2017 - 03 - 02

Revista de Processo
2016
REPRO VOL. 255 (MAIO 2016)
PROCESSO DE CONHECIMENTO

Processo de Conhecimento

1. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo[1]

Die Theorie der Anfechtbarkeiten im heutigen Zivilverfahrensrecht

(Autor)

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Livre-Docente pela USP. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor Visitante na Universidade de Passau (Alemanha, 2015). Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Procurador da República no Rio de Janeiro. antoniocabral@uerj.br

Sumário:

1 Corte e abordagem proposta

2 Forma dos atos processuais

2.1 Importância da formalidade dos atos processuais

2.2 Sistemas processuais de formalidades. Rigidez ou flexibilidade

2.3 Formas e teoria das nulidades processuais

2.3.1 Requisitos formais e graduação dos vícios

2.3.2 Atos processuais e atos jurídicos em geral. A diferença dos atos processuais

2.3.3 Perfeição-eficácia como o binômio do juízo de invalidação tal como classicamente concebido. O exame da invalidade como consequência relacional apenas possível

3 As espécies de invalidade

3.1 Nomenclatura

3.2 Conceito de nulidade: sanção ou vício

3.3 Três planos de análise do ato jurídico

3.4 Classificações das invalidades

3.5 Princípios e regras do sistema das invalidades

3.5.1 Princípio da legalidade ou liberdade

3.5.2 Instrumentalidade das formas ou finalidade

3.5.3 Prejuízo

3.5.4 Interesse

3.5.5 Causalidade

3.5.6 Conversão ou fungibilidade

3.5.7 Preclusão e nulidades

4 Críticas ao sistema tradicional

5 Premissas para evolução da teoria das nulidades

6 Proposta alternativa ao exame de instrumentalidade

6.1 Instrumentalidade: tendência à validade ou exceção à invalidade tendente?

6.2 Alternativa: princípio de validade prima facie dos atos processuais

6.3 Vantagens em relação ao exame de instrumentalidade

7 O sistema das invalidades no novo CPC

7.1 Considerações preliminares: uma oportunidade perdida

7.2 Alterações do sistema do novo CPC com repercussão nas invalidades

7.2.1 Contraditório como influência e vedação de pronúncia de invalidade de ofício

7.2.2 Boa-fé e cooperação e sua relação com as invalidades. Preclusões lógicas

7.2.3 Segue: a vontade e a interpretação dos atos processuais

7.2.4 Princípio da prevalência da decisão de mérito

7.2.5 Flexibilização formal e o sistema de liberdade das formas no CPC/2015

7.2.6 Segue: Qual parâmetro de flexibilização? Negócios processuais, case management ou adequação?

7.2.7 Flexibilidade de formas, aplicável a qualquer tipo de defeito. A mudança do art. 277 do CPC/2015 e o fim das nulidades absolutas

7.2.8 Preclusões das invalidades. Preclusão das nulidades absolutas, vício de citação e estabilidade da decisão de saneamento

7.2.9 Causalidade e deveres de fundamentação

7.2.10 Outras questões. Nulidade e precedente. Diferenciação dos atos processuais para fins de avaliar a necessidade de invalidação

8 Conclusão

Área do Direito: Processual

Resumo:

O presente trabalho critica a doutrina tradicional sobre as nulidades dos atos processuais, e apresenta alguns aspectos do novo Código de Processo Civil que alteraram profundamente o sistema das nulidades.

Abstract:

In dieser Abhandlung wird die traditionelle Rechtslehre, die die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Prozesshandlungen behandelt hat, kritisiert. Ebenfalls werden einige Aspekte der neuen brasilianischen Zivilprozessordnung vorgestellt, die das System intensiv geändert haben.

Palavra Chave: Nulidades - Direito processual civil - Novo Código de Processo Civil.

Keywords: Anfechtbarkeiten - Zivilprozessrecht - Neue brasilianische Zivilprozessordnung.

