas as regras e princípios disciplinadores das invalidades processuais. É outro instituto que entra em cena com regramento absolutamente próprio e diferenciado. E mais: as sentenças passíveis de ação rescisória existem juridicamente, porquanto não se pode rescindir o que não existe<sup>187</sup>. Caso se esteja diante de sentença inexistente, é de ação declaratória de inexistência que se deve falar<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> No capítulo 13 do trabalho, será tratada a relação entre a coisa julgada e os vícios do processo e da sentença, a fim de que se possa abordar o tormentoso tema da “sanatória geral” proporcionada pela coisa julgada.

<sup>187</sup> No que se refere às sentenças proferidas em contrariedade a normas de competência traçadas pela Constituição Federal, importante destacar a posição divergente de Ada Pellegrini Grinover. A referida Autora menciona que, nessas hipóteses, por se estar diante de violação ao princípio do juiz natural, caracterizada estaria situação de verdadeira inexistência jurídica da relação processual. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O sistema de nulidades processuais e a constituição. In: LIVRO de estudos jurídicos. Rio de Janeiro: IEJ, 1993. p. 156-168).

<sup>188</sup> “Por meio de ação declaratória de inexistência poder-se-ão atacar sentenças inexistentes, em si mesmas, ou porque provenientes de processos inexistentes.” (WAMBIER, *Nulidades...*, p. 292).

Fora do âmbito do processo de conhecimento, há ainda vários dispositivos que cominam invalidades no curso do processo de execução, como, por exemplo, os artigos 618 e 746, que tratam, respectivamente, das hipóteses de invalidade do processo de execução como um todo ou apenas de parte dele.

Por fim, ainda se encontra uma invalidade cominada no âmbito dos procedimentos de jurisdição voluntária, consoante se verifica da redação do artigo 1.105, que é expresso no sentido de que se deve decretar a invalidade do processo quando, nos procedimentos de jurisdição voluntária, não houver a citação de todos os interessados<sup>189</sup> ou do Ministério Público.

Expostos os referenciais situados no bojo do Código de Processo Civil, fica clara a já mencionada falta de sistematização, principalmente pelo fato de a cominação de invalidade se mostrar casuística no texto da lei. Não há, por exemplo, cominação expressa de invalidade nas hipóteses de sentença destituída de relatório. Poder-se-ia considerar, por essa razão, que o vício decorrente de uma sentença sem relatório seria menos grave do que aquele oriundo da ausência de intimação do Ministério Público para participar do processo, pelo simples fato de a invalidade, no caso da sentença, não estar cominada e no do Ministério Público estar?

Hipóteses como a acima mencionada demonstram que as disposições do Código sobre invalidades não são seguras e sistemáticas, além de carecedoras de critérios científicos, o que impõe a utilização dos princípios constitucionais como fonte integrativa e interpretativa da legislação infraconstitucional<sup>190</sup>. A utilização dos princípios constitucionais ainda decorre da posição de supremacia da Constituição Federal sobre o Código de Processo Civil, o que faz com que o Código tenha que se adaptar ao texto da Constituição, e não o contrário<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> No sentido de considerar os participantes do procedimento de jurisdição voluntária como interessados e não como partes, cumpre seja consultada a obra CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.

<sup>190</sup> Jorge Miranda ressalta a função integrativa e interpretativa dos princípios ao afirmar que “A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 2, p.230).

<sup>191</sup> “Isto significa a prevalência da vinculação pela constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade).” (CANOTILHO, *Direito...*, p. 600).

Evidenciada a necessidade de que os insuficientes referenciais do Código de Processo Civil sobre invalidades sejam integrados e interpretados a partir dos princípios constitucionais, será importante a demonstração de quais seriam os princípios fundamentais adequados para o desempenho de tal tarefa e, acima de tudo, chamar a atenção para o fato de que os referidos princípios trazem, em seu bojo, verdadeiros direitos fundamentais dos litigantes.

Essa a tarefa a ser desempenhada nos capítulos seguintes.

## 9 Os princípios constitucionais a serem realizados pelo processo

O sistema jurídico deve perseguir a realização de valores<sup>192</sup>. Os valores, por sua vez, são mutáveis, variando conforme o estágio cultural de determinado povo em determinado momento histórico. Daí a idéia do sistema jurídico aberto, porquanto permeável às alterações verificadas nos valores fundamentais constitutivos do direito vigente<sup>193</sup>. Muitos desses valores, por sua vez, cristalizam-se nos textos legais e, principalmente, na carta constitucional, o que passa a exigir a formulação de normas tendentes à sua realização.

As normas jurídicas ou são regras ou são princípios<sup>194</sup>. Não se pode olvidar, dessa forma, que não apenas as regras têm aplicação imediata, mas que também os princípios jurídicos, por estabelecerem um estado ideal de coisas a ser atingido, acabam impondo padrões de conduta que devem ser respeitados<sup>195</sup>. A violação a

---

<sup>192</sup> “A ordenação sistemática inclui valores em si.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 178).

<sup>193</sup> “O sistema objetivo modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alteram.” (Ibidem, p. 112).

<sup>194</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p.172.

<sup>195</sup> “Por certo, os princípios, admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios de hermenêutica e de, em conseqüência, lhes dar o devido cumprimento.” (MIRANDA, *Manual...*, p. 229). No mesmo sentido se posiciona Robert Alexy ao afirmar que “Uno de los criterios presentados para a distinción entre reglas y principios cualifica a los principios de razones para reglas y sólo para ellas. Si este criterio fuera correcto, los principios no podrían ser razones inmediatas para juicios concretos de deber ser. A primera vista, parece algo plausible la concepción según la cual los principios son

um princípio é tão grave quanto ou mais do que a violação de uma regra, sendo inaceitável a concepção segundo a qual os princípios não possam ser aplicados diretamente para a solução de um determinado caso concreto. Conclusão como essa enfraqueceria demais sua importância normativa, o que não pode contar com o beneplácito do aplicador do direito<sup>196</sup>.

Como significativa e preferente fonte de princípios no ordenamento jurídico, tem-se a Constituição Federal. Por ocupar o vértice superior da pirâmide normativa<sup>197</sup>, a Constituição contém normas jurídicas que devem orientar as condutas, seja do legislador infraconstitucional, seja do poder constituinte derivado, ou, ainda, de qualquer indivíduo submetido ao ordenamento jurídico nacional. Pode-se afirmar que qualquer ato ou decisão contrária à Constituição deve ser considerado inconstitucional, e não apenas aqueles oriundos do Poder Legislativo<sup>198</sup>.

A concepção do processo como instrumento induz à idéia de que não possui um fim em si mesmo, nada justificando a exaltação da forma pela forma. Deve o processo, sobretudo, perseguir a realização dos valores da sociedade em que está inserido<sup>199</sup>, e, em especial, dos valores previstos na Carta Magna<sup>200</sup>. Isso porque a

---

razones para las reglas y las reglas razones para juicios concretos de deber ser (normas individuales). Sin embargo, si se observan las cosas más de cerca, resulta ser incorrecta. También las reglas pueden ser razones para reglas y los principios pueden ser razones para juicios concretos de deber ser." (ALEXY, *Teoría...*, p. 102).

<sup>196</sup> Ressaltando a importância dos princípios na condução do processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira adverte: "O exame do plano processual evidencia que, nessa matéria, reinam os seguintes princípios: dispositivo, da demanda, da adequação entre o direito material afirmado e a tutela jurisdicional, da segurança e da efetividade. Trata-se de elementos típicos da tutela jurisdicional, inexistentes no plano do direito material, preocupado apenas em reger a conduta dos sujeitos de direito e suas relações em sociedade. Servem para organizar o processo e melhor instrumentalizar a realização do direito, ao efeito de alcançar a justiça do caso." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento. Ajuris*, Porto Alegre, n. 100, p. 59-72, 2005, p. 64).

<sup>197</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 247.

<sup>198</sup> Nesse sentido são as conclusões de Teori Albino Zavascki ao afirmar que "A força normativa da Constituição a todos submete. Juram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas. Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários." (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13).

<sup>199</sup> "O processo, do mesmo modo que a jurisdição, não pode ser compreendido à distância dos valores do Estado ou da sociedade no qual está mergulhado. Ou seja, não há como se cogitar em adotar um conceito de processo instituído para uma jurisdição de outro momento da história, caracterizada pelos valores de outro Estado e de outra sociedade. Assim como a jurisdição, a ação



posição de supremacia da Constituição Federal impõe que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional seja interpretado segundo seus referenciais básicos<sup>201</sup>. Essa tarefa fundamental passa a ser alcançada pelo processo, única e exclusivamente, por meio da realização efetiva das regras e princípios forjados no sistema jurídico e, principalmente, daquelas contidas no bojo do texto constitucional<sup>202</sup>. É impossível a concretização dos valores contidos no bojo da Constituição Federal senão pela aplicação inexorável dos princípios e regras nela previstos, razão pela qual é fundamental enaltecer a importância das normas constitucionais.

Fixada a premissa de que a busca de valores constitucionais traduz evidente escopo do processo, bem como que esse objetivo somente é atingível pela observância das regras e princípios contidos na própria Constituição Federal, cumpre sejam explicitados quais seriam os principais princípios a serem respeitados pelo processo, a fim de que todos os institutos do Direito Processual e, dentre eles, o das invalidades sejam interpretados segundo essas diretrizes principiológicas<sup>203</sup>. Trata-se da aplicação da Constituição como guia do Poder Judiciário na análise da invalidade no caso concreto.

Reflexões fundamentais sobre o tema foram realizadas pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em artigo decisivo denominado “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. No referido estudo, o Autor avoca a tarefa de desvendar quais seriam os principais valores constitucionais a orientarem o desenvolvimento do processo, tendo atingido a conclusão de que segurança e efetividade, como valores instrumentais, e a justiça do caso concreto, como fim

---

e a defesa, o processo obviamente se compromete com os valores do seu momento histórico.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 402).

<sup>200</sup> ALVARO DE OLIVEIRA; O processo....

<sup>201</sup> “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.” (KELSEN, *Teoria...*, p. 247).

<sup>202</sup> A íntima relação entre princípio e valor é extraída da seguinte passagem da obra de Eduardo Talamini ao afirmar que “O princípio é basicamente uma norma que contém valor. Melhor dizendo: é um valor em forma de norma.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 563).

<sup>203</sup> Nesse sentido são as conclusões de João Batista Lopes ao afirmar que “Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica.” (LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, 2004, p.30).

último do processo, seriam as diretrizes mestras a serem seguidas<sup>204</sup>. Isso significa dizer que todas as normas do Código de Processo Civil devem ser interpretadas com o objetivo de proporcionarem um processo, ao mesmo tempo, seguro, efetivo que, sobretudo, promova a tão almejada justiça do caso concreto.

A conclusão extraída do mencionado artigo é realmente fundamental porque capaz de elucidar, de forma precisa, os principais valores constitucionais que devem nortear a condução do processo. Descobertos tais valores, bem como sua organização de forma a estabelecer que segurança e efetividade são instrumentais em relação ao valor fim, que é a justiça do caso concreto, impende a análise do instituto das invalidades processuais à luz dessa nova premissa, o que sugere, primeiramente, seja feita uma descrição, sob uma perspectiva deontológica<sup>205</sup>, do conteúdo dos princípios da segurança, efetividade e justiça.

### 9.1 O princípio da segurança jurídica

A Segurança Jurídica é deduzida do texto da Constituição Federal a partir da idéia de Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988). Segundo Pinto Ferreira: “A expressão Estado Democrático de Direito significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo”<sup>206</sup>. Trata-se de princípio que visa a servir como garantia indispensável do cidadão contra o arbítrio estatal<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> “Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Processo...*, p. 18).

<sup>205</sup> “La diferencia entre principios y valores se reduce así a um ponto. Lo que en modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios prima facie debido; y lo que en modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo em virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.” (ALEXY, *Teoría...*).

<sup>206</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 32.

<sup>207</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas...*, p. 66.

O núcleo essencial do princípio da segurança é composto pela necessidade de se alcançar estabilidade e previsibilidade<sup>208</sup>. A estabilidade é preservada por meio do respeito que se deve ter às decisões judiciais transitadas em julgado; já a previsibilidade conduz a uma idéia de certeza em relação aos efeitos jurídicos dos atos praticados<sup>209</sup>. A esse binômio Humberto Theodoro Júnior acrescenta, ainda, com alicerce no direito comparado, a necessidade de que as leis editadas sejam claras e objetivas, repudiando a denominada “doença do excesso de direito”, fato que, ao contrário de organizar os comportamentos, acaba contribuindo para a perda de uma noção precisa acerca de direitos e deveres<sup>210</sup>.

A projeção particularizada do princípio da segurança jurídica no domínio do processo se dá por meio do devido processo legal<sup>211</sup>, ou seja, o processo promoverá a segurança jurídica caso ofereça aos litigantes as garantias que decorrem do devido processo legal, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural, dentre outras. Essa é a principal forma de se assegurar aos litigantes a previsibilidade e estabilidade como garantias imanentes ao princípio da segurança jurídica.

Claro que a segurança jurídica também é promovida no processo civil quando os tipos legais são respeitados, haja vista se constatar que também dessa forma a previsibilidade é alcançada<sup>212</sup>. O principal, todavia, passa realmente pelo respeito ao devido processo legal, porquanto é daí que decorrem as garantias realmente essenciais e que muitas vezes justificam a própria construção do tipo pelo legislador infraconstitucional.

---

<sup>208</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 384.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>210</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista IOB de Direito Processual Civil*, n. 40, 2006, p. 34.

<sup>211</sup> “O princípio da segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art 1º, *caput*), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão dos poderes e da legalidade. Seu maior corolário, no domínio do processo, é o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), com todas as suas garantias.” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas...*, p. 66).

<sup>212</sup> Enaltecendo o aspecto material da segurança jurídica como respeito aos ditames legais, é importante a transcrição do seguinte trecho da obra de Humberto Ávila: “Segundo, o dever de determinação (*Bestimmtheitsgebot*) exige uma certa medida de inteligibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade para os destinatários da lei. A diretriz decorrente dessas prescrições pode ser definida como aspecto material da segurança jurídica, que mantém contato com o conteúdo da lei. Ele é também denominado legalidade em sentido material. Nessa perspectiva, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade de calcular previamente algo.” (ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145).

O princípio do devido processo legal foi inserido pelo poder constituinte originário no texto da Constituição Federal, de forma expressa, no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna<sup>213</sup>. O texto do referido dispositivo expressa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É exatamente o respeito ao devido processo legal que fornece aos litigantes a previsibilidade inerente ao princípio da segurança jurídica.

Fixada a premissa de que a Constituição Brasileira de 1988 adota expressamente o princípio do devido processo legal como um direito fundamental e que esse, por sua vez, representa uma projeção particularizada do princípio da segurança jurídica no domínio do processo, é fundamental indagar o que representa a garantia do devido processo legal, a fim de que se possa delinear, com margem satisfatória de objetividade, o núcleo do próprio Princípio da Segurança Jurídica no âmbito do Direito Processual Civil.

O devido processo legal é um mecanismo de proteção que assume duas feições bastante diferentes e que representam a própria evolução do instituto, desde suas raízes no direito anglo-saxão, em 1215, na cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta de 1215<sup>214</sup>. Em sua manifestação histórica mais remota, o devido processo legal se revestiu de uma faceta que pode ser chamada de procedimental, ou seja, a garantia outorgada era apenas de cunho formal, o que significa submeter a perda dos bens ou da liberdade do indivíduo à observância do procedimento previsto em lei<sup>215</sup>. Com a evolução e, principalmente, diante da constatação de que garantias de cunho apenas procedimental poderiam se mostrar insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais, a cláusula geral do devido processo legal passou a abranger, também, garantias de cunho substancial, dando origem ao que a doutrina denomina *substantive due process*<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Segundo Rui Portanova, “No Brasil, mesmo antes da Constituição de 1988 a doutrina já entendia consagrado o princípio do devido processo legal. A interpretação provinha não só do fato de o princípio estar consagrado no artigo 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, como pela sistematização dos demais princípios que são enfeixados no devido processo legal.” (PORTANOVA, *Princípios...*, p. 146).

<sup>214</sup> Sobre a evolução histórica do devido processo legal, cumpre conferir obra fundamental sobre o tema escrita por GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

<sup>215</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219-220.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 219-220.

Para os objetivos do presente trabalho, será focado o devido processo legal procedimental, especificando-se quais as garantias, afinal, são por ele oferecidas aos litigantes em geral.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, corolários indissociáveis do devido processo legal seriam o Princípio do Juiz Natural, Princípio da Igualdade, Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa, Princípio da Motivação das Decisões Judiciais e, ainda, a proibição de provas obtidas por meios ilícitos<sup>217</sup>. Todas essas disposições decorrem da cláusula geral do devido processo legal e constituem verdadeiras garantias fundamentais dos litigantes no âmbito do processo civil.

É direito do litigante, portanto, ser julgado por um juiz natural, receber tratamento igualitário do órgão jurisdicional, ser atingido apenas por decisões devidamente motivadas e, principalmente, participar intensamente da formação do ato judicial final que será a ele imposto. Todas essas garantias devem ser respeitadas pelo Estado e se pode dizer que constituem o cerne do princípio maior da segurança na sua projeção processual. Quando se faz menção, portanto, à segurança jurídica no processo civil, está-se falando de respeito ao devido processo legal e a todas as garantias que dele decorrem.

Nesse ponto, é importante salientar que quando, em sede de teoria das invalidades, se fala de ausência ou não de prejuízo, está se falando das mencionadas garantias, ou seja, a idéia de prejuízo está relacionada à perda de uma das garantias decorrentes do devido processo legal. Quem, por exemplo, não teve vista de um documento juntado pela parte contrária sofreu prejuízo, independentemente de, posteriormente, ter sido favorecido pela sentença. Isso porque o prejuízo é processual, nada se confundindo com o resultado final da demanda proposta. É perfeitamente possível que alguém tenha sofrido prejuízo processual e, ao contrário, tenha logrado êxito completo no plano do direito material.

A estipulação dessa premissa é fundamental, sob pena de se construir uma teoria das invalidades processuais que se desconecte, exatamente, do plano do

---

<sup>217</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, *Processo...*, p. 21.