1. Corte e abordagem proposta

O tema do ponto sorteado é amplo e comporta muitas perspectivas. O corte que optamos fazer procurará desenvolver o tema da teoria das nulidades processuais como classicamente compreendido na doutrina e na jurisprudência, sendo de lembrar algumas das obras indispensáveis para sua correta compreensão. Na Itália, sem dúvida é o Sistema de Carnelutti (sobretudo seu vol. 2) a maior sistematização das invalidades processuais. Mais recentemente, destacam-se os livros de Roberto Poli e Fabio Marelli. No Brasil, além do célebre Despacho Saneador, de Galeno Lacerda (1953), e da relevante contribuição de Calmon de Passos (tanto no esboço de uma teoria das nulidades quanto nos Comentários ao CPC/1973 da Editora Forense), pensamos serem importantes os textos de Moniz de Aragão, Aroldo Plínio Gonçalves e mais recentemente Roque Komatsu, Teresa Arruda Alvim Wambier e Antonio Janyr Dall'Agnol Jr. Não se pode esquecer a teorização de Pontes de Miranda sobre os atos jurídicos processuais e no processo penal, a obra consagrada de Ada Pellegrini Grinover, cujo substrato, em termos de uma teoria das nulidades, pode ser também aplicado em grande medida ao processo civil.

Após analisar o estágio atual da doutrina, seguiremos para uma análise crítico-prescritiva de como o sistema pode evoluir teórica e praticamente. Por fim, abordaremos o modelo do novo Código de Processo Civil de 2015.

2. Forma dos atos processuais

2.1. Importância da formalidade dos atos processuais

Geralmente se associam quase que intuitivamente as formalidades processuais à burocracia desnecessária. Assim não pensamos. Existem muitas vantagens das formalidades, como lembra a doutrina desde Ihering. As formalidades são garantias do indivíduo contra o Estado, e portanto falam a favor da liberdade e contra o arbítrio.

Além disso, as formas privilegiam o tratamento isonômico dos indivíduos perante o Estado. No processo, a preordenação formal assegura aos litigantes que serão tratados igualmente, que os prazos serão os mesmos para todos, que os instrumentos e alternativas procedimentais serão aqueles previstos anteriormente ao processo, e não atribuídos casuisticamente pelo julgador.

Por fim, como são fruto da tradição, as formas compreendem a consagração da experiência de que aquele procedimento mostrou-se, ao longo dos séculos e no desenvolvimento das sociedades humanas, como o mais adequado para resolver litígios.

2.2. Sistemas processuais de formalidades. Rigidez ou flexibilidade

Historicamente e ao redor do planeta, os sistemas processuais variam em termos de formalidades. A opção do legislador ora pende mais para a rigidez formal, ora para uma maior liberdade, e assim oscila também entre o juiz e as partes como protagonistas da definição das formalidades processuais. De qualquer maneira, deve-se buscar um equilíbrio, como veremos, para que um sujeito não suplante os demais.

2.3. Formas e teoria das nulidades processuais

2.3.1. Requisitos formais e graduação dos vícios

Os sistemas processuais partem de uma premissa raramente explicitada, mas que está à base do sistema de formas e invalidades, que é uma suposta graduação entre os defeitos formais e as consequências que o ordenamento prevê para estes defeitos. Por exemplo, o CPC/1973, em disposição que não foi repetida no CPC/2015, falava dos atos escritos em tinta clara, que geravam, apesar de seu defeito, apenas uma irregularidade. Como veremos adiante, essa premissa de uma suposta gradação de vícios e invalidades não se sustenta.

2.3.2. Atos processuais e atos jurídicos em geral. A diferença dos atos processuais

As invalidades dos atos jurídicos em geral podem ser apenas parcialmente transpostas para os atos jurídicos processuais porque, como lembra o Prof. Arruda Alvim, os princípios que norteiam o processo não são os mesmos do direito privado. O ato jurídico processual, ainda que continente de um vício, tem uma "vida artificial" sobrevivendo até sua invalidação. Trata-se de patente diferença em relação às invalidades dos atos do direito privado. Para que se verifique nulidade no processual esta tem que ser pronunciada, ou seja, é equivocado afirmar que se "declara" nulidade. A nulidade processual é "decretada".

Outro dado que separa as nulidades processuais daquelas do direito privado é que as invalidades processuais podem ser relevadas, e, portanto, a invalida.

2.3.3. Perfeição-eficácia como o binômio do juízo de invalidação tal como classicamente concebido. O exame da invalidade como consequência relacional apenas possível

O juízo de invalidade que o magistrado realiza ao verificar se um ato do processo deve ser pronunciado inválido parte de uma análise binária. Trata-se da aplicação do binômio perfeição-eficácia. Verificada a perfeição formal, segue-se validade e eficácia. Não havendo respeito às formalidades, segue-se a invalidade e ineficácia do ato.

No entanto, como veremos, a nulidade é uma consequência que nem sempre será implementada. É que, em alguns casos, como veremos, ela não será pronunciada, podendo-se dizer que a invalidade é uma conclusão relacional apenas possível.

Ressalte-se, ainda, que as invalidades não são a única consequência dos vícios dos atos processuais. Pode haver outros tipos de consequência para a inobservância dos padrões formais no processo, como multas, assunção de custos etc.

3. As espécies de invalidade

3.1. Nomenclatura

Nesta prova, quando não houver qualificativo, *i.e.*, quando falarmos de invalidades ou nulidades estaremos usando os termos como equivalentes, sem desconhecer divergência na literatura de setores que querem ver distinção entre os termos.

3.2. Conceito de nulidade: sanção ou vício

Muitos autores negam que as invalidades possam ser consideradas sanções, ao argumento de que não podem ser equiparadas a uma pena (sanção criminal). Preferem denominá-la de uma "consequência" do sistema. De nossa parte, não vemos problema em dizer que a nulidade seja uma sanção, desde que sem equipará-la à sanção criminal. Aliás, não se pode ignorar que as sanções não são apenas criminais, também existem no plano cível e processual.

O que não pode haver é confundir o vício, o defeito do ato, com a sanção ou consequência que é a invalidação. Dizer que "a sentença padece de nulidade" é um erro comum decorrente desta confusão.

3.3. Três planos de análise do ato jurídico

Seguindo Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, entendo que os atos jurídicos processuais podem ser analisados, como os atos jurídicos em geral, em três planos: existência, validade e eficácia. Por premência de tempo, não dedicaremos espaço para a ineficácia em sentido estrito, até porque são raros os atos processuais válidos mas ineficazes, e também porque extravasaria o ponto sorteado o estudo da inexistência, onde, como lembra o Prof. Humberto Theodoro Jr., analisa-se se o ato contém seus "elementos essenciais" (os *essentialia negotii* do direito privado). Concentremo-nos no plano da validade.

3.4. Classificações das invalidades

No Brasil, coube a Galeno Lacerda divulgar as mais conhecidas classificações das invalidades, haurindo da formulação de Carnelutti suas bases. Lacerda, falando ainda com base no CPC/1939, propôs a divisão das invalidades em nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades e irregularidades. Estas últimas não geravam consequência alguma, e, portanto, retiraremos de nossa análise, focando na tríade tradicional das invalidades.

Para diferenciar nulidades e anulabilidades, utiliza-se o critério da natureza da norma: nulidades respondem a violação a normas cogentes, anulabilidades a normas dispositivas. Para entender a diferença entre nulidade absoluta e relativa o critério é outro: o interesse protegido pela norma. As nulidades absolutas seriam então consequência da violação à norma cogente protetiva de interesse público; as nulidades relativas consequência da violação à norma cogente protetiva de interesse privado.