Direito Processual. Uma teoria das invalidades processuais deve ser alicerçada nas regras e princípios processuais, não podendo depender do resultado final do processo. Com isso, não se quer dizer que as circunstâncias do caso concreto não devam ser levadas em consideração para a decretação ou não da invalidade. Muito pelo contrário, pois uma das idéias centrais do presente trabalho é exatamente de que a análise das circunstâncias concretas é fundamental para uma tomada de decisão sobre invalidade processual. No entanto, as circunstâncias do caso concreto devem indicar se houve ou não violação ao devido processo legal e, caso tenha havido, em que medida houve o desrespeito.

Por exemplo: se o indivíduo foi citado de forma imprópria, haja vista o mandado de citação não ter sido acompanhado de cópia da petição inicial, mas, independentemente do vício, o réu comparece no processo e contesta dentro do prazo para a defesa, pode-se dizer que, diante das circunstâncias do caso concreto, não houve prejuízo às garantias do devido processo legal, porquanto o contraditório e a ampla defesa puderam ser exercidos de forma plena. Diferentemente seria o exemplo se, diante do vício da citação, o demandado não tivesse apresentado defesa, mas, mesmo sendo revel, obtivesse sentença favorável pelo fato de o julgador entender que a pretensão do demandante não teria suporte jurídico. Nesse caso, não se pode aceitar que não tenha o demandado sofrido prejuízo. É claro que prejuízo houve, pois não teve o demandado acesso às garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, muito embora tenha vencido a demanda. Raciocinar de forma diferente é ignorar o fato de que o demandado poderia, por exemplo, ter apresentado reconvenção ou fundamento outro que gerasse sentença ainda melhor aos seus interesses.

Nesse contexto, é curial referir que a decretação da invalidade processual objetiva, como já referido na definição contida no título sétimo da primeira parte do trabalho, promover o princípio da segurança. Quando o julgador decreta uma invalidade, está objetivando preservar, exatamente, as garantias que do devido processo legal decorrem. Por exemplo: se, diante de uma citação desacompanhada de cópia da petição inicial, adveio prejuízo para o exercício do contraditório e da ampla defesa, a decretação da invalidade visa, exatamente, a impedir que esse prejuízo se consuma, isto é, a finalidade da decretação da invalidade é impedir que

as garantias do contraditório e da ampla defesa sejam violadas. A decretação da invalidade tem sempre essa finalidade. A precisão acerca da idéia de prejuízo é, portanto, fundamental.

Importante concluir este tópico destacando que, muito embora as garantias decorrentes do devido processo legal sejam importantíssimas para o desenvolvimento seguro do processo, a ponto de se poder afirmar que é exatamente a partir do respeito a tais preceitos que o valor segurança é alcançado na seara processual, a segurança jurídica não é um princípio absoluto<sup>218</sup>. As circunstâncias do caso concreto podem indicar, dessa forma, que outro princípio, de mesma hierarquia, prevaleça.

A seguir, será exposto o princípio que faz o contraponto da segurança no âmbito do Direito Processual Civil, ou seja, a norma que, por trazer em seu bojo uma finalidade diferente que muitas vezes se contrapõe aos fins buscados pela segurança jurídica, muitas vezes com ela enfrenta situações concretas de tensão: o princípio da efetividade.

## 9.2 O princípio da efetividade

No que se refere à efetividade do processo, sintéticas e precisas são as seguintes afirmações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em artigo específico sobre o tema, ao concluir que “No plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo, considerado um mal social (sozial übel, expressão de

---

<sup>218</sup> Ressaltando que a segurança jurídica pode ceder diante das circunstâncias do caso concreto para que outro princípio, também de hierarquia constitucional, prevaleça, é a seguinte passagem de Humberto Theodoro Júnior: “Há, sem dúvida, fatores e situações que, conjuntamente, comprometem a força protegida pela segurança jurídica e recomendam a prevalência de outro princípio, também, de estatura constitucional. É certo, pois, que o princípio da segurança jurídica não se apresenta como um princípio de valor absoluto. Ao contrário, uma de suas características é ser modulável em função de outros imperativos, de outros componentes da noção de Estado de direito, cabendo ao legislador (sobre o controle da Corte Constitucional) operar essa conciliação entre os diferentes imperativos e a segurança jurídica.” (THEODORO JÚNIOR, A onda..., p. 44).

Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser extirpado o mais rápido possível”<sup>219</sup>.

A capacidade de síntese do Autor é notável por fornecer, em poucas palavras, a origem histórica da preocupação dos juristas com a efetividade – que remonta ao início do século XX, quando ganha corpo a idéia de processo como um instituto de caráter público<sup>220</sup> –, bem como o núcleo do princípio da efetividade, que passa, exatamente, pela idéia de celeridade.

No Brasil, o direito a um processo efetivo pode ser deduzido do princípio do acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal) ou, ainda, da própria cláusula geral do devido processo legal<sup>221</sup>. Com o advento da emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, houve uma explicitação ainda maior do princípio da efetividade por meio da inserção, no artigo 5º da Constituição Federal (dispositivo que traz o rol dos direitos e garantias individuais fundamentais na República Federativa do Brasil), do inciso LXXVIII<sup>222</sup>. É verdade que efetividade não se confunde com celeridade<sup>223</sup>, entretanto, é irrefutável que a celeridade

<sup>219</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento, In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2003, p. 244.

<sup>220</sup> Em outro importante ensaio, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assinala: “Todavia, se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda a sua inteireza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *præius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In *POLÊMICA sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84).

<sup>221</sup> Nesse sentido CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. *Revista Jurídica*, n. 277, 2000.

<sup>222</sup> Eis a redação do citado dispositivo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>223</sup> José Carlos Barbosa Moreira define de forma bastante feliz as características centrais do princípio da efetividade: “a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras situações jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração s cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de



constitui um dos núcleos essenciais do princípio da efetividade<sup>224</sup>. Não há como se possa conceber um processo efetivo que não proporcione prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável.

Da redação do inciso LXXVIII se depreende, inequivocamente, que a celeridade do processo foi expressamente incorporada ao texto da Constituição Federal na condição de garantia fundamental de todo e qualquer litigante. Não há dúvidas, dessa forma, de que, sendo a celeridade um dos componentes mais marcantes do princípio da efetividade, este está, por conseguinte, também assegurado no direito positivo nacional.

Cumprido ressaltar, ainda, que o princípio da efetividade, por estar inserido no rol dos Direitos e Garantias Individuais, é rigorosamente auto-aplicável por força da redação expressa do parágrafo 1º do artigo 5º. Dessa maneira, é inaceitável a posição de que se trata de norma programática que dependa, para sua concretização, de qualquer outro dispositivo legal. A prevalecer esse tipo de interpretação, estar-se-ia admitindo a inserção de mais um conjunto de palavras vãs no corpo do texto da Constituição Federal, o que não pode ser aceito, sob pena de fazer com que a Carta Magna caia em absoluto e total descrédito<sup>225</sup>.

---

tempo e energias.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: ESTUDOS de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-204). Também citada pela totalidade da doutrina que aborda o tema da efetividade é a seguinte passagem de CHIOVENDA: “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: SAGGI di diritto procesuale civile. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930. v. 1. p. 110). Também sobre o tema da efetividade, com ênfase nos mecanismos que garantam efetivo acesso à justiça, cumpre fazer menção ao estudo realizado por CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>224</sup> Nesse sentido Leonardo Greco: “O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva.” (GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo” *Revista Jurídica*, n. 305, 2003, p. 88).

<sup>225</sup> Ressaltando a especial eficácia que os direitos fundamentais possuem no sistema jurídico brasileiro, cumpre sejam reproduzidas as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 285).

Dessarte, pode-se afirmar que, na condução do processo, o juiz deve atentar para o princípio constitucional da efetividade, o que faz, dentre outras coisas, com que o processo tenha que ser conduzido com a maior celeridade possível. A celeridade é, sem sombra de dúvidas, uma das principais imposições trazidas pelo mencionado princípio, podendo-se afirmar que uma prestação jurisdicional morosa não cumpre com as exigências impostas pela referida norma.

### 9.3 O princípio da justiça

Talvez a justiça traduza um dos conceitos mais importantes daqueles que se relacionam com o direito<sup>226</sup>. Uma das principais finalidades do direito é, inclusive, promover a justiça<sup>227</sup>. Assim, como o processo é instrumento de aplicação do Direito para casos individuais, acaba por ser, por inferência lógica, também um meio fundamental de realização da justiça<sup>228</sup>. É possível afirmar, portanto, que o julgador deve conduzir o processo tendo a consciência de que o grande objetivo a ser alcançado é o de realizar a justiça do caso concreto. Esse é o grande valor que justifica a própria existência do processo<sup>229</sup>.

Diante da importância que tem a idéia de justiça para o direito, e, por conseguinte, para o processo judicial, cumpre sejam buscados alguns referenciais para a construção de uma concepção minimamente objetiva de justiça, sob pena de

---

<sup>226</sup> “A justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do direito, que nos dá a pauta para sua determinação conceptual: o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça.” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51).

<sup>227</sup> “A globalidade da ordem jurídica está submetida à exigência obrigatória de justiça, a partir da qual, apenas, é capaz de justificar em última instância a sua pretensão de validade (em sentido normativo).” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 492).

<sup>228</sup> Ressaltando a expectativa da sociedade em relação à atividade de seus juízes, importantes são as conclusões de Neil McCormick ao afirmar que “Os juízes apresentam-se como solucionadores imparciais de disputas entre cidadãos ou de processos instaurados pelas autoridades públicas contra cidadãos. São nomeados para fazer ‘justiça de acordo com a lei’, e os cães de guarda do interesse público estão perpetuamente em alerta para ladrar atrás deles se parecerem agir de qualquer outro modo.” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.21).

<sup>229</sup> “A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*.” (DINAMARCO, *Instrumentalidade...*, p. 26).

se mergulhar em retórica perigosa que possa ser utilizada como instrumento de julgamentos inaceitavelmente arbitrários que abandonem por completo os referenciais legais<sup>230</sup>. Não se pode olvidar que a promoção da justiça do caso passa pela obediência aos referenciais legislativos vigentes no sistema, sob pena de se possibilitar a construção de critérios individuais de justiça, o que é absolutamente inaceitável. Importante ressaltar, entretanto, que extrapola totalmente os objetivos do presente trabalho a realização de uma construção teórica aprofundada sobre o tema da justiça, haja vista se tratar de assunto deveras complexo que demandaria um estudo vastíssimo absolutamente incompatível com o assunto central da pesquisa ora desenvolvida.

Dentre os estudos realizados sobre esse importante tema se destaca, pela originalidade, genialidade e precisão, a obra de Aristóteles. Na concepção externada pelo filósofo estagirita, a justiça se dividiria, inicialmente, em geral<sup>231</sup> e particular, sendo a última subdividida em distributiva e corretiva<sup>232</sup>.

A justiça distributiva denota a idéia de proporção, ou seja, justa seria a distribuição proporcional dos bens a serem partilhados entre os integrantes da sociedade. Essa distribuição proporcional impõe que iguais devam receber tratamento igualitário, sendo que os diferentes devem receber tratamento diferenciado de acordo com seus próprios méritos<sup>233</sup>. A verificação da justiça

---

<sup>230</sup> Ressaltando que a justiça deve ser feita no processo mediante a aplicação de critérios contidos nas leis e não ao livre arbítrio do julgador, são as precisas afirmações de Karl Larenz: “A justiça da resolução do caso concreto é portanto, certamente, uma meta desejável da actividade judicial, mas não um critério de interpretação de par com os outros. Este desiderato deve realizar-se apenas nos quadros das leis vigentes e dos princípios jurídicos reconhecidos e portanto também apenas com o auxílio das regras de interpretação mencionadas ou no decurso de um desenvolvimento jurisprudencial do Direito que seja admissível.” (LARENZ, *Metodologia...*, p. 493).

<sup>231</sup> Esclarecendo o alcance do termo “justiça geral” em Aristóteles, cumpre sejam reproduzidas as seguintes afirmações de Luis Fernando Barzotto: “O termo ‘geral’ aplicado a este tipo de justiça refere-se à sua abrangência: todos os atos, independentemente de sua natureza, na medida em que são devidos à comunidade para que esta realize o seu bem, constituem deveres de justiça”. BARZOTTO, Luiz Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>, p. 2).

<sup>232</sup> “Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre indivíduos.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 108).

<sup>233</sup> “Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito de cada um’, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também

distributiva parece mais aferível no âmbito das atividades públicas, especificamente quando se está diante de prestações estatais. Os membros da sociedade devem, sob pena de violação da justiça distributiva, receber os préstimos do Estado na exata medida de seu merecimento, nada justificando uma distribuição desproporcional que venha a prejudicar aqueles que precisam. A justiça distributiva trata, em síntese, das relações da comunidade com seus membros, mais especificamente no que se refere à distribuição dos bens da comunidade entre os indivíduos que a integram<sup>234</sup>.

Assim, pode-se afirmar que, muitas vezes, a análise concreta do problema posto em um processo judicial exige, exatamente, a realização de justiça distributiva, como, por exemplo, quando o Estado ingressa com ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Nesse caso, a decisão da controvérsia trazida à análise do Poder Judiciário envolverá, certamente, a realização da justiça distributiva, tendo em vista integrar a causa de pedir desse tipo de demanda, exatamente, a necessidade de serem os bens da comunidade distribuídos de forma proporcional entre os indivíduos que a integram. O processo se apresenta, nesse caso, como um verdadeiro instrumento de realização da justiça distributiva.

Já no que se refere à justiça corretiva, tem-se que deve ser analisada quando se está diante de uma relação intersubjetiva. A correção deve ser aplicada quando duas ou mais pessoas, de forma voluntária ou involuntária, transacionam entre si<sup>235</sup>. No que se refere ao significado de tal correção, se infere que traduz a idéia de igual e intermediário, isto é, se deve buscar a igualdade entre aqueles que estão transacionando, a fim de que, na hipótese de desequilíbrio (desigualdade), se alcance o restabelecimento da isonomia. Caso típico que envolve justiça corretiva é, por exemplo, a de um indivíduo que sofre um dano decorrente da ação dolosa ou culposa de outro membro da sociedade. Nessa hipótese, a correção passa pelo restabelecimento do equilíbrio, ou seja, o causador do dano deve pagar indenização

---

o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito." (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 109).

<sup>234</sup> BARZOTTO, *Justiça...*, p. 7.

<sup>235</sup> "A outra espécie de justiça é a corretiva, que tanto surge nas transações voluntárias como nas involuntárias." (ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 109).

capaz de restituir a perda infligida ao lesado. A ausência de ressarcimento evidencia situação que impõe intolerável perda sob o prisma da justiça corretiva.

Não é difícil constatar, dessa forma, que o processo também se apresenta como um instrumento adequado à realização da justiça corretiva. Isso se verifica por meio de prestação jurisdicional destinada a restabelecer a igualdade de determinado vínculo jurídico havido entre demandante e demandado que foi trazido ao plano processual com a propositura da demanda. Para ficar no exemplo acima, pode-se afirmar que o lesado ingressaria com demanda condenatória para reaver o valor dos danos sofridos, buscando, de forma subjacente, a realização da justiça corretiva<sup>236</sup>. O processo, nesse caso, seria o meio hábil para a o afastamento do desequilíbrio gerado pela produção do dano. Note-se que a justiça corretiva não trata de uma relação entre a comunidade e seus membros, mas sim de seus membros entre si<sup>237</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, que o processo pode ser um instrumento de realização de justiça social. A noção de justiça social, segundo Luis Fernando Barzotto, é construída a partir do conceito de justiça geral de Aristóteles e, ainda, da noção de justiça legal de Tomás de Aquino. Trata-se de conceito criado para explicar as relações do indivíduo com a comunidade, porém, diferentemente da justiça distributiva, que tem como objetivo principal realizar o interesse do particular levando em conta seus merecimentos, a justiça social visa, imediatamente, à realização do bem comum<sup>238</sup>. Por exemplo: quando o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública contra uma empresa poluidora do meio ambiente, está buscando justiça social, pois uma ofensa desse tipo representa um desrespeito a toda a sociedade<sup>239</sup>. É dever da empresa para com a sociedade manter um meio ambiente adequado para que possa ser usufruído por todos.

Do exposto se constata que o processo pode ser instrumento tanto de realização de justiça distributiva, quanto corretiva ou, até mesmo, de justiça social.

---

<sup>236</sup> “Sendo, então, esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu o ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor.” (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 110).

<sup>237</sup> BARZOTTO, *Justiça...*, p. 7.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 7.

Para que o desiderato de fazer justiça seja alcançado, é necessária uma correta apreciação das provas e uma esmerada interpretação e aplicação do direito material pertinente. As normas de direito material são indicadores importantes do critério de justiça adotado por uma sociedade num determinado momento histórico<sup>240</sup>.

No entanto, é fundamental ressaltar que a própria prestação jurisdicional deve se efetivar de maneira justa, o que induz à idéia de processo justo, que somente pode ser alcançado com o respeito simultâneo e harmônico aos princípios da efetividade e da segurança jurídica<sup>241</sup>. Não basta ao órgão julgador apreciar bem a prova produzida e interpretar magistralmente o direito material que regula a pretensão deduzida em juízo se, simultaneamente, não vier a proporcionar o indispensável equilíbrio entre os princípios constitucionais da segurança e da efetividade na condução do processo. Isso porque a realização da justiça corretiva, distributiva ou social – dependendo do caso concreto – se apresenta apenas como uma das faces do problema a ser resolvido pelo órgão julgador, pois a justa composição da lide não passa apenas pela apreciação correta do pedido e da defesa, mas também pela aplicação, equilibrada e harmonizadora, dos princípios constitucionais que digam respeito ao próprio processo<sup>242</sup>. Falar única e exclusivamente de justiça material obscureceria a importante diferença entre os planos do direito processual e do direito material.

Em síntese: afirmar que o processo tem como fim realizar a justiça do caso concreto significa que deve promover justiça material e, ao mesmo tempo, justiça processual. O Poder Judiciário precisa, portanto, satisfazer os litigantes fornecendo

---

<sup>240</sup> DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 360.

<sup>241</sup> Segundo Sérgio Luís Wetzel de Mattos, as garantias inerentes ao processo justo seriam: “a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa, o direito à prova, a inadmissibilidade de utilização de provas ilicitamente obtidas, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, a publicidade dos atos processuais, o juiz natural, a imparcialidade do juiz, o termo do processo em prazo razoável, o duplo grau de jurisdição e o procedimento regular.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *O processo justo na constituição federal de 1988*. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 91, 2003, p.226).