Ainda foi famosa outra classificação que leva em conta a previsão legal não apenas das formalidades, mas expressamente da invalidação como consequência. Neste sentido classificam-se as invalidades em cominadas e não cominadas. As cominadas seriam aquelas expressamente previstas (como a falta de fundamentação da sentença, art. 93, IX, da CF/1988 e da falta de intimação do MP, art. 246 do CPC/1973) e as não cominadas decorreriam do sistema (por isso Dinamarco as denomina de sistemáticas).

E as duas classificações são entremeadas: diz-se que as nulidades cominadas seriam absolutas (porque a previsão da sanção revelaria intenção do legislador de preservar a formalidade) e as não cominadas relativas.

As classificações procuram forjar premissas para a atração de regimes mais ou menos rigorosos de invalidação em função da cognoscibilidade de ofício, possibilidade de convalidação e preclusão. As nulidades absolutas não precluiriam, gerariam vícios insanáveis, não convalidáveis. As relativas dependeriam de requerimento (para alguns poderiam ser conhecidas de ofício) e seriam convalidáveis; e as anulabilidades dependem de requerimento, são convalidáveis e precluem se não alegadas no prazo.

Ora, sem prejuízo das críticas que se seguirão, vê-se que as classificações trazem inúmeros problemas práticos. A jurisprudência tem dificuldade de trabalhar com as categorias propostas. Arruda Alvim lembra o caso da sentença sem assinatura do juiz, já considerada ato inexistente, vício correspondente a nulidade absoluta e nulidade relativa (se pudesse ser provada a autenticidade por outros meios).

3.5. Princípios e regras do sistema das invalidades

A literatura fala ainda de princípios e regras do sistema das invalidades. Sem ignorar o debate no direito público e na teoria das normas sobre o que são princípios e regras (ALEXY, DWORKIN), utilizaremos o termo indistintamente, para não fugir ao escopo da prova, deixando registrado que muito do que se denomina "princípio" na doutrina tradicional das nulidades corresponde a verdadeiras regras.

3.5.1. Princípio da legalidade ou liberdade

Os arts. 154 e 244 do CPC/1973 preveem que o ato pode ser praticado por qualquer forma se a lei não for previdente de forma específica. Trata-se, para alguns, do princípio de liberdade das formas; para outros, como os principais atos do processo são formais e solenes (como a sentença, a petição inicial, recursos), o princípio seria de legalidade temperada (temperada porque nem sempre haverá invalidação a despeito do vício).

3.5.2. Instrumentalidade das formas ou finalidade

Compreendida por muitos como a principal regra do sistema de invalidades, a instrumentalidade das formas prega que o ato não será invalidado se, a despeito de praticado com algum defeito formal, atingir sua finalidade. P. ex., a finalidade do ato de citação é cientificar o réu do conteúdo da demanda. Se houver vício na citação, mas o réu comparecer e for notificado, tomando ciência do que foi alegado em seu desfavor, não há que se pronunciar qualquer invalidade. A regra da instrumentalidade procura evitar a pronúncia de

invalidação quando o ato puder ser aproveitado, apesar de defeituoso.

Fala-se, aqui e ali, pela própria dicção da lei, em regra da finalidade: deve ser buscado o escopo pretendido com a prática do ato (um escopo que deveria ser buscado em circunstâncias objetivas, fora do subjetivismo das partes; como veremos ao final, não é esta nossa opinião, aqui fazemos referência à acepção tradicional da instrumentalidade).

A literatura tradicional, interpretando o CPC/1973 (arts. 154 e 244) entende que a instrumentalidade das formas não se aplica à nulidade absoluta.

3.5.3. Prejuízo

Forte na literatura francesa (*pas de nullité sans grief*), o princípio do prejuízo (arts. 249 e 250 do CPC/1973) rezava que não se decreta invalidação se não comprovado um dano à parte. A doutrina entendia que a regra não se aplicava às nulidades absolutas e cominadas, porque seriam decorrentes de defeitos insanáveis.

3.5.4. Interesse

O que se chama de princípio do interesse parece ser mais uma ilegitimidade *ad actum.* Aquele que deu causa ao vício não pode pretender a invalidação. Está relacionado com outros princípios mais genéricos como aquele que veda que alguém se beneficie da própria torpeza. Na nulidade absoluta, pela sua cognoscibilidade de ofício, entende-se haver interesse estatal e, portanto, mesmo aquele que causou o defeito poderia alegá-la (a sanção aí se resumiria ao pagamento das custas do retardamento).

3.5.5. Causalidade

A máxima da causalidade decorre da compreensão do processo como uma cadeia de atos. Ao contrário do direito privado, no processo o defeito de um ato pode impactar a validade de outros posteriores. Trata-se do que também se denomina de efeito expansivo das invalidades (arts. 248 e 249 do CPC/1973).

3.5.6. Conversão ou fungibilidade

Corolário da regra da instrumentalidade é a possibilidade de que o ato seja aproveitado por fungibilidade ou conversão. É o aproveitamento do suporte fático do ato praticado, que é insuficiente para a produção de certos efeitos, mas é suficiente para a produção de outros (o ato convertido). A doutrina (Teresa Wambier) tem afirmado que há uma tendência de compreender a fungibilidade em sentido mais geral como "fungibilidade de meios" no processo.

Os requisitos para aplicação da regra têm sido identificados como a observância do prazo para o ato convertido; dúvida objetiva (que levaria à escusa pela inobservância da forma) e boa-fé. De nossa parte, entendemos que a pedra de toque é a boa-fé, sendo os demais requisitos verdadeiramente indícios de existência de boa-fé.

3.5.7. Preclusão e nulidades

A ligação da preclusão com o sistema de nulidades é importante mas depende de uma premissa básica, que é compreender as formas processuais como "formas em sentido amplo", abrangentes não apenas da forma em sentido estrito mas também do tempo da prática dos atos processuais. Como veremos adiante, especialmente nas novas tendências sobre o tema, a teoria das nulidades não pode prescindir de uma análise das preclusões.

4. Críticas ao sistema tradicional

Sem poder ampliar o tema nesta sede, não podemos deixar de mencionar que o modelo das invalidades tradicionais é patentemente ultrapassado.

De um lado, percebe-se um tratamento dos vícios de maneira abstrata, muito dissociado do caso concreto. A

teoria estrutura-se em torno de uma tipologia dos vícios e das consequências, ou seja, baseia-se no antecedente normativo. Entendemos que seria melhor pensar as invalidades voltando-nos para o consequente normativo, para o impacto que tenham no exercício das garantias fundamentais processuais.

O sistema tradicional é muito confuso em termos taxinômicos. As classificações são dúbias, o que parece ser o pior defeito de um sistema de formalidades, que pretende emprestar segurança jurídica para a prática dos atos do processo. Veja-se a estranha categoria das nulidades relativas, consequência à violação de norma cogente que, embora imperativa, protege interesse privado, o que não faz sentido. O critério do interesse protegido (público ou privado) esquece que o processo contemporâneo deve conviver com ambos os interesses.

Por outro lado, a premissa de que se parte - que haveria uma proporção entre os defeitos e as consequências - também não se verifica. Defeitos gravíssimos, que seriam apontados pela doutrina como os mais graves, como o vício de citação (para alguns gerando até mesmo inexistência) podem ser convalidados: como conciliar esta consequência com o regime das nulidades absolutas? O mesmo se diga da nulidade da não intervenção do MP, que deveria levar à nulidade absoluta por ser cominada, mas que, como afirmam Humberto Theodoro Jr. e a jurisprudência maciça do STJ, é na verdade relativa e depende da comprovação de prejuízo.

Esta imprecisão acaba se revelando na praxe, onde se veem invalidações pouco fundamentadas ou fundamentadas em fórmulas vazias como "o processo é para fazer justiça" ou que certa garantia gera nulidade absoluta "por estar prevista na Constituição da República", que dizem pouco ou nada sobre os defeitos e sua potencial convalidação. A instrumentalidade das formas acaba sendo aplicada sem muito critério e com pouca cientificidade, geralmente sob o rótulo de "cerceamento de defesa".