<sup>242</sup> “Na verdade a solução está, como sempre, nos princípios. O equilíbrio é a boa interpretação dos princípios constitucionais atinentes ao processo. Duplo grau, contraditório, ampla defesa, devido processo legal. Não pode haver processo justo sem a observância de todos eles.” (SANTOS, Lijane Cristina Pereira. *A legitimidade da autoridade coatora para recorrer em sede de mandado de segurança quando condenada pela multa do art. 14, parágrafo único do CPC*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 122, p. 131-148, 2005, p. 131).

um processo que seja, em si, justo, e ainda capaz de realizar a justiça material<sup>243</sup>. Por processo justo se deve entender aquele que respeita tanto as imposições trazidas no bojo do princípio da segurança jurídica, quanto os preceitos que da efetividade decorram.

Exposta a árdua tarefa de o Poder Judiciário, no curso do processo, promover a justiça distributiva, corretiva ou social, por meio de um processo justo, cumpre sejam analisadas as ferramentas indispensáveis para a promoção do último.

## **10 Mecanismos úteis para a harmonização dos princípios: os postulados normativo-aplicativos**

Segundo Gomes Canotilho, as normas são regras ou princípios, não fazendo referência a uma terceira categoria<sup>244</sup>.

No que tange ao conceito de norma, adota-se, no presente trabalho, a concepção segundo a qual representa o resultado de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais, ou seja, não há, necessariamente, uma correspondência exata entre norma e artigo de lei, pois um artigo pode conter mais de uma norma e dois ou mais dispositivos, apreciados em conjunto, podem dar sentido a apenas um preceito normativo<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> Enaltecendo a instrumentalidade do processo e chamando a atenção para os objetivos de justiça material e processual, é a seguinte passagem de Luigi Paolo Comoglio: "Tale strumentalità esige che le garantigie formali del processo non siano mai fini a se stesse, ma dobbiamo sempre concorrere, sul piano istituzionale, al conseguimento di risultati decisorio coerenti con i valori di equità sostanziale e di giustizia procedurale, consacrati dalle norme costituzionali o da quelle internazionali." (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, 1998, p. 106).

<sup>244</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 172.

<sup>245</sup> Eis a definição de norma cunhada por Humberto Ávila: "Normas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Não há uma correspondência necessária entre dispositivo e uma norma, porquanto posso ter mais de um dispositivo, dos quais se extraia apenas uma norma, assim como posso ter apenas um dispositivo do qual se possa extrair mais de uma norma." (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30).

No que se refere à diferença entre regras e princípios, tem-se que é um dos temas mais recorrentes na doutrina dedicada ao estudo da teoria geral do direito. Das tentativas de diferenciação realizadas pelos estudiosos do tema, chama a atenção, mais uma vez, a elaboração doutrinária de Humberto Ávila, haja vista apresentar a questão de forma clara e bastante crítica em relação às construções realizadas por autores consagrados. Segundo o referido Doutrinador, a diferença entre as espécies normativas poderia ser sintetizada a partir do seguinte quadro comparativo<sup>246</sup>:

O dever imediato das regras seria a adoção de uma conduta descrita, já o dever imediato dos princípios seria a promoção de um estado ideal de coisas;

O dever mediato imposto pelas regras seria a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores, já o dever mediato imposto pelos princípios seria a adoção da conduta necessária;

A justificação das regras corresponde à correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato, ao passo que o que justifica um princípio é a correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas;

No que tange a pretensão de decidibilidade, em relação às regras haveria exclusividade e abarcância, ao passo que em relação aos princípios haveria concorrência e parcialidade.

Impende registrar, entretanto, que, segundo a concepção de Humberto Ávila – adotada integralmente nesse tópico do estudo – ao lado das regras e princípios, haveria, ainda, a categoria dos postulados normativo-aplicativos, que seriam instrumentos normativos metódicos, isto é, categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação de regras e princípios, com eles não se confundindo. Trata-se de metanormas, ou normas de segundo grau<sup>247</sup>. Os postulados normativo-aplicativos não se confundem com as regras por não imporem condutas a serem imediatamente praticadas e, nem ao menos, se enquadrariam como princípio por não trazerem em seu bojo um estado ideal de coisas a ser alcançado. A função dos postulados é, dessa forma, harmonizar a aplicação das normas, a fim de adequá-las às exigências do caso concreto.

---

<sup>246</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 78.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 122.



Em verdade, não há como se vislumbrar uma diferença ontológica entre o que aqui está sendo denominado de postulado normativo-aplicativo e qualquer outro método de hermenêutica, assim como o sistemático, o lógico, o teleológico ou o histórico. A peculiaridade dos postulados a serem abordados – ponderação, proporcionalidade e proibição de excesso – se refere ao fato de serem métodos de hermenêutica destinados a conciliar um conflito concreto entre direitos fundamentais. Note-se, contudo, que o próprio professor Humberto Ávila menciona ser a denominação secundária, ressaltando a importância, apenas, de se chamar a atenção para sua diferente operacionalidade em relação às regras e aos princípios<sup>248</sup>.

Dentre os diversos métodos de hermenêutica colocados à disposição do aplicador do direito com o fito de conciliar normas que estejam em concreta tensão à luz das circunstâncias do caso concreto, destacam-se, exatamente, a ponderação, a proporcionalidade e a proibição de excesso. Trata-se de mecanismos indispensáveis para a harmonização das normas e, por essa razão, fundamentais para os objetivos do presente trabalho, que parte do princípio de que a decretação ou não da invalidade processual exige, exatamente, um cuidadoso exame tendente a evitar um desequilíbrio indesejado entre a segurança jurídica e a efetividade do processo.

A seguir, serão feitas considerações acerca de tais postulados para demonstrar sua forma de atuação e, principalmente, sua utilidade na tarefa de harmonizar princípios de mesma hierarquia.

### 10.1 Ponderação

Ponderar é comparar e sopesar, ou seja, diante de dois princípios que estejam em concreto conflito, a ponderação entre eles parte de uma comparação com posterior atribuição de preferência de um sobre o outro. Por exemplo: a decretação de uma invalidade processual revela um nítido conflito entre princípios,

---

<sup>248</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 124.

haja vista a aplicação da sanção de invalidade contribuir para o fortalecimento do princípio da segurança, ao passo que a não-aplicação contribui, ao contrário, para a promoção do princípio da efetividade. Diante da tensão, deve o magistrado fazer uma ponderação entre os princípios em choque para eleger, à luz das circunstâncias do caso concreto, qual deve prevalecer e qual deve ceder.

Convém ressaltar, todavia, que não há, nesse método, qualquer procedimento minimamente objetivo que seja capaz de fornecer um critério seguro para a escolha de um dos princípios colidentes<sup>249</sup>. Nunca é demais lembrar que, entre princípios constitucionais de mesma hierarquia, não existem razões para se dar prevalência a um em detrimento do outro em todas as situações.

A ponderação de bens, ao contrário da proporcionalidade e da proibição de excesso, que serão abordadas a seguir, não fornece uma estrutura de raciocínio a ser adotada pelo aplicador. Desse modo, pode-se concluir que a ponderação, como mera idéia despida de critérios, se apresenta pouco útil para a aplicação do direito no caso concreto, motivo pelo qual deve ser efetivada em conjunto com os postulados a seguir mencionados<sup>250</sup>.

## 10.2 Proporcionalidade

A proporcionalidade que será tratada no presente trabalho não se confunde com a idéia de proporção corriqueiramente utilizada para designar um dos sentidos do termo “justiça”. É comum que se adote a idéia de proporcionalidade como critério de definição do justo e do injusto, sendo que a falta da devida proporção caracterizaria a injustiça<sup>251</sup>. A adoção do termo, nesse sentido, obriga ao reconhecimento de um conteúdo verdadeiramente material para a

---

<sup>249</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 131.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 148.

proporcionalidade, o que lhe retiraria o apanágio de método de hermenêutica para lhe conferir o caráter de verdadeiro princípio de conteúdo duvidoso<sup>252</sup>.

Atribuir à proporcionalidade a qualidade de instrumento capaz de fornecer critérios materiais para o alcance da justiça não parece convencer. Isso porque a proporcionalidade se apresenta, com essa conotação, como um instituto vago e destituído de critérios seguros que possam direcionar uma decisão que tenha a pretensão de realmente fazer justiça. A ausência de um mínimo de objetividade, decorrente da adoção do sentido material da proporcionalidade, oferece, inclusive, riscos sérios à segurança jurídica, haja vista a possibilidade de manipulação por parte do aplicador do direito que queira se valer da imprecisão do termo para adotar decisões arbitrárias e destituídas de quaisquer critérios objetivos<sup>253</sup>.

A proporcionalidade a ser estudada no presente trabalho é aquela definida por alguns como um princípio<sup>254</sup>; por outros, como uma parte integrante do próprio devido processo legal substantivo<sup>255</sup> e, ainda, por alguns, como sendo um postulado normativo aplicativo<sup>256</sup> ou até mesmo um método de hermenêutica (postura adotada no trabalho), que fornece ao aplicador uma forma de pensar tendente a harmonizar normas em conflito concreto. Não se trata, nesse segundo sentido, de vislumbrar na proporcionalidade um conteúdo material, mas sim, meramente formal que, segundo Gisele Santos Fernandes Góes, entra em contato com as normas do sistema com o

---

<sup>252</sup> “A doutrina material ou substancialista encara o princípio da proporcionalidade como medida de justiça. O intérprete do enunciado jurídico, ao adotar a proporcionalidade, no prisma dessa corrente, destacará os critérios ou pontos de vista materiais conformadores da decisão, chegando-se, assim, à resolução do conflito. Por conseguinte, a proporcionalidade possui conteúdo material.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 63).

<sup>253</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>254</sup> Pode-se afirmar que a maior parte da doutrina nacional e estrangeira considera a proporcionalidade como um princípio. Dignos de destaque, dentre tantos outros, são os seguintes Juristas: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 392 et seq.; CANOTILHO, *Direito...*, p. 386 et seq.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

<sup>255</sup> Raquel Denize Stumm é expressa em suas conclusões ao afirmar que “Nesse contexto, o princípio do devido processo legal tem a sua razão de existência no Estado de Direito e é procedimentalizado pelo princípio da proporcionalidade, que é um princípio jurídico-material.” (STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995).

<sup>256</sup> Por todos, ÁVILA, *Teoria...*, p. 121 et seq.

objetivo de fornecer um procedimento capaz de indicar a decisão do caso concreto<sup>257</sup>.

A questão é enquadrar a proporcionalidade na categoria das regras, princípios ou postulados normativo-aplicativos. Humberto Ávila considera a proporcionalidade como um postulado normativo-aplicativo<sup>258</sup>.

As justificativas expostas pelo Autor convencem e, por essa razão, serão adotadas no trabalho. Basta observar para verificar que a proporcionalidade não possui um sentido material, ou seja, não traz em seu bojo um fim a ser alcançado, mas sim uma disciplina metódica que regulamenta a aplicação de outras normas. Os exames inerentes à proporcionalidade nada mais são que métodos para a aplicação de normas que estejam em concreta tensão, sempre com o objetivo de demonstrar ao intérprete qual das normas, diante das circunstâncias do caso concreto, deve prevalecer. Dessa forma, não se pode confundir, como refere Humberto Ávila, “a balança com os objetos que ela pesa”<sup>259</sup>.

Trata-se da utilização da proporcionalidade como um meio adequado para a resolução de problemas concretos que envolvam o conflito entre princípios antagônicos<sup>260</sup>. O princípio da unidade da constituição<sup>261</sup> impõe que se reconheça a inexistência de hierarquia entre os princípios constitucionais<sup>262</sup>, razão pela qual a constatação de tensões concretas entre tais normas não pode ser resolvida a partir de uma escolha arbitrária de uma em detrimento da outra. Não existe, por exemplo, qualquer motivo para se conceder, *prima facie*, supremacia ao princípio da efetividade em relação ao princípio da segurança ou vice-versa. Ambos encontram

---

<sup>257</sup> GÓES, *Princípio...*, p. 63.

<sup>258</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 121 et seq.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>260</sup> “Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y a máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquélla.” (ALEXY, *Teoria...*, p. 111).

<sup>261</sup> “O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar a eficácia de qualquer delas” (BARROSO, *Interpretação...*, p. 200).

<sup>262</sup> “A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre as normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra.” (*Ibidem*, p. 203).

alicerce constitucional e se apresentam como direitos fundamentais dos litigantes, o que impede qualquer tentativa de hierarquização.

Dessa forma, o estudo a ser realizado buscará, primeiramente, definir a estrutura de raciocínio imposta pela proporcionalidade e explicitar seu fundamento no direito positivo brasileiro. Posteriormente, será realizada uma análise referente aos requisitos de aplicação do instituto, com ênfase em situações verificáveis no âmbito do Processo Civil.

### 10.2.1 O fundamento da proporcionalidade

Encontrar o fundamento da proporcionalidade no direito positivo se mostra indispensável para sua aplicação, haja vista a necessidade de se demonstrar que a adoção de tal método decorre do direito vigente, e não de criação doutrinária ou jurisprudencial<sup>263</sup>. Onde está seu fundamento e como se pode afirmar que o ordenamento jurídico nacional impõe a seus juízes a adoção da proporcionalidade como instrumento destinado à resolução de conflitos concretos? Essa a indagação a tentar ser desvendada no presente capítulo.

A resposta à questão formulada não encontra consenso na doutrina nacional e estrangeira. Os posicionamentos doutrinários estão bastante divididos acerca do alicerce da proporcionalidade no direito positivo. Uma parte da doutrina, ligada ao direito alemão, entende que a proporcionalidade decorre do Princípio do Estado de Direito. Já uma outra corrente, vinculada ao Direito Anglo-Saxão, entende que a proporcionalidade tem fundamento constitucional na chamada cláusula geral do devido processo legal substantivo. Há, ainda, uma terceira corrente, defendida por alguns juristas brasileiros, que considera a proporcionalidade situada no texto da Constituição, em artigos esparsos, e, principalmente, no parágrafo 2º do artigo 5º,

---

<sup>263</sup> Ressaltando a importância e se buscar a fundamentação constitucional da proporcionalidade, cumpre sejam reproduzidas as palavras de Wilson Antônio Steinmetz, ao afirmar que “A fundamentação constitucional do princípio é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultados.” (STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 159).

onde resta preceituado que os direitos fundamentais não estariam inseridos no texto constitucional de forma exaustiva. A proporcionalidade seria, para essa corrente, um direito fundamental implícito.

No que se refere ao primeiro posicionamento citado, de que a proporcionalidade poderia ser deduzida a partir do princípio do Estado de Direito, conta com o apoio de autores importantes, tais como Nelson Nery Júnior<sup>264</sup>. Segundo o referido Autor, que se apóia na doutrina alemã, a proporcionalidade faria parte do próprio conteúdo do princípio do Estado de Direito. Na mesma linha, Gomes Canotilho deriva a proporcionalidade do princípio do Estado de direito a ponto de considerá-la como um dos subprincípios que concretizam o primeiro<sup>265</sup>.

Em relação ao devido processo legal substantivo, pode-se argumentar que a proporcionalidade, além da razoabilidade, lhe daria conteúdo e procedibilidade. Esse é o pensamento, dentre outros, de Raquel Denize Stumm<sup>266</sup>, para quem a proporcionalidade outorgaria procedibilidade ao Devido Processo Legal com o fito de garantir a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>267</sup>.

Como já mencionado, parte significativa da doutrina considera a proporcionalidade como um direito fundamental implícito, capaz de ser deduzida de artigos esparsos da Constituição Federal Brasileira. As razões para se qualificar a proporcionalidade dessa forma são bem expostas por Willis Santiago Guerra Filho. Segundo o referido Autor, o fato de não estar a proporcionalidade prevista, de forma expressa, no texto da Constituição Federal, não impede que seja ela reconhecida como um verdadeiro direito ou garantia fundamental, e, até mesmo, como o “princípio dos princípios”<sup>268</sup>. Ainda nessa senda, menciona o Doutrinador que a proporcionalidade “coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem

---

<sup>264</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 161.

<sup>265</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 375 et seq.

<sup>266</sup> STUMM, *Princípio...*, p. 173.

<sup>267</sup> Em que pese a matriz constitucional possa ser aceita, a função exposta pela Autora, de ver na proporcionalidade um instrumento destinado à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, baralha o instituto com a proibição de excesso que será abordada a seguir.

<sup>268</sup> GUERRA FILHO, *Processo...*, p. 64.

jurídica de um Estado de Direito Democrático”<sup>269</sup>. Daí a justificativa de se inserir a proporcionalidade no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Segundo essa última corrente, seu fundamento legal, no direito positivo nacional, erigiria do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Carta Magna não podem ser considerados exaustivos. Na mesma seara, encontra-se o pensamento de Paulo Bonavides, segundo o qual a proporcionalidade surge como uma garantia fundamental não expressa que decorre da natureza do regime, a ponto de ser considerado um verdadeiro axioma do Direito Constitucional<sup>270</sup>.

Expostas de forma sucinta as teorias, merece destaque um ponto comum, qual seja, de que a proporcionalidade encontra raízes no texto da Constituição Federal. Isso significa que, independentemente do fundamento a ser adotado, é pacífico, na Doutrina especializada sobre o tema, que se trata de instituto que pode ser deduzido do texto da Constituição Federal Brasileira de 5 de outubro de 1988. Essa constatação fundamental faz com que a proporcionalidade deva interferir em todos os ramos do Direito, e inclusive no Direito Processual Civil, tendo em vista a posição de supremacia da Carta Magna.

Estabelecido que a proporcionalidade se encontra alicerçada na Constituição Federal, cumpre sejam explicitados os exames que dela decorrem, bem como seus pressupostos de aplicação, além, é claro, de verificar sua compatibilidade com o processo.

---

<sup>269</sup> GUERRA FILHO, *Processo...*, p. 63-64.

<sup>270</sup> “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como norma jurídica global, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje um axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.” (BONAVIDES, *Curso...*, p. 436).

### 10.2.2 Os exames inerentes à proporcionalidade

A proporcionalidade submete o ato analisado a três verificações basilares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso significa que o ato (visto como um meio destinado a realizar um fim), para não ganhar a pecha de desproporcional, deve ser adequado e necessário para a promoção do fim proposto. Além disso, deve ser procedida uma análise acerca da dimensão dos prejuízos trazidos pelo meio adotado em comparação aos benefícios decorrentes da realização do fim desejado.