Por fim cabe dizer que a lei é insuficiente para regrar o sistema de formas e invalidades. Nosso sistema, fundado na lei, não poderia ofertar solução para tudo. Note-se ainda que as regras de invalidação são as mesmas no processo civil de interesses privados e no processo penal militar (onde em tempo de guerra pode ver alguém ser condenado à morte). Ora como pensar na instrumentalidade e na relação entre direito e processo se as formas, aparentemente similares, aplicam-se para proteger bens tão diversos?

Tudo isso leva a uma necessária reformulação de algumas premissas da teoria das nulidades.

5. Premissas para evolução da teoria das nulidades

Sem prejuízo de outras considerações que serão feitas a respeito do sistema do novo CPC, algumas premissas absolutamente relevantes para a reconstrução do sistema de invalidades podem desde já ser assentadas.

Como dito, pensamos que o sistema deve se orientar para a consequência dos defeitos nas garantias fundamentais, sobretudo o contraditório (e não apenas a ampla defesa). O contraditório contemporâneo, compreendido como influência (não apenas informação e reação mas também consideração, atenção, não surpresa), permite analisar, no juízo de invalidação, um real e efetivo impacto e dano ao exercício de posições processuais ativas, este sim apto a gerar invalidação. No que tange à ampla defesa, menos que confundi-la ou a subsumir no contraditório (como se fossem o mesmo princípio), creio que devamos focar no seu componente próprio (e que talvez não esteja compreendido no contraditório porque envolve vez ou outra a prática de atos materiais), que é o direito à prova (tão bem trabalhado no Brasil por Leonardo Greco e Flávio Yarshell na linha do "direito de defender-se provando").

Assim, apesar do binômio direito-processo, vemos um retorno do processo ao procedimento. Menos do que estruturas prévias (esquemas teóricos de vícios e consequências), devemos atentar para as interações dinâmicas e concretas dos atos de um processo específico para desvendar se há defeito, se há relevância do vício, se houve impacto nas garantias processuais e se deve se seguir invalidação.

Outra premissa importante é o resgate da vontade na prática dos atos processuais, tema que teve a relevante contribuição da Profa. Paula Costa e Silva e, na Argentina, de Epifânio Condorelli. Trata-se de premissa

historicamente banida do processo (que procurava afastar-se do direito privado) mas que vem sendo revisitada. No campo das nulidades, falava-se sempre que, para aplicar a regra da instrumentalidade, devia-se buscar o escopo do ato (objetivamente considerado) irrelevante a vontade dos sujeitos. Em nosso sentir, no atual estágio de desenvolvimento do processo, não vemos necessidade de negar a vontade nos atos processuais. Podemos trabalhar com ela, devemos aliás, analisá-la, para bem compreender o que se pretende com a prática dos atos processuais e avaliar o impacto que um defeito possa ter tido na programação da litigância pelo sujeito do processo que praticou a conduta.

De outra parte, entendemos que o papel das formalidades processuais também mudou muito no mundo contemporâneo. Se o devido processo legal, compreendido em seu sentido procedimental, exige e protege a preordenação de formas, sancionando com invalidação o desrespeito à formalidade que impacte as garantias processuais, vê-se atualmente que o devido processo (processo justo para os italianos ou processo equitativo para os portugueses), entendido como um princípio "síntese" ou "maestro", alberga outros valores e finalidades do sistema processual. A forma pela forma não pode mais subsistir.

Assim, ao lado da ideia de forma-garantia, deve-se compreender também o conceito de forma-função (*Zweckform*), trabalhado na Suíça por Alois Troller e na Alemanha por Max Volkommer, ou ainda a concepção do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira do formalismo-valorativo, a tese de que as formas podem e devem ser orientadas para a promoção de outros valores processuais relevantes, não apenas em relação à prática dos atos processuais, mas também em relação à interação dos sujeitos do processo (atraindo, como veremos, deveres de cooperação e boa-fé). Fica aqui minha homenagem de público, ao saudoso professor, que estudou nesta Universidade e sempre contribuiu, já como titular, compondo bancas de concursos como este.

Neste cenário, entendo que a nulidade deva ser compreendida não apenas como uma sanção, em sentido retrospectivo de punição ao desrespeito pretérito de formalidades, mas também no sentido indutivo, como sinalização de padrões de conduta para os litigantes, algo mais afeto à ideia de Bobbio de sanção positiva ou premial, própria do Estado contemporâneo que atua mais prospectivamente, fomentando, induzindo comportamentos. Como veremos ao final, esta consideração será ainda mais importante no novel sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo CPC/2015.

Para encerrar este tópico, cabe mencionar ainda uma última tendência que entendo ser relevante para reformular e aprimorar o sistema de invalidades. Trata-se da aceitação da boa-fé e da cooperação como princípios processuais. O tema já vem sendo tratado tanto na doutrina estrangeira quanto nacional há algum tempo (ressaltem-se os livros de Paula Costa e Silva, Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr., sem contar a obra coletiva sobre abuso de direitos processuais, que contou com vários artigos de diversos autores brasileiros e latinoamericanos como Barbosa Moreira, Jaime Greif, Eduardo Oteiza. Humberto Theodoro Jr. é outro autor que já publicou ensaios sobre o tema).

A ideia de boa-fé processual (compreendida como boa-fé objetiva, *Treu und Glauben* para os alemães, e não a boa-fé crença ou boa-fé lealdade da concepção do antigo direito privado) e de cooperação (*Sammelmaxime*) é buscar no processo espaços de convergência entre individualismo e solidarismo, entre o público e o privado, entre o interesse das partes na vitória e a observância de padrões éticos mínimos na utilização dos instrumentos processuais. Afinal, o processo é público, um instrumento estatal que é posto à disposição das partes para a solução dos conflitos de interesses. Se assim é, não podem as partes se valerem dos atos processuais para objetivos escusos.

Da boa-fé, podem ser extraídos deveres processuais (anexos ou laterais) que impõem o respeito ao outro e protegem as expectativas legítimas criadas pelos comportamentos processuais dos litigantes nos demais. Institutos relacionados à boa-fé, como o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), a proibição de comportamento contraditório no processo (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *supressio* ou a versão germânica da *Verwirkung*, o *tu quoque* e outros deveres derivados da boa-fé são aplicáveis ao processo fazendo com que condutas possam ser preservadas (não invalidadas) e outras inadmitidas (até por força de preclusões lógicas) quando ferirem padrões de conduta (comissivos e omissivos) criadores de expectativas.

A boa-fé, como se verá na análise das novidades do CPC/2015, poderá também informar a interpretação dos atos do processo, o que também pode evitar invalidações indevidas.

Do mesmo modo, o princípio da colaboração faz com que o processo seja um ambiente de atuação de uma "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft*, na feliz expressão de Rosenberg, reverberando o publicismo de Franz Klein, posteriormente retomado por Wassermann em importante trabalho). Disso decorrem vários deveres para as partes e para o juiz, que repercutem também no sistema de formalidades e invalidades.

Dentre estes deveres, e apenas para citar aqueles mais relevantes para o exame da teoria das nulidades, tem a doutrina identificado os deveres de esclarecimento e informação (talvez de inspiração germânica, o *Hinweispflicht* do parágrafo 139 da ZPO, largamente abordado por Rolf Stürner na sua tese de livre-docência e retomado por Flávio Yarshell em sua tese de titularidade nesta faculdade).