Isso importa verificar, em síntese, (I) se o meio é adequado empiricamente à promoção do fim, (II) se esse meio, comparando com outros eventualmente disponíveis, é o que provoca a menor restrição aos direitos fundamentais afetados, ou seja, se é efetivamente necessária a sua utilização para promover o fim, e (III) se da aplicação desse meio resultam mais vantagens do que desvantagens em comparação ao fim a ser promovido<sup>271</sup>. Esses três exames enfocam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente.

Os exemplos de aplicação, no âmbito do direito processual civil, dos exames que da proporcionalidade decorrem serão oferecidos no último capítulo do presente trabalho, momento em que será demonstrado que a jurisprudência dos tribunais brasileiros já desenvolve argumentos que, implicitamente, partem da análise de adequação, necessidade e, principalmente, da proporcionalidade em sentido estrito para decretar ou não uma invalidade no caso concreto. A jurisprudência já demonstra preocupação, *v.g.*, com a seguinte indagação: a decretação da invalidade e, por conseguinte, a valorização da segurança jurídica não trará demasiados prejuízos para o princípio da efetividade, isto é, os malefícios trazidos pelo meio (decisão que aplica a sanção de invalidade) são justificáveis em face dos prejuízos que serão ocasionados ao princípio da efetividade do processo? Essa é uma análise típica de proporcionalidade em sentido estrito, muito embora os precedentes, no mais das vezes, não explicitem estarem adotando um dos exames inerentes ao

---

<sup>271</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 148.et seq.



postulado normativo aplicativo da proporcionalidade para a solução do caso concreto.

### *10.2.3 Pressupostos para a aplicação da proporcionalidade*

A proporcionalidade exige a conformação de determinadas circunstâncias para ser aplicada. Isso quer dizer que, ausentes tais condições, não há falar na utilização da desse instrumento como ferramenta de aplicação do Direito.

Fundamental, nesse tópico, mais uma vez reproduzir as lições de Humberto Ávila:

A proporcionalidade constitui-se de um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.<sup>272</sup>

Do que foi referido pelo Doutrinador citado, depreende-se, claramente, que são duas as condições para a aplicação da proporcionalidade: Primeiro, o imbricamento de bens jurídicos; segundo, a existência de uma relação entre um meio utilizado para a realização de um fim.

O imbricamento pode, e, muitas vezes, se dá em relação a princípios. Isso ocorre freqüentemente no cotidiano da aplicação do Direito, como, por exemplo, se pode verificar entre o Princípio da Preservação da Vida Íntima da Pessoa e o Princípio da Liberdade de Imprensa; ou ainda entre o Princípio da Segurança e da Efetividade no Direito Processual Civil. No entanto, para a utilização da proporcionalidade, mister, ainda, se estar diante de colisão concreta entre princípios. A tensão entre os princípios deve acontecer no caso concreto, e não apenas abstratamente (os exemplos acima dão conta da possibilidade do conflito abstrato).

---

<sup>272</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 149-150.

Isso porque a proporcionalidade é um postulado de aplicação do Direito, o que demonstra venha a ter utilidade apenas diante de uma situação concreta de tensão.

Diante de uma colisão entre princípios contrários, surge a necessidade de flexibilizá-los, o que poderia ser feito pela hierarquização entre eles. Ocorre que a hierarquização promoveria uma situação de prevalência de um sobre o outro em todas as circunstâncias, sem levar em consideração as peculiaridades do caso em exame<sup>273</sup>. A hierarquização feriria, ainda, o já mencionado princípio da unidade da Constituição. Assim, não se deve sacrificar, *prima facie*, um princípio constitucional em detrimento de outro, pois ambos são importantes e de idêntica hierarquia. Dessarte, ao aplicador devem ser oferecidos métodos de harmonização, dentre os quais se destaca, exatamente, a proporcionalidade.

Não basta, entretanto, a tensão concreta entre princípios para que se possa utilizar a proporcionalidade. Consoante o professor Humberto Ávila, é preciso ainda uma relação de meio e fim. Ou seja, a proporcionalidade se mostra adequada quando se analisa a utilização de um meio para a realização de um fim determinado. Sem essa relação de meio e fim, não há parâmetros concretos para a aplicação do postulado<sup>274</sup>. A falta de critérios para a análise se verifica exatamente porque, sem uma relação entre meio e fim, não há como se perquirir acerca de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Note-se que as indagações inerentes à proporcionalidade partem das seguintes perguntas: o meio é adequado para a promoção do fim? O meio é necessário para a promoção do fim? O meio não traz mais prejuízos que os benefícios trazidos pelo alcance do fim? Frise-se que, sem uma relação entre meio e fim, não há como responder às perguntas formuladas por absoluta ausência de critérios para as respostas. O ato seria adequado, necessário e proporcional em sentido estrito em relação a quê? Necessariamente, uma relação de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito deve ocorrer entre dois elementos. No caso em tela, um meio escolhido para a realização de uma finalidade<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> ALEXY, *Teoría...*, p. 95.

<sup>274</sup> "Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam." (ÁVILA, *Teoría...*, p.150).

<sup>275</sup> *Ibidem*, p.150.

Fixada a premissa de que a proporcionalidade necessita, para ser aplicada, de um conflito concreto de princípios e de uma relação entre meio e fim, cumpre responder, pois de fundamental importância para as ambições do presente trabalho, se o processo seria um ambiente adequado para a aplicação do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade. Isso significa indagar, portanto, se, no processo, existem efetivamente conflitos concretos entre princípios e, ainda, se é possível vislumbrar, nesse ambiente, relações entre meios utilizados para a realização de fins.

#### *10.2.4 O processo e a proporcionalidade: uma relação indispensável*

Não restam dúvidas de que o processo apresenta problemas concretos que somente podem ser resolvidos à luz do postulado da proporcionalidade. A relação entre a proporcionalidade e o processo é, inclusive, indispensável<sup>276</sup>.

Partindo das premissas construídas acima, tem-se que, no processo, surgem, de maneira bastante freqüente, casos em que se verificam tensões concretas entre princípios antagônicos. Basta pensar no já referido conflito entre os princípios da segurança e da efetividade.

No que se refere à denominada relação entre meio e fim, da mesma forma está presente em quase todas as hipóteses. A própria concepção do processo como instrumento extirpa quaisquer dúvidas que poderiam surgir acerca do tema. Se o

---

<sup>276</sup> Muito embora trate a proporcionalidade como princípio, o que destoaria do posicionamento do presente trabalho, importantes são as conclusões de Marcelo José Magalhães Bonício, ao afirmar que “Em resumo, não constitui exagero algum afirmar que o princípio da proporcionalidade é também um princípio informativo do processo civil, isto porque é portador da esperança de um processo mais justo e equo, permitindo a visualização de eventuais distorções que o sistema processual possa apresentar e contribuindo, assim, para a solução de vários problemas deste sistema”. Prossegue o Autor destacando outro ponto fundamental, qual seja, do caráter cogente apresentado pela proporcionalidade: “Os subprincípios do princípio da proporcionalidade, para além de simples recomendações, impõem regras que não podem deixar de ser observadas e, portanto, sob a ótica destes subprincípios, o princípio da proporcionalidade é mais do que um princípio informativo, mais do que uma sugestão ou aspiração de melhora do sistema: é um fator de legitimação da atividade jurisdicional.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47).

processo se caracteriza como instrumento é porque se constitui em meio para a realização de fins, tendo como uma das maiores finalidades a justiça do caso concreto<sup>277</sup>. Todo o instrumento é meio para a consecução de fins.

Diante de tal constatação, é imperativo reconhecer que o Poder Judiciário deve utilizar o postulado da proporcionalidade na condução dos processos, tendo em vista o juiz, ao aplicar a lei processual, muitas vezes deparar com situações em que há conflitos concretos entre princípios. Os princípios em tensão são, em regra, os instrumentais: segurança e efetividade<sup>278</sup>. A aplicação da proporcionalidade garante uma melhor harmonia entre essas normas, contribuindo, ato contínuo, para o alcance do valor justiça (valor fim do processo)<sup>279</sup>. A relação entre meio e fim é clara, por exemplo, no âmbito das invalidades, porquanto a decisão que deixa de decretar a invalidade do ato atípico busca a efetividade que, no entanto, deve ser ponderada com segurança jurídica; assim como a decisão que decreta a invalidade visa, exatamente, a exaltar o princípio da segurança jurídica, sem dar as costas, entretanto, para a efetividade. Os princípios contrários se restringem mutuamente, sendo que a otimização é obtida, dentre outras formas, por meio da utilização da proporcionalidade<sup>280</sup>.

Outro ponto a ser ressaltado é de que, no âmbito do processo, surgem situações complexas que impõem ao órgão judicial uma verdadeira criação jurídica. Não se pode mais aceitar, na condição atual do Direito Processual, a concepção de que a tarefa do magistrado deva se limitar a reconhecer um direito previamente elaborado pelo legislador, ou seja, de que o juiz seria apenas um agente que reconhece o direito preexistente. Não é essa a melhor compreensão do fenômeno jurisdicional nos tempos atuais<sup>281</sup>.

Sendo a atividade jurisdicional criadora, é fundamental ressaltar a importância dos princípios e dos métodos de hermenêutica para o desempenho de tão importante função. É exatamente por meio da construção do conteúdo dos princípios

---

<sup>277</sup> DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 190.

<sup>278</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo...*, p. 18.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>280</sup> ALEXY, *Teoría...*, p. 112.

<sup>281</sup> PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n 1, mar. 2004, p. 44.

e, principalmente, pela conciliação das situações concretas de colisão mediante a utilização dos postulados de aplicação do direito que se exerce a mencionada atividade criadora<sup>282</sup>.

A utilização dos princípios e dos postulados na atividade de criação judicial não se limita às questões que envolvam o mérito da controvérsia trazida pelas partes ao processo, isto é, não apenas para solução das questões que envolvam o direito material discutido. Também no trato das matérias eminentemente processuais, devem ser utilizadas tais ferramentas, haja vista a atividade criadora incluir a resolução de problemas processuais. Assim, ao aplicar o direito, o julgador deve estar atento às necessidades de resolver colisões concretas entre princípios que digam respeito ao mérito da discussão travada pelas partes, mas, ao mesmo tempo, deve atentar para as colisões entre os princípios processuais, sendo que, em ambas as circunstâncias, devem ser usados os postulados de aplicação para a solução do problema. Por exemplo: no âmbito de uma demanda judicial que envolva o Direito Tributário, deve o magistrado estar atento aos princípios que digam respeito a esse ramo do direito material, tais como o princípio do não-confisco, princípio da legalidade estrita ou, ainda, o princípio da capacidade contributiva. Verificando uma colisão entre normas, deve utilizar os postulados para eliminar a controvérsia. Todavia, no curso do processo, podem surgir questões de índole preponderantemente processuais – dentre as quais se destacam aquelas que envolvem a análise de uma invalidade processual – ou seja, que não estejam vinculadas diretamente com o mérito, mas que também precisem de solução à luz dos princípios e postulados. Nesse caso, os princípios a serem harmonizados são de índole processual, com destaque para os já tantas vezes comentados princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade.

Mostra-se, assim, indiscutível que o processo é um ambiente fértil para a utilização da proporcionalidade.

---

<sup>282</sup> “O papel de criatividade judicial está inserido na solução jurídica construída no caso concreto, a partir de hard cases, a qual é erigida em princípios, notadamente o princípio da proporcionalidade.” (GÓES, *Princípio...*, p. 116).

Por derradeiro, é importante referir que parcela significativa da doutrina vislumbra uma relação de fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade<sup>283</sup>. No presente trabalho, entretanto, os dois postulados são tratados de forma individualizada. Isso porque a razoabilidade realmente não se confunde com a proporcionalidade<sup>284</sup>. Enquanto o postulado da proporcionalidade propõe a solução de um conflito normativo quando se está diante de uma relação entre meio e fim, a razoabilidade, segundo a precisa lição de Humberto Ávila, tem três facetas que em nada se confundem com os exames impostos pela proporcionalidade: Razoabilidade como equidade, impondo a harmonização da norma geral ao caso individual (a lei não tem condições de prever todas as peculiaridades do caso concreto); Razoabilidade como congruência, no sentido de atuar exigindo a harmonização da norma com as condições externas de aplicação (mundo); E, ainda, a razoabilidade como equivalência, ou seja, o postulado agiria para permitir um equilíbrio entre a medida adotada e o critério que a dimensiona<sup>285</sup>.

Note-se que os exames inerentes à razoabilidade não envolvem situações concretas de conflitos entre princípios<sup>286</sup>, motivo pelo qual esse postulado não será aprofundado no presente trabalho. Diferentemente ocorre com o postulado da proibição de excesso, que será tratado a seguir.

---

<sup>283</sup> Por todos, Luís Roberto Barroso, ao afirmar que “De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.” (BARROSO, *Interpretação...*, p. 224).

<sup>284</sup> “Embora reconheçamos que o debate não deixa de apresentar arroubos retóricos, não raro destituídos de fundamentação convincente, mas que não chegam a comprometer a compreensão eidética do princípio, somos inclinados a pensar que, no rigor histórico e também teórico, existam singularidades específicas que diferenciam o esquema de aplicação da cláusula da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como suas respectivas conexões ou assentos constitucionais.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212).

<sup>285</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 139.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 146-147.

### 10.3 Proibição de excesso

O postulado da proibição de excesso em nada se confunde com a proporcionalidade. Isso porque a análise imposta pelo primeiro não é a mesma exigida em decorrência da aplicação da última<sup>287</sup>.

Enquanto da proporcionalidade decorrem exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na proibição de excesso a indagação é apenas uma: a promoção de determinado direito fundamental, diante das circunstâncias do caso concreto, levará ao aniquilamento do núcleo essencial de outro direito fundamental de mesma hierarquia? Em outras palavras: uma decisão judicial que pretenda realizar um direito fundamental não pode ter como efeito colateral o condão de atingir o núcleo essencial de outro direito fundamental que também deva ser promovido no caso concreto.

A semelhança com a proporcionalidade ocorre, principalmente, em relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito. Uma análise superficial dos dois postulados poderia levar à conclusão de que os exames seriam idênticos, o que é, definitivamente, falso.

A proporcionalidade em sentido estrito exige do aplicador um raciocínio tendente a sopesar as desvantagens trazidas pelo meio utilizado com os benefícios alcançados pela promoção do fim desejado. Impõe-se uma confrontação entre vantagens e desvantagens. Eventuais prejuízos gerados pela adoção do meio podem não justificar a realização de determinado fim. Por exemplo: a decretação da invalidade processual – medida nitidamente destinada a promover o valor segurança jurídica no caso concreto – pode trazer, como efeito colateral, tamanhos prejuízos ao valor efetividade que tal medida pode não passar pelo exame da proporcionalidade estrita, isto é, pode ser considerada desproporcional mesmo que o núcleo essencial da efetividade não tenha sido atingido.

---

<sup>287</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 133.

Já no que se refere ao postulado da proibição de excesso, não são feitas confrontações entre vantagens e desvantagens, limitando-se o exame ao cuidado com a preservação do mínimo de eficácia de um dos princípios imbricados<sup>288</sup>. O objetivo do postulado em análise é, portanto, impor um raciocínio tendente a evitar o aniquilamento do núcleo essencial de um direito fundamental. Por exemplo: a não-decretação de determinada invalidade processual, mesmo diante da constatação de atipicidade – medida que tende, nitidamente, a promover o princípio da efetividade – pode, simultaneamente, impossibilitar a aplicação do princípio da segurança jurídica, o que caracterizaria excesso passível de ser censurado quando da análise do postulado da proibição de excesso. Não se exige, dessa forma, seja levado em consideração o benefício trazido pela medida adotada. É absolutamente irrelevante que a não-decretação da invalidade tenha, de fato, promovido a efetividade. Se a aplicação da sanção inviabilizou a aplicação do princípio da segurança, não importam os benefícios, mas apenas as dimensões dos prejuízos<sup>289</sup>.

Impende destacar, entretanto, que a construção do núcleo essencial de determinado direito fundamental retrata uma tarefa muito difícil. É praticamente impossível relacionar, com precisão matemática, os elementos que integram essa que deve ser a parte absolutamente intangível do direito ou, sob uma perspectiva normativa, as condições mínimas para que determinado princípio considere-se minimamente respeitado. Qual seria, *v.g.*, o núcleo essencial a ser resguardado pelo princípio da efetividade? Quanto tempo seria necessário um processo tramitar para que se possa afirmar que passou a ser um instrumento absolutamente destituído de efetividade? Note-se que tais indagações não podem ser respondidas *prima facie*, porquanto condicionadas às circunstâncias do caso concreto, sendo deveras artificial qualquer tentativa de demarcação prévia do mínimo necessário para manter a eficácia da norma.

Com efeito, o núcleo essencial somente pode ser delimitado no instante do processo de aplicação das normas de direito fundamental. Embora o início de tal

---

<sup>288</sup> “O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 133)

<sup>289</sup> Em que pese relacionado ao direito tributário, o seguinte exemplo de Humberto Ávila auxilia no esclarecimento do tema: “Nessa hipótese, a ponderação de princípios demonstra que a aplicação de uma norma (competência do Estado para obter receita) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de outra (garantia da propriedade).” (ÁVILA, *Sistema...*, p. 103).



tarefa construtora ocorra, de fato, no plano abstrato, essa é uma construção apenas provisória e inicial. O problema relativo ao seu dimensionamento se refere, fundamentalmente, ao plano da aplicação do direito<sup>290</sup>.

No que se refere ao fundamento do postulado da proibição de excesso, tem-se que se situa na idéia de que todos os direitos e princípios fundamentais não podem ser atingidos em seu núcleo essencial, sob pena de deixarem de conservar um mínimo de eficácia<sup>291</sup>. São os próprios princípios que impõem uma barreira ao aplicador, sendo a proibição de excesso apenas uma decorrência dessa constatação.

Enfim, o certo é que cada direito fundamental tem o seu núcleo essencial, sendo que tal núcleo é protegido, exatamente, pelo postulado que acaba de ser sucintamente descrito.

## **11 Invalidades na perspectiva dos princípios constitucionais harmonizados diante das circunstâncias do caso concreto**

Definido que a realização dos valores constitucionais é tarefa a ser perseguida incansavelmente por quem lida com o processo judicial e que, portanto, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas segundo essa

---

<sup>290</sup> Ressaltando que a definição do conteúdo das normas constitucionais depende das circunstâncias do caso concreto, é importante reproduzir Konrad Hesse: "Sob o aspecto das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e 'realidade', portanto, não podem ser isoladas uma da outra. O mesmo vale para o próprio procedimento de realização. O conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar somente sobre a base das exigências – que se expressam, sobretudo, na forma de um texto lingüístico – que estão contidas na norma, e precisamente tanto menos quanto mais geral, incompleto, indeterminado é formulado o texto da norma. Para poder dirigir a conduta humana na situação respectiva carece, por isso, a norma, em geral, mais ou menos fragmentária, de concretização. Essa só é possível ao, do lado do contexto normativo, as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, ser incluídas no procedimento: a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima dessas particularidades se ela não quer desacertar a situação problemática, cujo vencimento é importante para a Constituição." (HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 49-50).

<sup>291</sup> ÁVILA, *Sistema...*, p. 389.

realidade<sup>292</sup>, cumpre mencionar a necessária submissão do instituto das invalidades a essa orientação fundamental de respeito aos princípios superiores<sup>293</sup>.

Como segurança e efetividade são princípios indispensáveis para a caracterização do processo justo, deve o processo ser conduzido da forma mais segura e efetiva possível<sup>294</sup>. Apenas com a promoção do máximo de segurança e efetividade será possível se atingir o tão desejado processo justo e, por conseguinte, viabilizar a justiça do caso concreto.

Ponto crucial a ser ressaltado é de que segurança e efetividade são princípios absolutamente contrários. Quanto mais seguro o processo, menos efetivo tende a ser. Inversamente, quanto mais efetivo, será naturalmente menos seguro. Essa a imensa dificuldade que se apresenta ao aplicador do direito, qual seja, equilibrar, diante das circunstâncias do caso concreto, as exigências impostas por princípios rigorosamente conflitantes<sup>295</sup>. A conciliação das referidas normas em hipóteses concretas de colisão passa a ser, juntamente com a análise do material probatório e com a correta interpretação do direito material pertinente ao caso, o grande desafio a ser atingido pelo Poder Judiciário com a colaboração das partes, a fim de que a justiça do caso seja efetivamente promovida<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> Os princípios da segurança e efetividade retratam verdadeiros direitos fundamentais e estão situados no artigo 5º da Constituição Federal. Nesse contexto, é importante reproduzir o seguinte comentário de José Afonso da Silva acerca da eficácia das normas constantes no referido artigo: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.” (AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165).

<sup>293</sup> “Não se deve, portanto, interpretar as regras sobre forma sem levar em conta os valores maiores que as inspiram.” (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 486).

<sup>294</sup> “Los principios ordenan que algo debe se realizado en la mayor medida posible, temendo en cuenta las posibilidades jurídicas y facticas.” (ALEXY, *Teoría...*).

<sup>295</sup> “O fenômeno do antagonismo, de tensão ou de colisão entre princípios de um mesmo sistema jurídico – tanto mais quando tais princípios estejam consagrados no nível constitucional – é, sem dúvida, um dos maiores desafios postos ao jurista contemporâneo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização. In: PROCESSO, estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2006, p. 05).

<sup>296</sup> “Essa dupla perspectiva, que visa a conciliar a segurança jurídica com a equidade e o interesse geral, tem como consequência que a maioria dos problemas jurídicos é resolvido não pelo enunciado da única resposta evidente, e sim por um arranjo que resulta, em geral, de um esforço de preservar os diversos valores que se devem salvaguardar.” (PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 567).

As conclusões acima são confirmadas, na íntegra, pelas conclusões de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quando afirma, sob uma perspectiva deontológica e, por essa razão, se referindo diretamente a princípios e não a valores<sup>297</sup>, que a segurança jurídica e a efetividade estão em constante tensão ao longo da marcha procedimental, sendo que a organização do processo e do procedimento passa, exatamente, pelo equacionamento de tal situação<sup>298</sup>.

É imperativo reconhecer, ao mesmo tempo, que poucos institutos do direito processual civil guardam tão íntima e inexorável relação com os princípios da segurança e da efetividade como o das invalidades. Nos capítulos 6 e 8 do presente trabalho, foram relacionadas as regras e os princípios do Código de Processo Civil que disciplinam as invalidades processuais, tendo ficado claro que todos eles ora apontam para a realização da segurança, ora para a promoção da efetividade. Não há dúvidas, por exemplo, de que o princípio da instrumentalidade das formas visa a promover o valor efetividade. Ao contrário, as inúmeras invalidades cominadas ao longo dos artigos do Código de Processo Civil objetivam, claramente, realizar o valor segurança. A disciplina das invalidades interfere, portanto, decisivamente nos princípios da efetividade e da segurança no processo. Processo repleto de invalidades decretadas certamente tenderá a ser menos efetivo, ao passo que um processo completamente livre de invalidades provavelmente promoverá, com mais intensidade, o valor efetividade.

Conclusão necessária a partir de tal constatação é de que não basta ao aplicador do direito decidir acerca da decretação ou não de determinada invalidade com base apenas nas regras e princípios positivados no Código de Processo Civil sem considerar, como ponto central de análise e sob uma perspectiva deontológica, se a decisão é capaz de conciliar, de forma adequada, os princípios da efetividade e

---

<sup>297</sup> “La diferencia entre principios y valores se reduce así a um ponto. Lo que en modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios prima facie debido; y lo que en modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo em virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.” (ALEXY, *Teoría...*).

<sup>298</sup> “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Processo...*, p. 9).

da segurança no caso concreto<sup>299</sup>. Caso a conciliação reste frustrada, o processo justo não terá sido alcançado.

Dizer que o processo deve respeito ao princípio da segurança significa que deve ser, na medida do possível, o mais seguro possível<sup>300</sup>. Todavia, ao mesmo tempo, em face do necessário respeito ao princípio da efetividade – norma de mesma importância e hierarquia –, o processo deve ser, também, o mais efetivo possível. Somente assim, sendo ao mesmo tempo seguro e efetivo, terá a potencialidade de produzir a justiça no caso concreto. Isso significa que segurança e efetividade são condições necessárias para o processo justo.

Reitere-se que poucas decisões ao longo do procedimento influenciarão tanto na promoção dos princípios da segurança e da efetividade quanto aquelas que decidam por aplicar ou não a sanção de invalidade. Por essa razão, poucas decisões serão tão importantes para a realização do processo justo quanto as que se pronunciam sobre invalidades.

Dessa forma, é indispensável que o exame da invalidade tenha como referencial básico o equilíbrio entre segurança e efetividade, o que será atingido, apenas, com o auxílio dos postulados normativo-aplicativos já relacionados alhures. Tais postulados, que não deixam de ser verdadeiros métodos de hermenêutica, são os únicos capazes de fornecer ao aplicador do direito as condições de equacionar, da melhor forma possível, a tensão concreta entre os princípios conflitantes.

O conflito normativo concreto deve ser resolvido, portanto, por meio da criação de uma regra específica de colisão<sup>301</sup>. Essa regra deve ser construída a

---

<sup>299</sup> Enaltecendo a necessidade de se compatibilizar as garantias do devido processo legal com o princípio da efetividade, é importante transcrever a seguinte passagem de Cássio Scarpinella Bueno: “O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual é o do princípio da efetividade da jurisdição ou do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148).

<sup>300</sup> ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 65.

<sup>301</sup> “Por lo tanto, vale lo siguiente: como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta com carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso.” (ALEXY, *Teoría...*, p. 99).

partir da idéia de que, diante da inexistência de hierarquia entre as normas em tensão, não há falar em preferência *prima facie* por um ou por outro princípio<sup>302</sup>. Os postulados são os únicos instrumentos hábeis a proporcionar o referido equilíbrio com uma margem significativa lógica, haja vista fornecerem critérios objetivos para a solução do conflito. Importante ressaltar que não basta fazer menção apenas à ponderação, porquanto, como já mencionado anteriormente, esta, isoladamente, não traz ao aplicador mecanismos objetivos para a solução do imbricamento. Seria demasiadamente arbitrária a escolha pela prevalência de um ou de outro princípio sem a indicação dos critérios de escolha. Tais referenciais são fornecidos, exatamente, pelos postulados da proporcionalidade e da proibição de excesso.

As circunstâncias do caso concreto passam a ter uma importância capital para a decretação da invalidade, o que referenda a teoria segundo a qual esta somente passa a existir a partir da decretação judicial. Tais circunstâncias, muitas vezes, se encontram, sob o ponto de vista temporal, situadas posteriormente ao ato viciado, razão pela qual é impossível se falar em invalidade antes do pronunciamento judicial específico. Por exemplo: a citação realizada em desconformidade com os preceitos legais é, apenas, um ato processual viciado, mas, por si só, ainda não um ato inválido. Será inválida se violar demasiadamente o princípio da segurança e, ainda, se a decretação da invalidade não aniquilar definitivamente a possibilidade de aplicação do princípio da efetividade. Essa análise somente é possível a partir do caso concreto, como, por exemplo, se constata que o demandado teve ciência da demanda mesmo diante da atipicidade do ato citatório.

A constatação de que os fatos influenciam sobremaneira na decretação da invalidade também explica por que determinados vícios são atingidos pela sanção de invalidade em alguns processos e, em outros, mesmo se tratando de vício idêntico sob o ponto de vista formal, não se decreta a invalidade. Isso ocorre exatamente porque as circunstâncias fáticas variam de processo para processo, fazendo com que, por exemplo, uma citação atípica gere a invalidade de determinado processo, mas, diante de outras circunstâncias, transite inatingível por

---

<sup>302</sup> “Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância.” (ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 66).

qualquer sanção que lhe usurpe efeitos em outro. Não há forma alternativa de resolver o conflito entre efetividade e segurança senão com base nas circunstâncias do caso concreto<sup>303</sup>.

É verdade que, muitas vezes, o legislador cria a regra de colisão entre os princípios conflitantes. Isso se dá mediante a elaboração de dispositivos legais que, por vezes, conferem prevalência à efetividade e, em outros casos, tendem a privilegiar a segurança. O artigo 247 do Código de Processo Civil, que, por exemplo, prevê que as citações e intimações serão nulas se não obedecerem à forma legal, é típica norma, criada pelo legislador infraconstitucional, que soluciona um conflito abstrato entre princípios dando primazia ao princípio da segurança em detrimento da efetividade.

Contudo, a regra de colisão também pode ser construída judicialmente, seja por inexistir equacionamento legal prévio ou, ainda, pelo fato de a regra legal de colisão se mostrar inapropriada para a solução do problema à luz das circunstâncias peculiares do caso. Supor que todos os conflitos envolvendo princípios constitucionais possam ser resolvidos pelo legislador infraconstitucional negaria a própria idéia de princípio, pois restariam transformados em regras infraconstitucionais<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> Acerca do juízo valorativo e, principalmente, instável que caracteriza a decisão que visa a solucionar um conflito concreto entre princípios de mesma hierarquia, cumpre sejam reproduzidas as palavras de Riccardo Guastini: “A tecnica generalmente impiegata dai giudici costituzionali (non solo italiani) in casi del genere va sotto il nome di ponderazione (o bilanciamento) dei principi, e consiste nell’istituire tra i due principi coinvolti una gerarchia: a) assiologica, b) móbile.

a) Una gerarchia assiologica, come si ricorderà, è una relazione di valore istituita dall’interprete mediante un suo giudizio di valore. Per risolvere l’antinomia in questione non vi altro modo che accordare ad una delle due norme confliggenti un maggior “peso”, ossia un maggior “valore”, rispetto all’altra. La norma dotata di maggior valore prevale, nel senso che è applicata; la norma assiologicamente inferiore soccombe – non nel senso che risulti invalida o abrogata, si badi bene, ma – nel senso che viene accantonata.

b) Una gerarchia móbile, d’altro canto, è una relazione instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe rovesciarsi all’occasione di un caso concreto diverso. Il giudice costituzionale, in altre parole, non soppesa il valore dei due principi in astratto e una volta per tutte, ma valuta invece il possibile impatto della loro applicazione al caso concreto. Non è escluso che, in un caso diverso, il principio che oggi è stato accantonato trovi applicazione, e il principio che oggi è stato applicato venga invece accantonato.” (GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*: lezioni. Torino: G. Giappichelli, 2001, p.109).

<sup>304</sup> Nesse ponto, cumpre transcrever as lições de Eduardo Talamini: “Mas supor que todos os conflitos entre valores constitucionais poderiam ser solucionados na lei infraconstitucional significaria esvaziar o conteúdo constitucional dos princípios. A essência do princípio, como se viu, (n. 3.1), reside na maleabilidade de sua incidência em face do caso concreto, de modo a compatibilizar-se com outros princípios. Em primeiro lugar, a idéia de que o legislador infraconstitucional poderia – de

Especificamente sobre a construção da regra tendente a eliminar a tensão entre princípios imbricados concretamente no processo, cumpre sejam enaltecidas e transcritas, na íntegra, as observações precisas de Teori Albino Zavascki:

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção de regra pela via judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi à base de mera intuição) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador.<sup>305</sup>

Como ressaltado pelo Professor, muitas vezes a regra de colisão não é elaborada pelo legislativo, ou, mesmo quando elaborada, é incapaz de resolver adequadamente a colisão em face de peculiaridades constatadas no caso concreto. A criação judicial é necessária, dessa forma, não somente em hipóteses de lacuna, mas também nos casos em que a “intuição” do legislador falhe ao tentar prever a melhor forma de equacionar o “conflito concretizado”. Diante de tal constatação, a solução deve passar pela criação judicial de uma regra de colisão que obedeça, exatamente, aos postulados normativo-aplicativos disponíveis no sistema<sup>306</sup>.

---

antemão e integralmente – predefinir essa incidência teria por resultado transformar todo o princípio constitucional em regra infraconstitucional. Depois, nessa perspectiva, os princípios seriam normas destinadas unicamente ao legislador: um princípio apenas poderia incidir diretamente quando não houvesse conflito entre valores (hipótese, de resto, incompatível com uma ordem jurídica que consagra a pluralidade de valores). Vale dizer, incidiria de modo direto precisamente quando desnecessária (ou menos necessária) a sua incidência como ‘mandado de otimização’. Recai-se, assim, na negação da essência do princípio.” (TALAMINI, *Coisa...*, p. 575).

<sup>305</sup> ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 63.

<sup>306</sup> Eis as sugestões do referido Professor para promover o equilíbrio entre os princípios em tensão:  
 “a) Princípio da necessidade, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;  
 b) Princípio da menos restrição possível, também chamado de princípio da proibição de excessos, que está associado, sob certo aspecto, também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;  
 c) Princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a substância elementar.” (Ibidem, p. 63).

O estágio atual de evolução do direito não pode aceitar uma atividade jurisdicional que se limite a ser a “boca da lei”, consoante verificado entre os séculos XVIII e a primeira metade do século XX, momento em que predominou, na Europa continental, uma mentalidade comprometida com a lógica do positivismo jurídico<sup>307</sup>. Após o segundo pós-guerra, com o fortalecimento da concepção de um Poder Judiciário independente dos demais Poderes e, sobretudo, com funções destacadas, a prestação jurisdicional passa a ter caráter criador, a ser desempenhada por meio do exercício de uma discricionariedade controlada, principalmente, pela motivação das decisões judiciais<sup>308</sup>. Nicola Picardi ressalta, de forma precisa, que é visível a necessidade de se ampliar os poderes do juiz, a ponto de se permitir sua intervenção em questões que, no passado, estavam reservadas ao legislador<sup>309</sup>.

As decisões que digam respeito às invalidades devem ser concebidas como produtoras de regras de colisão entre os princípios da segurança e da efetividade. Trata-se de verdadeira atividade criadora que deve levar em conta os dois princípios instrumentais do processo (segurança e efetividade), e não apenas a segurança jurídica. Essa a razão pela qual não se pode concordar com a afirmação, recorrente na doutrina, de que a invalidade processual não deve ser decretada quando não houver prejuízo.

Primeiro, quando se fala de prejuízo, está-se fazendo referência a que tipo de prejuízo? A análise da doutrina que sustenta essa idéia demonstra que o prejuízo seria a uma das garantias inerentes ao devido processo legal, ou seja, se considera prejudicado o litigante que não teve acesso, por exemplo, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, dentre outras. Ocorre que esta análise está levando em consideração apenas o princípio da segurança jurídica, sem se preocupar com os possíveis prejuízos infligidos ao princípio da efetividade. Trata-se, portanto, de análise insuficiente, porquanto confere, *prima facie*, um peso maior ao princípio da

---

<sup>307</sup> PICARDI, La vocazione..., p. 64.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>309</sup> “L’espansione dell’ambito dell’intervento giurisdizionale si coglie, comunque, non solo sul piano processuale, ma, anche, e soprattutto, in rapporto al diritto sostanziale. La verità é che oggi il giudice è chiamato a svolgere funzione che, ieri, sembravano riservate ad altre sedi istituzionali. Si registra, infatti, um considerevole aumento dei poteri del giudice, sai nei confronti della legislazione che dell’amministrazione.” (Ibidem, p. 44).



segurança em detrimento da efetividade, sem considerar os imensos “prejuízos” que podem estar sendo gerados ao último.

Note-se que, mesmo havendo prejuízo à segurança jurídica, as circunstâncias do caso concreto podem apontar prejuízos ainda maiores ao princípio da efetividade, fato que pode ensejar a não-decretação da invalidade<sup>310</sup>. No último capítulo do trabalho, serão relacionados precedentes jurisprudenciais que indicam, exatamente, essa postura conciliadora, muito embora a jurisprudência não faça referência expressa ao método ora proposto.

A proposta ora defendida tem condições de evitar, inclusive, o subjetivismo excessivo e, por essa razão, indesejável, de submeter a decretação ou não da invalidade aos fins de justiça do processo<sup>311</sup>. A menção vaga aos “fins de justiça” é realmente inaceitável por quase nada objetivar. Ao ser adotado o raciocínio ora explanado, pode-se afirmar que a justiça que deve servir de parâmetro para a análise da invalidade processual é aquela relacionada com o já mencionado processo justo, concebido como aquele capaz de promover, simultaneamente, a segurança e a efetividade de forma proporcional e, principalmente, sem inviabilizar a aplicação de nenhum dos referidos princípios.

---

<sup>310</sup> Ressaltando a relativização do princípio da segurança jurídica e, principalmente, a utilidade da proporcionalidade como ferramenta apta a equilibrar os princípios em tensão, são as afirmações de José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que “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 razão por que se admitem liminares e outras tutelas informadas por cognição limitada sem que o destinatário possa defender-se adequadamente, ou seja, antes de se verificarem os respectivos efeitos.” (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 486).

<sup>311</sup> Essa crítica é feita com contundência por Egas Moniz de Aragão à teoria de Calmon de Passos e pode ser demonstrada com a transcrição da seguinte passagem de recente ensaio publicado pelo Autor: “Não concordo com a proposta do mestre baiano e o disse francamente: ‘Afigura-se por demais subjetiva a apreciação desses fins de justiça do processo, chave com a qual não se poderá abrir a porta que dá acesso à compreensão do texto do Código, visto que a cada qual poderá parecer que tais fins foram atingidos, mesmo em face de vícios os mais graves. Por outro lado, tem-se a impressão de que os fins de justiça do processo antes constituem um lema a ser observado pelo legislador, quando elaborar a lei relativa às nulidades, que um padrão de exegese a ser aplicado pelo juiz em cada caso concreto.’”(MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Nulidade, invalidade, “jardinagem.” In: INSTRUMENTOS de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 180).

O raciocínio aqui sustentado – de submeter a análise das invalidades a um juízo de ponderação – já ocorre no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. A redação do artigo 27 da Lei 9868/99<sup>312</sup>, que regula o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, introduz exatamente a proporcionalidade como critério a ser utilizado na determinação da extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc* ou *ex nunc*). Trata-se de análise muito semelhante à que está sendo proposta no presente trabalho. A única diferença reside no fato de que, no âmbito do controle de constitucionalidade, a proporcionalidade é usada para a determinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao passo que aqui é parâmetro de avaliação da própria decretação da invalidade.

Por fim, impõe-se advertir que a proposta ora defendida não tem o objetivo de afastar a disciplina infraconstitucional existente sobre o tema. Não se advoga, de maneira alguma, seja o Código de Processo Civil esquecido quando do exame de uma invalidade processual. Muito pelo contrário, pois o Código é o primeiro referencial adotado. Somente se pode cogitar a existência de uma invalidade a partir da constatação da atipicidade, o que exige uma confrontação inicial entre o ato praticado e o tipo delineado pelo legislador infraconstitucional. Entretanto, a atipicidade, muito embora seja condição necessária para a decretação da invalidade, não é condição suficiente.

É a partir da atipicidade concretizada que se inicia o exame do caso à luz dos princípios da efetividade e da segurança. Essa análise em nada desmerece as demais regras do Código e muito menos os princípios nele contidos, até porque, como já demonstrado, essas normas existem exatamente para promover os princípios superiores. O que se impõe, definitivamente, é que os princípios constitucionais, hierarquicamente superiores às regras e aos princípios do Código de Processo Civil<sup>313</sup>, forneçam as diretrizes hermenêuticas básicas capazes que

---

<sup>312</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>313</sup> Enaltecendo que as regras e os princípios infraconstitucionais devem se dobrar aos princípios constitucionais, são valiosas, mais uma vez, as lições de Humberto Ávila ao afirmar que “Em primeiro lugar, é preciso verificar se há diferença hierárquica entre as normas: entre uma norma

permitam extrair do texto da legislação infraconstitucional o conteúdo normativo mais adequado para a solução do caso concreto. Nunca é demais lembrar, como já referido alhures, que a norma não necessariamente se identifica com um artigo de lei, mas sim com o resultado de um esforço interpretativo de um conjunto de disposições legais, com preferência àquelas que se situam no vértice maior do ordenamento jurídico. Essa realidade é confirmada no caso das invalidades no processo civil, em que os dispositivos do Código, como já explicitado em capítulo próprio, não apresentam a sistematização desejada (muitas vezes até contraditórios)<sup>314</sup>, o que impõe, decisivamente, a utilização de princípios superiores para se extrair a melhor interpretação que se adapte ao caso concreto.

Exposto que a decisão que decreta ou não uma invalidade processual nada mais é do que fonte criadora de uma regra de colisão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade, sendo os critérios usados na elaboração de tal regra fundamentais para o alcance do fim último do processo, qual seja a justiça do caso<sup>315</sup>, cumpre tecer considerações acerca da relação existente entre os vícios e a sanção de invalidade, bem como as repercussões trazidas pela coisa julgada junto aos defeitos do processo.

## **12 A decretação da invalidade, a regularização dos atos atípicos e sua relação com a coisa julgada**

Constatada a atipicidade do ato processual, deve o magistrado, antes de aplicar ou não a sanção de invalidade, fazer uma análise envolvendo os princípios

---

constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 105).

<sup>314</sup> Dentre as contradições que podem ser constatadas no texto do Código de Processo Civil, chama a atenção aquela existente entre os artigos 247 e parágrafo 1º do artigo 249. Note-se que, enquanto o primeiro determina expressamente seja a nulidade decretada quando as intimações ou citações forem atípicas, o último aponta para a não-decretação da invalidade quando não houver prejuízo à parte.

<sup>315</sup> Ressaltando a importância de uma relação proporcional entre os meios e o fim do processo, cumpre sejam reproduzidas as idéias de Calos Alberto Alvaro de Oliveira quando afirma o seguinte: “Aspecto importante dessa função pacificadora e de controle social é constituído pela maior eficiência da administração da justiça, questão que só pode ser visualizada à luz da relação de proporcionalidade entre os meios disponíveis e o fim a ser alcançado”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 68).

constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, a fim de concluir qual deve prevalecer no caso concreto à luz dos postulados normativos aplicativos já expostos no trabalho. Concluída a verificação sugerida, chegará o aplicador a uma das três conclusões a seguir: a) deixa de decretar a invalidade e permite que o ato processual atípico, sem qualquer repetição ou retificação, continue produzindo efeitos, como, por exemplo, ocorre quando deixa de invalidar citação defeituosa caso o réu compareça espontaneamente e ofereça defesa dentro do prazo; b) resolve não aplicar a sanção de invalidade, mas determina que o ato atípico seja corrigido (repetido ou retificado), como, por exemplo, nas hipóteses de irregularidade de representação da parte em que o juiz determina seja procedida a regularização da representação; c) aplica a sanção de invalidade para usurpar efeitos do ato invalidado, v.g., quando o tribunal decreta a invalidade da sentença por ausência de fundamentação e, com isso, determina a remessa dos autos à origem para que nova decisão seja prolatada (manda repetir o ato).

Na primeira hipótese referida acima, o vício não produz quaisquer conseqüências no curso do procedimento. Nesse caso, o magistrado está fazendo com que prevaleça o princípio da efetividade em detrimento da segurança jurídica. A opção pela não-decretação da sanção de invalidade e, nem ao menos, pela repetição ou retificação do ato atípico, faz com que os efeitos dos atos processuais praticados até então restem intocados, o que contribui para a celeridade do processo e, conseqüentemente, por ser a celeridade um dos elementos centrais da efetividade, para a realização do próprio princípio da efetividade.

Cumprе ressaltar que não se está falando dos atos meramente irregulares, descritos por alguns doutrinadores como sendo atos processuais revestidos de vícios de menor importância que, por essa razão, não devem jamais ser considerados inválidos<sup>316</sup>. Como exemplos de meras irregularidades, Antonio Janir

---

<sup>316</sup> Vicente Greco Filho define a irregularidade, no sentido mencionado no texto, da seguinte forma: “A irregularidade representa a violação mínima da norma instituidora do modelo e que não acarreta ineficácia. Ora a mera irregularidade não tem qualquer sanção, por exemplo, a violação da norma contida no art. 169, que prescreve que os atos devem ser escritos com tinta escura e indelével ou que é vedado usar abreviaturas, ora a sanção é extraprocessual, não interferindo no andamento do processo, como o excesso de prazo praticado pelo juiz, que pode acarretar-lhe sanções disciplinares, não invalidando, porém, o ato praticado fora do tempo.” (GRECO FILHO, *Direito...*, p. 42).

Dall'agnol Jr. faz menção às folhas dos autos não rubricadas pelo escrivão e ao descumprimento dos prazos por parte do juiz ou dos serventuários<sup>317</sup>.

Não há um critério seguro para a qualificação do ato como sendo meramente irregular. Quando se estaria diante de um vício de menor importância? Mais especificamente: quando um vício caracteriza mera irregularidade? Não há respostas precisas para as perguntas formuladas. Todavia, o tema parece se resolver a partir do método sugerido no presente trabalho, ou seja, por meio da aplicação dos princípios constitucionais da segurança e da efetividade.

Adotando-se as conclusões construídas ao longo do texto, se pode afirmar que não se decreta a invalidade, nos exemplos mencionados pela doutrina como sendo de atos meramente irregulares, porque, nesses casos, o princípio da efetividade deve, em regra, prevalecer sobre o princípio da segurança. Isso porque a ausência da rubrica ou ainda o descumprimento do prazo por parte do juiz ou do serventuário não prejudicam, em nada, a segurança jurídica. Tais transgressões preservam íntegras as garantias do devido processo legal, que, como já visto alhures, traduzem a essência do valor segurança no âmbito do Direito Processual. A atipicidade existe ou não existe, sendo inviável uma construção que tente mensurar a gravidade do vício com base, apenas, na sua própria forma.

Na segunda hipótese mencionada, a sanção de invalidade também não é aplicada, mas, ao contrário da situação anterior, a não-decretação fica condicionada a atitudes tendentes à regularização do vício. É freqüente a adoção dessa conduta nos casos de irregularidade de representação processual<sup>318</sup>, como, por exemplo, quando a pessoa jurídica litigante está representada por advogado que junta aos autos apenas a procuração, mas não o contrato social da empresa. Nesse caso, o juiz, antes de aplicar a sanção de invalidade, deve proporcionar à parte causadora do defeito que atue no sentido de sanar o vício, sob pena, aí sim, de aplicar a

---

<sup>317</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, *Invalidades...*, p. 38.

<sup>318</sup> O *caput* do artigo 13 do Código de Processo Civil traz a seguinte redação: "Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade de representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito".

sanção de invalidade. Note-se que a regularização é do vício, e não da invalidade<sup>319</sup>. Não haveria sentido algum em se aceitar a regularização da própria invalidade, porquanto esta é uma sanção que é aplicada ou não. Após a aplicação da sanção, o que pode ocorrer, no máximo, é que, por intermédio de recurso, a decisão que decretou a invalidade seja cassada ou reformada por órgão superior, mas isso não significa que a invalidade tenha sido sanada. O vício se sana exatamente para evitar a invalidação.

É importante destacar que, no âmbito das invalidades processuais, todos os vícios apresentam aptidão de serem sanados<sup>320</sup>. Não há nenhuma atipicidade que, em si, traga o germe da inviabilidade de correção<sup>321</sup>. A impossibilidade de sanção somente advirá se o ato processual não passar pelo exame já tantas vezes mencionado de compatibilidade entre os princípios da efetividade e da segurança. Nas demais hipóteses, ou o vício deve ser desprezado (alternativa “a” acima); ou corrigido para que a invalidade não seja decretada<sup>322</sup>.

Circunstância mais delicada surge quando o magistrado resolve aplicar a sanção de invalidade. Nesse caso, existe uma necessidade de determinar, com exatidão, quais os atos processuais atingidos<sup>323</sup>. E mais: segundo o artigo 249 do Código de Processo Civil, deve o julgador ainda mencionar quais as providências a serem realizadas em relação ao próprio ato sancionado e aos demais atingidos, a fim de que sejam repetidos ou retificados. Note-se que a repetição ou retificação

---

<sup>319</sup> “De rigor, o ser sanável não diz respeito à invalidade propriamente, que mais não é do que denominação de conceito, senão que ao defeito, ao vício. Este é que é, em realidade, eventualmente possível de saneamento.” (DALL’AGNOL JR. Antonio Janyr. Saneamento de defeitos pelo tribunal. In: INSTRUMENTOS de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34).

<sup>320</sup> Segundo José Roberto dos Santos Bedaque: “Qualquer vício processual, por mais grave, deve ser ignorado se o objetivo for atingido.” (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 448).

<sup>321</sup> “Qualquer que seja a hipótese de nulidade, deve o juiz providenciar, se possível, a sanção do vício, a fim de que não seja necessário decretá-la.” (TESHEINER, *Pressupostos...*, p. 100).

<sup>322</sup> É importante reproduzir as conclusões de Carlos Furno quando ressalta a incompatibilidade de se aplicar o instituto da retificação às decisões judiciais que contenham vícios: “Como si è potuto vedere, la rinnovazione non riguarda soltanto gli atti di parti, ma può anche riguardare (e in pratica accade sovente) atti di ufficio: precisamente, atti del cancelliere (p. es, comunicazioni) e dell’ufficiale giudiziario (p. es, notificazioni); non, invece, gli atti del giudice come tale (provvedimenti).” (FURNO, Carlos. Nullità e rinnovazione degli atti processuali. In: STUDI in onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951, p. 465).

<sup>323</sup> O *caput* do artigo 249 do Código de Processo Civil é claro no sentido de impor ao juiz um pronunciamento claro acerca de quais os atos serão atingidos pela decretação da nulidade.

pressupõem, nesse caso, a decretação da invalidade, diferentemente da hipótese anteriormente citada em que a retificação ou repetição se dão com o objetivo de evitar a aplicação da sanção de invalidade. No caso da invalidação de uma citação, por exemplo, o juiz determinará sua repetição com o objetivo de garantir o contraditório e a ampla defesa, entretanto, a invalidade já está decretada e, por isso, os efeitos do ato invalidado usurpados, diferentemente do exemplo da irregularidade de representação, no qual a retificação se dá para evitar a sanção.

O critério sugerido pela lei para a definição dos atos atingidos passa pelo já mencionado princípio da causalidade. Segundo o artigo 248 do Código de Processo Civil<sup>324</sup>, invalidado determinado ato do procedimento, reputam-se sem nenhum efeito todos os atos que lhe sejam subseqüentes e desde que se verifique uma relação de dependência entre eles.

Assim, pela disciplina legal vigente, dois são os critérios para que um ato processual seja atingido pela decretação da invalidade de outro. Primeiramente, o ato deve ser posterior ao ato invalidado, porquanto a lei usa, de forma expressa, o termo “subseqüente”. A segunda exigência legal diz respeito ao fato de serem os atos subseqüentes dependentes do ato invalidado, isto é, os atos independentes ficam livres de qualquer contaminação.

No que tange à posterioridade, não há maiores dificuldades de compreensão, haja vista o critério ser eminentemente temporal. Isso quer dizer que somente poderão ser atingidos pela invalidade decretada os atos posteriores ao ato anulado, passando os anteriores indiferentes a este pronunciamento. Por exemplo: a invalidade de um acórdão de tribunal estadual, por parte do STJ ou do STF, em nada afeta a sentença e os demais atos de instrução praticados em primeira instância, haja vista o acórdão (ato invalidado) ser posterior aos atos praticados em primeiro grau de jurisdição.

---

<sup>324</sup> A redação do referido artigo é a seguinte: Artigo 248: “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”.

Já no que se refere ao critério da dependência, a análise é mais complexa. Isso porque relação de dependência é algo que deve ser verificado no caso concreto. Não há, no Código de Processo Civil, um dispositivo disciplinando quais os critérios balizadores da dependência entre dois ou mais atos processuais; ou, ainda, que atos processuais guardariam, *prima facie*, relação de dependência entre si. Em face da ausência de disciplina legal da matéria, cumpre ao intérprete construir as soluções caso a caso.

Sugestão adequada para encontrar a idéia de dependência parece estar ligada a uma relação de indispensabilidade entre os atos do procedimento, ou seja, deve ser considerado dependente o ato posterior ao anterior anulado quando este for indispensável para a prática daquele<sup>325</sup>. Por exemplo: a invalidade da intimação da parte para comparecer à audiência com o objetivo de prestar depoimento pessoal invalida a própria audiência. Nesse caso, a validade do ato posterior (audiência) depende, inexoravelmente, da validade dos atos preparatórios de sua realização (intimações das partes para comparecerem). Ou seja, é indispensável para a realização da audiência que os interessados sejam regularmente convocados a comparecer, o que elucida o vínculo de dependência e a conseqüente contaminação do ato posterior pela invalidade do anterior.

Diferentemente ocorre, por exemplo, com o depoimento de uma testemunha, considerado inválido por esta não ter sido compromissada, em relação ao de outra testemunha que foi ouvida posteriormente com o cumprimento das formalidades legais. Isso porque um depoimento não é indispensável para o outro. Trata-se de atos processuais que, independentemente da ordem cronológica em que foram praticados, não são indispensáveis entre si. O segundo depoimento não precisa do anterior para ser colhido e, por isso, é dele independente.

Quanto à iniciativa na decretação da invalidade, tem-se que deve ser do juiz sempre que constate um prejuízo exagerado para a segurança jurídica. Isso significa que, verificando o magistrado que a efetividade deve ceder em prol da segurança à

---

<sup>325</sup> Essa a orientação sugerida por Roque Komatsu ao afirmar que “A dependência é um liame que liga o ato sucessivo ao antecedente, não apenas em razão da cronologia e da posição no procedimento, mas, fundamentalmente, porque esse (o antecedente) evidencia-se como indispensável para a realização daquele (o sucessivo).” (KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 274).



luz das particularidades do caso concreto, não deve hesitar em decretar a sanção de invalidade, independentemente de provocação das partes. Isso porque, no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais, os interesses público e privado se confundem<sup>326</sup>. Não se pode admitir que um processo efetivo e seguro interesse apenas aos litigantes, mas sim a toda a sociedade que, a partir do monopólio estatal da jurisdição, precisa confiar no instrumento de que dispõe para a eliminação dos conflitos.

Por fim, cumpre estabelecer a relação existente entre a coisa julgada e os vícios do processo.

A sentença de mérito transitada em julgado forma a denominada coisa julgada material<sup>327</sup>. A coisa julgada é um valor constitucional<sup>328</sup>, com vinculação estreita com o princípio da segurança jurídica<sup>329</sup>, que se encontra positivada expressamente no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna.

Especificamente em relação aos vícios constatados ao longo do processo e, inclusive, àqueles existentes na própria sentença, a coisa julgada produz uma “sanatória geral”<sup>330</sup>, isto é, os defeitos consideram-se sanados e, por isso, definitivamente insuscetíveis de serem sancionados com a invalidade. Isso significa que, com o advento da coisa julgada material, não há mais falar em decretação ou não de invalidade processual. Tudo quanto foi escrito ao longo do presente estudo vale, portanto, até o instante imediatamente anterior à formação da coisa julgada

---

<sup>326</sup> Precisas, nesse sentido, as conclusões de Peter Häberle ao afirmar que “Si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidad, si son garantizados no sólo em favor del individuo, sino que cumplen también una garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales están caracterizados por um entrecruzamento de intereses públicos e individuales.” (HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 23).

<sup>327</sup> Sem adentrar nas polêmicas existentes sobre a definição de coisa julgada material, será adotado, no trabalho, o seguinte conceito elaborado por Eduardo Talamini: “A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.” (TALAMINI, *Coisa...*, p. 30).

<sup>328</sup> “Por isso, o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e, mais precisamente, ao direito constitucional.” (LIEBMAN, Enrico Túlio, *Eficácia e autoridade da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 52).

<sup>329</sup> TALAMINI, op. cit., p. 50.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 294.

material, sendo que, após esse momento, o instituto dá espaço a outro, chamado de rescindibilidade<sup>331</sup>.

Com o trânsito em julgado, ocorre, portanto, uma verdadeira transformação em relação à disciplina dos vícios dos atos processuais<sup>332</sup>. Até o trânsito em julgado, a regulação é dada pelo instituto das invalidades (tema central do presente estudo). Após a formação da coisa julgada material, é de rescindibilidade que se fala, sendo a disciplina fornecida pelos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil.

As hipóteses de cabimento de ação rescisória estão relacionadas, de forma exaustiva<sup>333</sup>, no mencionado artigo 485 e constituem o resultado de uma prévia ponderação do legislador entre o princípio da segurança jurídica e outras normas, de mesma hierarquia, passíveis de promoverem a relativização do primeiro<sup>334</sup>. A eleição de tais hipóteses – fruto da referida ponderação – é ainda decorrente do poder de legislar, ou seja, o rol de situações do artigo 485 pode ser ampliado ou reduzido, dependendo, para tanto, apenas da vontade do legislador infraconstitucional.

No que se refere a uma tentativa de encontrar um ponto comum entre os incisos do artigo 485, tem-se que não passa de esforço vão. As hipóteses mencionadas são bastante heterogêneas. Apenas para exemplificar, cumpre chamar a atenção para a discrepância constatada entre os incisos VII (rescisória baseada em documento novo); V (violação a disposição literal de lei) e II (sentença proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente). Note-se que, enquanto o inciso VII autoriza a rescisão baseada em alteração do cenário probatório, o inciso V possibilita a quebra da coisa julgada com base em violação de disposições legais, ao passo que apenas o inciso II permite, especificamente, a rescisão com alicerce em vícios constatados no processo em que a sentença a ser rescindida foi proferida.

---

<sup>331</sup> “Sentença rescindível não se confunde com sentença nula nem, com sentença inexistente.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106).

<sup>332</sup> “Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, argüível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeitos até que seja desconstituída, mediante rescisão”. (Ibidem, p. 107); No mesmo sentido, Roque Komatsu ao afirmar que “Em regra, após o trânsito em julgado, a nulidade converte-se em simples rescindibilidade.” (KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 271).

<sup>333</sup> TALAMINI, *Coisa...*, p. 142.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 574.

Com essas considerações, é possível afirmar que a sentença de mérito transitada em julgado somente pode ser rescindida por meio de ação rescisória<sup>335</sup>, sendo que algumas das hipóteses de rescisória envolvem vícios do processo em que a sentença foi proferida ou, até mesmo, da própria sentença. No entanto, é fundamental destacar que tais hipóteses são exaustivas e decorrentes de discricionariedade legislativa, além de não mais serem reguladas pela disciplina das invalidades processuais, mas sim pelo instituto da rescindibilidade.

### 13 A motivação como instrumento de controle do arbítrio judicial

Toda a decisão judicial deve ser motivada, sob pena de invalidade. Essa imposição decorre de letra expressa da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, especificamente contida no inciso IX do artigo 93 da Carta Magna. Trata-se de norma cogente que deve ser observada em todos os pronunciamentos judiciais, sejam sentenças, sejam decisões interlocutórias. A inserção da garantia de motivação das decisões judiciais no texto constitucional ressalta, inclusive, sua condição de verdadeiro direito fundamental dos litigantes no âmbito dos processos judiciais<sup>336</sup>.

A motivação das decisões, segundo Michele Taruffo, apresenta duas funções bastante claras e distintas, chamadas pelo autor de endoprocessual e extraprocessual<sup>337</sup>. No que se refere à primeira, tem-se que ressalta a importância da motivação como instrumento útil às partes e também ao órgão de revisão da

---

<sup>335</sup> Não é objeto do presente trabalho questionar se existem outras hipóteses de revisão da coisa julgada para além daquelas relacionadas em lei, fenômeno chamado pela doutrina de situações de relativização da coisa julgada. Sobre o tema, vide, por todos, TALAMINI, *Coisa...*,

<sup>336</sup> “Acolheu, assim, a Lei Maior, o entendimento doutrinário de que o problema da motivação se coloca no plano dos Direitos fundamentais, de ordem pública, avultando nela a idéia de garantia e controle extraprocessual, por servir como elemento para aferição, in concreto, da imparcialidade do Juiz e da legalidade da decisão, bem como da efetividade do contraditório e da observância do devido processo legal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 50, data, p.07 e 08).

<sup>337</sup> “In proposito si può far capo alla distinzione che viene ampiamente accolta in dottrina e in giurisprudenza, sia pure con qualche eccezione rinvenibile in qualche autore ed anche in qualche decisione della corte di cassazione, tra la c.d. funzione endoprocessuale e la c.d. funzione extraprocessuale della motivazione.” (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: ESTUDOS de direito processual civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 167).

decisão prolatada. Isso porque a exposição da *ratio decidendi* permite a visualização dos principais argumentos utilizados pelo julgador para a tomada de decisão. A crítica ao *decisum*, seja pelas partes (com a interposição de recurso), seja pelo órgão superior (destinatário do recurso), somente é possível quando se sabe, exatamente, quais os fundamentos determinantes do provimento jurisdicional apreciado. Tais motivações são trazidas à tona exatamente no bojo da fundamentação, quando o magistrado é então compelido, por norma constitucional, a explicitá-las<sup>338</sup>.

Já no que se refere à mencionada função extraprocessual, pode-se afirmar que é uma decorrência da democratização do poder, em particular do Poder Judiciário. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, o poder se legitima quando se submete, de forma inexorável, ao controle externo, ou seja, à fiscalização popular. Esse controle, por sua vez, somente pode ser exercido se os fundamentos das decisões forem explicitados de forma ampla e irrestrita pelo detentor da atribuição de julgar, sob pena de restar caracterizada a arbitrariedade<sup>339</sup>.

A importância da fundamentação é ainda maior quando o Poder Judiciário aplica princípios para decidir determinada controvérsia. Isso porque o ônus argumentativo, nesse caso, é mais intenso do que aquele exigido para a aplicação de uma regra. Os princípios, ao contrário das regras (normas que imediatamente descrevem condutas), trazem tão-somente um estado ideal de coisas a ser alcançado, sem a descrição imediata de uma conduta a ser seguida pelo

---

<sup>338</sup> “Questa funzione è connessa direttamente con l’impugnazione della sentenza, e si articola in due aspetti principali: A)La motivazione è utile alle parti che intendano impugnare la sentenza, poiché la conoscenza dei motivi della decisione facilita l’individuazione degli errori commessi dal giudice o comunque degli aspetti criticabili della decisione stessa, e quindi rende più agevole l’individuazione dei motivi di impugnazione. Per questa ragione gli scrittori classici del processo canonico mettevano in guardia il giudice incauto rispetto alla tentazione di esprimere le ragioni della sua decisione, perché ciò avrebbe indebolito l’autorità della sentenza. B)La motivazione della sentenza è poi utile al giudice dell’impugnazione, poiché gli facilita il compito di riesaminare la decisione impugnata prendendo in considerazione le giustificazioni addotte dal giudice inferiore.”(TARUFFO, La motivazione..., p. 167).

<sup>339</sup> “In questo senso l’obbligo di motivazione viene inteso come una espressione importante (ovviamente non l’unica) della concezione democratica del potere, ed in particolare del potere giudiziario, in base alla quale una condizione essenziale per il corretto e legittimo esercizio del potere consiste appunto nella necessità che gli organi che lo esercitano si sottopongano ad un controllo esterno, il che può avvenire soltanto fornendo le ragioni per le quali quel potere è stato esercitato in quel modo.”(Ibidem, p. 167).

destinatário, sendo sua aplicação decorrente da relação existente entre os efeitos da conduta avaliada e os fins relacionados ao valor que o princípio visa resguardar.

Na aplicação de uma regra, basta ao aplicador demonstrar, na fundamentação, a coincidência entre o conceito contido no antecedente da regra e o conceito do fato<sup>340</sup>. Com isso, constata-se o fenômeno da subsunção, com a produção das conseqüências trazidas na própria regra (conseqüente normativo).

No entanto, em sede de princípios, não basta a referida comparação entre o conceito do fato e o conceito da norma, mas sim um cotejo entre os potenciais efeitos das condutas avaliadas em relação aos fins protegidos pelo princípio, ou seja, deve ser analisado se os efeitos produzidos pelo ato contribuem ou não para a consecução dos fins contidos na norma. Por exemplo: para saber se determinada decisão judicial viola ou não o princípio da efetividade, deve o intérprete indagar acerca dos efeitos de tal ato decisório. Se os efeitos da decisão forem incompatíveis com o estado ideal de coisas trazido pela referida norma (prestação jurisdicional capaz a dar a quem tem razão exatamente o que mereça receber e em tempo razoável), deve ser reconhecido, de forma incontestada, que a decisão viola o princípio; se, ao contrário, a decisão analisada não vier a produzir efeitos incompatíveis com os fins protegidos pelo princípio, o pronunciamento judicial deve ser considerado compatível com a norma. Esse é o raciocínio que justifica a aplicação dos princípios jurídicos.

Assim, como o presente trabalho sustenta a utilização dos princípios constitucionais para a solução dos problemas concretos que envolvam as invalidades processuais, a motivação da decisão assume papel de singular importância. A fundamentação se apresenta como a principal ferramenta capaz de controlar o arbítrio judicial. Apenas a decisão que apresente, com absoluta clareza, as razões que justificaram a adoção de determinado princípio e, principalmente, os motivos que levaram o julgador a dar prevalência, no caso concreto, a determinado princípio em detrimento de outro pode proporcionar a desejável confiabilidade ao ato decisório e, assim, impedir que a decisão, a pretexto de aplicar princípios, não acabe

---

<sup>340</sup> ÁVILA, *Teoria...*, p. 83.

revelando, em verdade, a adoção de inaceitável posicionamento alternativo e autoritário do julgador<sup>341</sup>.

No que se refere ao conteúdo necessário para que se considere uma decisão devidamente motivada, tem-se que deve conter todas as questões de fato e de direito que digam respeito à matéria decidida<sup>342</sup>, sendo essa a única forma de se realizar um controle eficaz sobre a decisão judicial.

Especificamente em relação à decisão que avalia a necessidade de decretar ou não uma invalidade processual, pode-se afirmar que deve conter os seguintes elementos: a) demonstração da atipicidade constatada; b) indicação dos princípios jurídicos que serão aplicados no caso concreto, isto é, quais as normas se apresentam determinantes para a tomada de decisão; c) fixação da diretriz hermenêutica que será seguida (eleição do postulado normativo aplicativo mais adequado); d) indicação das circunstâncias fáticas específicas que servem de orientação para a tomada de decisão. Esse parece ser o conteúdo de uma decisão devidamente fundamentada acerca de invalidades processuais.

Deve ser ressaltada, ainda, a importância fundamental da adoção de uma argumentação racional<sup>343</sup>. Essa argumentação deve ser capaz de justificar, de forma clara e coerente, a tomada de decisão<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Digna de destaque, muito embora considerando a proporcionalidade como princípio, é a advertência feita por João Batista Lopes, ao afirmar que “Assim, a pretexto de adotar soluções razoáveis ou de combater o excesso ou o abuso, muitas decisões judiciais têm prodigalizado a incidência do princípio da proporcionalidade gerando insegurança nas relações jurídicas.” (LOPES, João Batista. *Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil*, In: ESTUDOS de direito processual civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138).

<sup>342</sup> “In termini molto generali si può far capo al principio di completezza della motivazione intendendo che essa deve contenere la giustificazione specifica della decisione di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l’oggetto della controversia, poiché solo a questa condizione si può dire che la motivazione è idonea a rendere possibile il controllo sulle ragioni che fondano la validità e l’accettabilità razionale della decisione.” (TARUFFO, *La motivazione...*, p. 171).

<sup>343</sup> Sobre a importância da adoção de uma argumentação racional quando da aplicação de princípios, importantes são as conclusões de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que “se não se pode admitir uma teoria dos direitos fundamentais capaz de dar uma única solução correta a cada caso, e os princípios podem colidir diante das diversas situações concretas, a única saída é pensar no controle da racionalidade da argumentação capaz de fazer valer um princípio em face do outro.” (MARINONI, *Teoria...*, p. 69).

<sup>344</sup> “Logo, a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação.” (MACCORMICK, *Argumentação...*, p. 19).

Em síntese: a motivação de uma decisão sobre invalidade processual deve explicitar, por meio de uma argumentação racional, as circunstâncias fáticas e jurídicas que levaram o julgador a dar prevalência, no caso concreto, a determinado princípio em detrimento de outro, isto é, deve o julgador demonstrar como pretende harmonizar os princípios da segurança e da efetividade diante das circunstâncias concretas do caso<sup>345</sup>.

#### **14 Enfoque pragmático: a análise da jurisprudência acerca do tema**

Uma análise da jurisprudência nacional acerca do tema é imprescindível para demonstrar que os tribunais brasileiros, quando enfrentam os vícios dos atos processuais, ponderam, de forma inexorável, os princípios da segurança e da efetividade para aplicar ou não a sanção de invalidade. Todavia, nem sempre tais referenciais surgem de maneira explícita nos julgados, sendo que, muitas vezes, as soluções são encontradas por meio da adoção indevida da idéia de inexistência de prejuízo.

Essa conduta obscurece o que de fato ocorre: uma verdadeira ponderação entre efetividade e segurança à luz das circunstâncias do caso concreto. Ou seja, muitas vezes, a invalidade não é decretada com fundamento na ausência de prejuízo, mas o que de fato ocorre é que prejuízo houve e a invalidade não foi decretada porque a promoção da segurança, no caso concreto, causaria prejuízos ainda maiores ao valor efetividade.

Exemplo típico de tal postura se encontra quando os tribunais consideram sanado o vício decorrente do desrespeito ao artigo 398 do Código de Processo Civil. Segundo o referido dispositivo, sempre que uma parte juntar aos autos documento novo, deve o juiz dar vista à parte contrária pelo prazo de 5 dias (regra tendente a

---

<sup>345</sup> “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.” (ALEXY, *Teoría...*, p. 92).

realizar o princípio do contraditório). O principal argumento constatado nos acórdãos é de que inexistiria prejuízo à parte que não teve vista do documento, mesmo que esta efetivamente tenha se sentido prejudicada e por isso interposto recurso, tendo em vista o documento não ter sido fundamental para o resultado do julgamento<sup>346</sup>.

A alegada inexistência de prejuízo é absolutamente inadmissível. É claro que prejuízo houve, tanto que a parte que não teve vista do documento recorreu. O contraditório, como garantia inerente ao devido processo legal, foi desrespeitado, e, só por esse motivo, já se pode afirmar, de forma categórica, que o litigante foi prejudicado.

O que de fato está por detrás de tais precedentes é uma ponderação entre os princípios da segurança e da efetividade. Ao não decretar a invalidade nessas hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça está, na verdade, afirmando que, muito embora a segurança jurídica tenha sido abalada, a invalidação do processo desde o momento em que a parte deveria ter tido vista do documento causaria prejuízos ainda maiores para a efetividade, o que prejudicaria, sobremaneira, a promoção do processo justo. Essa é a diretriz argumentativa implícita que embasa esse tipo de pronunciamento. A simples referência à “ausência de prejuízo” realmente não

---

<sup>346</sup> O trecho do voto condutor do Ministro Relator Arnaldo Esteves de Lima, da Quinta Turma do STJ, ao julgar o Res. Nº 771.579 – SE, publicado no DJ 23.04.2007 p. 297, evidencia o que se quer demonstrar: “É certo que o princípio do contraditório, efetivado por meio do tratamento igualitário entre as partes, nos termos do artigo 125 do CPC – reforçado pela regra contida no art. 398 do mesmo Código – deve primar pela ciência bilateral das partes e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas, sendo-lhes garantida, desta forma, a ativa participação em todos os atos e termos do processo.

De outro lado, entretanto, não se deve olvidar que, ‘Nos tempos atuais, não mais se justifica o apego à forma, em detrimento da efetividade processual, especialmente quando ausente prejuízo’, de sorte que, ‘sempre que possível, observadas as garantias do devido processo legal, deve-se buscar a efetividade processual, evitando-se que o processo seja um fim em si mesmo’ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp. 216.719/CE. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ* 19 dez. 2003. p. 468).

Com base nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que ‘A falta de audiência da parte contrária, acerca da juntada de documento (art. 398 do CPC), não rende ensejo a nulidade quando constatada a ausência de prejuízo, denotada pela total desinflência daquela prova para o deslinde da controvérsia’ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp 222.785/RO. Relator: Min. Fernando Gonçalves. *DJ* 1º jul. 2004, p. 198).

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao adotar para si os fundamentos esposados na sentença recorrida, formou a compreensão de que não houve nenhum prejuízo à recorrente, tendo em vista que os documentos novos trazidos aos autos dizem respeito à mera atualização dos cálculos da execução, com base nos critérios legais.”; No mesmo sentido foi o posicionamento da 2ª Câmara Cível do TJRS no julgamento do recurso de embargos de declaração nº 70011643822, acórdão cujo rel. foi o Desembargador Arno Werlang e julgado em 22/6/2005. Em sentido contrário, o que demonstra serem as circunstâncias do caso concreto realmente decisivas, é o Resp. 941.736/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 16/8/2007.



convence, pois o desrespeito ao contraditório caracteriza, por si só, um importante prejuízo ao litigante que não teve vista do documento.

Outro precedente que torna clara a utilização, pelos tribunais, de uma ponderação entre os princípios da efetividade e da segurança na análise da invalidade processual é do Superior Tribunal de Justiça em processo no qual houve diversas intimações feitas em nome de estagiário de direito e não dos advogados cadastrados nos autos<sup>347</sup>. No caso relatado, o Tribunal deixou de aplicar a sanção de invalidade sob o argumento de que o fato não teria prejudicado a defesa, haja vista que apenas uma, das diversas intimações publicadas, não foi atendida. Ocorre que, nesse caso, também não se pode aceitar a inexistência de prejuízo. É evidente que prejuízo existiu independentemente do fato de ter sido apenas uma a intimação não atendida. A ampla defesa e o contraditório, garantias inerentes ao devido processo legal, foram violadas a partir do momento em que os advogados não foram devidamente intimados e, por isso, não puderam atender uma das intimações publicadas.

O raciocínio implícito utilizado no caso mencionado é, mais uma vez, o da ponderação entre segurança e efetividade. No caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça concluiu, na verdade, que, muito embora o recorrente tenha sofrido prejuízos à ampla defesa e ao contraditório, os prejuízos à efetividade, caso decretada a invalidade, seriam ainda maiores, motivo pelo qual não deveria ser aplicada a sanção de invalidade.

Exemplo ainda mais marcante é extraído de precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar uma ação de natureza previdenciária em que o autor desprezou a existência de litisconsórcio passivo necessário entre o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul e o próprio Estado do Rio Grande do Sul. Ao apreciar o pedido do Ministério Público para que o processo fosse invalidado, o Tribunal gaúcho entendeu que efetivamente se estava diante de litisconsórcio necessário, mas que, em nome do princípio da efetividade, não se

---

<sup>347</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. 756.885 – RJ. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. *DJ* 17 set. 2007, p. 255.

decretaria a invalidade<sup>348</sup>. Dizer, nesse caso, que não houve prejuízo ao Instituto de Previdência é impossível, porquanto a ampla defesa seria exercida de forma muito mais eficiente com a presença do Estado. Entretanto, a promoção do princípio da efetividade teve mais peso à luz das circunstâncias do caso concreto e a invalidade não foi decretada.

Sentença com manifesto defeito de fundamentação também deixou de ser invalidada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob o fundamento de que a efetividade deveria prevalecer<sup>349</sup>. Nesse caso, também houve prejuízo ao autor, porquanto deixou de ter um dos principais fundamentos da demanda apreciado em primeira instância. Entretanto, a promoção da efetividade foi considerada mais importante, no caso concreto, do que a preservação da segurança (garantia do duplo grau de jurisdição).

Ainda na mesma linha de raciocínio é o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deixa de decretar a invalidade de sentença publicada quando já findo o regime de exceção e, portanto, a designação da juíza prolatora da decisão<sup>350</sup>. Nesse exemplo, a violação ao princípio do juiz natural foi palmar, haja vista que, com o término do regime de exceção, a juíza prolatora da sentença não detinha mais competência para julgar. Ocorre que a Corte estadual não decretou a invalidade sob o argumento de que a efetividade estaria demasiadamente prejudicada com a invalidação da sentença e de todos os atos posteriores.

Os exemplos são capazes de demonstrar que o Poder Judiciário já pondera, implicitamente, efetividade e segurança quando aprecia invalidades processuais. Ocorre que essa ponderação deve ser explicitada para que as decisões fiquem mais

---

<sup>348</sup> Eis o trecho da ementa que elucida a questão: “Rejeita-se a preliminar suscitada pelo Ministério Público, de cassação da sentença em razão da ausência do Estado do Rio Grande do Sul como litisconsórcio passivo, porquanto embora deva figurar na lide, o Estado, obrigatoriamente (pois é ele quem procede tal desconto, repassando-o ao IPERGS), é preciso atender-se ao princípio da efetividade do processo. Precedentes da Câmara.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação cível nº 70010557643. Relator: Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick. DJ 03 maio 2005).

<sup>349</sup> Da ementa do julgado se extrai o seguinte trecho: “Não se impõe a desconstituição da decisão que deixa de apreciar um dos fundamentos da ação. Princípio da efetividade do processo.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação cível nº 70000638726, Relator: Desembargador Perciano de Castilhos Bertoluci. j. em 31 ago. 2000).

<sup>350</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação cível nº 70007433477. Relator: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. j. 18 dez. 2003.

claras e, portanto, controláveis. A mera afirmação de inexistência de prejuízo oculta, muitas vezes, o que realmente ocorre.

A clareza agradece.

## CONCLUSÃO

Após as considerações acima formuladas, é possível, à guisa de conclusão, afirmar o seguinte:

1 Não existe diferença ontológica entre o instituto das invalidades nos mais diversos ramos do direito, ou seja, o estudo das invalidades processuais deve ser realizado, inicialmente, à luz dos conhecimentos já previamente sedimentados sobre o tema pela Teoria Geral do Direito;

2 A teoria da divisão do mundo jurídico em três planos distinto, quais sejam o da existência, da validade e da eficácia, pode e deve ser aplicada, integralmente, ao Direito Processual Civil;

3 No que se refere ao plano da existência, tem-se que se apresenta como o primeiro objeto de análise do jurista. Isso porque, se o fato não transpuser as exigências necessárias para ingressar no mundo jurídico, nem fato jurídico será, razão pela qual desnecessária a indagação acerca de sua validade ou eficácia. O que não integra o mundo do direito é incapaz de produzir conseqüências jurídicas;

4 Superadas as barreiras impostas para que o fato seja considerado jurídico, deve ser feita a análise pertinente ao plano da validade. Não são todos os fatos jurídicos que transitam por esse plano, mas apenas aqueles que tenham a vontade como elemento cerne de seu suporte fático, ou seja, apenas os atos jurídicos “*lato sensu*” podem ser considerados válidos ou inválidos;

5 A invalidade se caracteriza como uma sanção que não se confunde com o vício, ou seja, o ato defeituoso não é inválido em si mesmo, pois a invalidade é uma

conseqüência que poderá ou não decorrer do vício constatado. A sanção de invalidade, por sua vez, pode estar prevista de forma explícita ou implícita na norma jurídica;

6 Sanção não é sinônimo de pena, devendo se atentar para um sentido mais amplo do termo que pode externar a idéia de um mecanismo que visa a assegurar o cumprimento da norma jurídica;

7 Corolário de se considerar a invalidade como uma sanção e de separá-la do vício é a adoção de um posicionamento segundo o qual somente se pode falar em invalidade após a decretação judicial, isto é, invalidade não se declara, mas sim se decreta;

8 Terceiro e último plano do mundo jurídico é o da eficácia. Eficácia corresponde ao atributo que o fato jurídico pode ter de produzir efeitos jurídicos. Isso significa que o fato jurídico dotado de eficácia é aquele que tem o potencial de produzir efeitos no mundo do direito. Os efeitos, por sua vez, decorrem da eficácia, e com ela guardam uma relação de correspondência de imputação;

10 Importante ressaltar que nem toda a conseqüência fática que emana de um fato jurídico deve ser considerada efeito jurídico, porquanto apenas os atos que assumem valor diante do fato jurídico e que produzem alterações concretas no mundo do direito podem ser considerados efeitos jurídicos;

11 No processo, são constatados fatos jurídicos. Entretanto, no âmbito do Direito Processual, existe uma nítida predominância de atos jurídicos, denominados pela doutrina de atos jurídicos processuais. Esses atos devem ser praticados no próprio processo e se caracterizam pela capacidade de produzirem alterações jurídicas diretas no curso do processo, além de terem a vontade como integrante de seu suporte fático;

12 São exatamente os atos processuais que se submetem à análise da invalidade, porquanto um fato jurídico processual em sentido estrito, como, por

exemplo, a morte de um dos litigantes, não pode ser válido ou inválido. Os atos, em seu conjunto, formam o procedimento;

13 A idéia de processo deve ser concebida, inicialmente, pela de procedimento, entretanto, com o acréscimo do contraditório. Ou seja, o processo não é qualquer procedimento, mas apenas aquele realizado em contraditório e, sempre, com a idéia promover a justiça. A consciência acerca do caráter instrumental do processo é indispensável para a construção de qualquer teoria que vise a sistematizar e explicar o instituto das invalidades processuais;

14 O papel da doutrina no que se refere ao tema das invalidades no processo civil é fundamental, haja vista o Código de Processo Civil não ter tratado da matéria sistematicamente;

15 Em que pese as importantes construções doutrinárias realizadas, algumas críticas podem ser formuladas. A desconsideração pelos princípios constitucionais referentes ao Direito Processual é uma das que mais salta aos olhos. É ponto comum que nenhuma das tentativas de sistematização até então elaboradas leva em consideração os princípios constitucionais, fazendo com que as invalidades processuais sejam interpretadas, apenas, à luz do texto do Código de Processo Civil. No entanto, em face do caráter de superioridade e supremacia da Constituição Federal, parece não deva ser essa a postura a ser adotada pelo intérprete quando da análise de uma suposta invalidade no caso concreto;

16 Não se pode desconsiderar que o Código de Processo Civil traz em seu bojo, explícita e implicitamente, princípios importantes que dizem respeito às invalidades processuais. A constatação desses princípios reforça o entendimento segundo o qual as invalidades processuais, mesmo tendo similitude ontológica em relação às invalidades constatadas em outros ramos do direito, merecem tratamento singular que considere as peculiaridades do Direito Processual. Dignos de destaque são os princípios da causalidade, instrumentalidade das formas, interesse, preclusão e economia processual;

17 Propostas as tentativas doutrinárias de sistematização do instituto, cumpre concluir que a distinção elaborada entre nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade, nulidade de forma, nulidade de fundo, nulidade cominada, nulidade não cominada, dentre outras, não encontra respaldo legislativo. O Código de Processo Civil e a Constituição Federal não fazem as distinções mencionadas, razão pela qual parece não deva o intérprete distinguir;

18 Invalidez processual deve ser concebida como uma sanção que tem a forma peculiar de subtrair os efeitos jurídicos do ato sancionado, que tem como causa eficiente a decisão judicial, com o objetivo precípuo de preservar o princípio da segurança jurídica diante das circunstâncias do caso concreto;

19 Cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil não pode ser desprezado quando da apreciação de uma invalidade no caso concreto, principalmente por ser o Código, sempre, o primeiro referencial para a decretação ou não da invalidade, haja vista ser apenas a partir da atipicidade do ato em comparação ao texto da lei que se poderá ou não aplicar a sanção de invalidade;

20 Muito embora o papel fundamental do Código de Processo Civil na apreciação da invalidade, não pode o aplicador, diante das circunstâncias do caso concreto, ficar detido apenas em seu texto sem ter presente que, acima de tudo, o processo deve respeito a outro texto legislativo que lhe é superior, qual seja, a Constituição Federal;

21 A Constituição Federal impõe ao aplicador do direito que, na condução do processo, respeite os fundamentais princípios da segurança, da efetividade, e, principalmente, o da justiça; Em relação aos referidos princípios, deve o aplicador, ainda, atentar para o fato de que segurança e efetividade são princípios instrumentais para que se alcance o fim último do processo: a Justiça do caso concreto;

22 A projeção particularizada do princípio da segurança no Direito Processual Civil corresponde, em síntese, ao respeito que se deve ter ao Devido Processo

Legal com todos os seus consectários, como, por exemplo, contraditório, ampla defesa, juiz natural, dentre outros;

23 O princípio da efetividade tem como um de seus núcleos a imposição de uma prestação jurisdicional que seja o mais célere possível, característica essa que está, inclusive, positivada no texto da Constituição Federal como um Direito Fundamenta dos litigantes;

24 A Justiça se apresenta como uma dos grandes objetivos a ser alcançado pelo processo. No entanto, o conceito de justiça deve ser desmembrado e mais bem explicitado, sob pena de ser utilizado para a consecução de objetivos arbitrários e descomprometidos com o real significado do princípio. Assim, deve se atentar para o fato de que o processo deve buscar a justiça material e, ainda, a justiça processual (processo justo);

25 Idéia de processo justo está atrelada, de forma inexorável, à busca de equilíbrio entre os princípios da segurança e da efetividade, isto é, será justo o processo se, na medida do possível, for efetivo e seguro ao máximo;

26 Os postulados normativo-aplicativos são ferramentas muito úteis para o alcance da harmonia entre princípios. Dentre os postulados mais importantes, destacam-se a ponderação, a proporcionalidade e a proibição de excesso;

27 A ponderação, isoladamente, não fornece critérios seguros para a tomada de decisão, motivo pela qual é importante que seja aplicada em conjunto com os demais postulados;

28 A proporcionalidade encontra fundamento no texto da Constituição Federal, razão pela qual, em face da supremacia da Carta Magna, deve ser aplicada a todos os ramos do direito;

29 Os exames que da proporcionalidade decorrem são de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;



30 A utilização da proporcionalidade exige circunstâncias específicas, quais sejam, a existência concreta de um imbricamento entre princípios, além da existência de uma relação entre um meio e um fim. Sem tais circunstâncias, não é adequada a utilização desse postulado, haja vista a ausência de referenciais de análise, o que torna seu exame impossível;

31 O processo se apresenta como um ambiente absolutamente propício para a utilização do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, porquanto apresenta, sempre, um conflito entre princípios, principalmente no que se refere à segurança e efetividade. Além do conflito normativo, o processo, como um instrumento, retrata também uma relação entre meio e fim;

32 Além da ponderação e da proporcionalidade, o postulado a proibição de excesso se mostra importante por fornecer uma estrutura de controle contra atos que invadam o núcleo essencial dos direitos fundamentais;

33 Poucas decisões, no curso do procedimento, promovem tanta influência na efetividade e na segurança do processo quanto aquelas que decretam ou não uma invalidade processual. Isso porque a sanção de invalidade tem como objetivo final, exatamente, garantir a aplicação do princípio da segurança. Assim, pode-se afirmar que a decisão que decreta uma invalidade processual está, de forma inexorável, dando prevalência, no caso concreto, à segurança em detrimento da efetividade. Ao contrário, a decisão que deixa de aplicar a sanção de invalidade acaba reconhecendo um peso maior para a efetividade e menor para a segurança;

34 A partir da constatação de que as decisões que avaliam invalidades interferem decisivamente nos princípios instrumentais do processo, cumpre reconhecer que, ao apreciar uma invalidade, deve o juiz decidir com a consciência de que sua decisão irá criar uma regra de colisão tendente a harmonizar as referidas normas com o objetivo de alcançar o processo justo;

35 Constatada a atipicidade do ato processual, poderá o juiz ignorá-la ou determinar sua retificação ou repetição, a fim de evitar a aplicação da sanção de invalidade. Sendo inviável a correção do vício e havendo prejuízo demasiado ao

valor segurança, a invalidade será decretada, mesmo de ofício, devendo o órgão julgador especificar a sanção aplicada, principalmente no que se refere aos atos processuais que serão atingidos;

36 Com a formação da coisa julgada material, o instituto das invalidades dá espaço ao da rescindibilidade, que está disciplinado nos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil;

37 Como a aplicação de princípios exige um ônus argumentativo árido, para que se evitem decisões arbitrárias que venham a eleger, aleatoriamente, a segurança ou a efetividade como valor preferencial, mister exigir do magistrado uma motivação adequada;

38 Por motivação adequada, entende-se aquela que indique qual a atipicidade constatada; quais os princípios aplicados; a diretriz hermenêutica que será seguida e que ainda aponte, com precisão, quais as circunstâncias fáticas determinantes para a tomada de decisão;

39 A análise da jurisprudência nacional demonstra que o Poder Judiciário já utiliza os princípios da segurança e da efetividade para decidir acerca de casos concretos envolvendo invalidades processuais.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade e processo de conhecimento, In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In *POLÊMICA sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, p. 93-107, 1994.

\_\_\_\_\_. Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 100, p. 59-72, 2005.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: *ESTUDOS em homenagem ao Professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Separata da *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, 2007.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, 2004.

\_\_\_\_\_. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 70, p. 214-239, 1997.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

\_\_\_\_\_. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, 1983.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: ESTUDOS de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BETTI, Emilio. *Diritto metodo ermeneutica*. Milano: Giuffrè, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜLOW, Oskar. *La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa –América, 1964.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANARIS, Claus–Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Biblioteca del Foro Italiano, 1956. v. 1.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: SAGGI di diritto procesuale civile. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1920.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, 1998.

\_\_\_\_\_. Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale. In: STUDI in memória di Salvatore Satta. Padova: Cedam, Padova, 1982. v. 1.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1981.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. *Revista Jurídica*, n. 277, 2000.

\_\_\_\_\_. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: ESTUDOS em Homenagem ao Professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

\_\_\_\_\_. Saneamento de defeitos pelo tribunal. In: INSTRUMENTOS de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2, v. 3.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

FALSEA, Ângelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FURNO, Carlos. Nullità e rinnovazione degli atti processuali. In: STUDI in onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo” *Revista Jurídica*, n. 305, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 50, data.

\_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização. In: *PROCESSO*, estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2006.

\_\_\_\_\_. O sistema de nulidades processuais e a constituição. In: *LIVRO de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1993. p. 156-168.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.



HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

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

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, 1983.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

\_\_\_\_\_. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1961.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio, *Eficácia e autoridade da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALACHINI, Edson Ribas. Das nulidades no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: A PARTE geral do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Invalidez no processo civil. In: ELEMENTOS para uma nova teoria geral do processo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. O processo justo na constituição federal de 1988. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 91, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidez dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 2.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. O problema da invalidez dos atos processuais no direito processual civil contemporâneo. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 96, p. 69-91, 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Nulidade, invalidade, “jardinagem.” In: INSTRUMENTOS de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEGRÃO. Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PANNAIN, Remo. *Le sanzione degli atti processuali penali*. Napoli: Nicola Jovene 1933.

PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI Pietro. *Profili del diritto civile*, 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n 1, mar. 2004.

PINTO JÚNIOR; Alexandre Moreira. *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Campinas: Bookseller; 2000. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 4.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1939.

SANÇÃO. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

SANTOS, Lijeane Cristina Pereira. A legitimidade da autoridade coatora para recorrer em sede de mandado de segurança quando condenada pela multa do art. 14, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 122, p. 131-148, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Nelton dos, *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMANCA, Mario. *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Giuffrè, 2001.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: ESTUDOS de direito processual civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: A PARTE geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TESHEINER, José Maria da Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil. Gênese*, Curitiba, 1997.

\_\_\_\_\_. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista IOB de Direito Processual Civil*, n. 40, 2006.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Eficácia e efeitos nas sentenças cíveis: o direito material e a definição de eficácia natural postos em distinção com a eficácia processual sentencial. In: EFICÁCIA e coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.