Não se pode ser ingênuo e pensar que as partes atuarão para a vitória do adversário, ou, como dizem Taruffo e Greco, que os litigantes entrariam de mãos dadas no tribunal. Porém, o fato de o processo envolver uma disputa não significa que não haja espaços de consenso e de convergência de interesses (tanto materiais quanto processuais). Como afirma o filósofo do direito Jürgen Habermas, o agir estratégico não é incompatível com a ação comunicativa. Aplicada essa lógica ao processo, vemos que a orientação finalística à vitória também não significa que não possa haver colaboração.

Antes de passar ao próximo tópico, devemos registrar que muitas dessas premissas, que entendemos serem as bases para uma releitura da teoria das nulidades, foram introduzidas ou reforçadas no sistema do novo CPC, como veremos adiante.

6. Proposta alternativa ao exame de instrumentalidade

Curioso, na literatura tradicional, é o apego quase religioso ao exame da instrumentalidade das formas, que já afirmamos ser insuficiente. Não obstante, mesmo na aplicação da instrumentalidade, apesar de todos os doutrinadores afirmarem que o sistema de invalidades orienta-se para que os atos sejam aproveitados e que as invalidades não sejam pronunciadas, não é isso que vemos quando, numa maior aproximação, examinamos as premissas teóricas do sistema.

6.1. Instrumentalidade: tendência à validade ou exceção à invalidade tendente?

Veja-se que, partindo do binômio perfeição-eficácia, e seu espelho, imperfeição-ineficácia, a inobservância das formas já faz com que a invalidade seja tendente. Ou seja, a orientação do sistema para a tipologia de vícios e espécies de regime de invalidação (o antecedente) faz com que o desrespeito à forma já "empurre" o ato para a invalidade. O exame de instrumentalidade surge depois, como uma exceção à invalidade que já é sistemicamente tendente.

6.2. Alternativa: princípio de validade prima facie dos atos processuais

Como alternativa teórica, defendemos que devemos trabalhar com um princípio de validade *prima facie* dos atos processuais. Pelas características do nulo processual (que só o é depois de decretado) e pelo conjunto de regras e princípios do sistema de invalidade (que pretendem aproveitar os atos, mesmo defeituosos), constatamos que há uma *prioridade normativa* no sistema a favor da validade dos atos. Essa prioridade não é definitiva, mas apenas *prima facie* ou *pro tanto* (*prima facie Vorrang*, como diz Alexy), isto é, não resolve o juízo de invalidação, apenas gera um fluxo normativo (decorrente do sistema) e que aponta no sentido do aproveitamento do ato praticado. Para a inversão desta prioridade normativa, no caso concreto, o juiz tem que se desvencilhar de um peso argumentativo (*Argumentationslast*), que é um esforço de justificação maior para invalidar.

6.3. Vantagens em relação ao exame de instrumentalidade

Este exame parte de uma premissa diversa da instrumentalidade: aqui não é a invalidade que é tendente (e

apenas excepcionada) mas a validade que é tendente no sistema.

Além disso, é um exame casuístico: norma e caso se complementam, algo mais consentâneo com o modelo aqui proposto, orientado não para esquemas *a priori*, mas para o impacto concreto do vício nos atos processuais. Outra vantagem é que, ao remeter ao caso, o modelo aqui proposto resgata o procedimento e as interações entre os sujeitos: a invalidade deixa de ser um raciocínio isolado e solipsista do juiz e passa a ser compreendida como decorrente da participação dos sujeitos. Há também, como já se demonstra evidente, maior repartição e equilíbrio de poder entre juiz e partes. Por fim, o modelo aqui proposto permite maior racionalidade e controlabilidade. De fato, ao exigir o ônus argumentativo do magistrado para invalidar, o sistema pressiona para uma análise do caso, sem permitir a invalidação baseada em fórmulas vazias ou frases de efeito.

Esta proposta tem consequências práticas diversas, tanto no procedimento para a descoberta e decretação da invalidade, quanto no juízo a respeito da necessidade de invalidação de um ato.

7. O sistema das invalidades no novo CPC

7.1. Considerações preliminares: uma oportunidade perdida

De início, cabe lamentar que o novo CPC não tenha sido ousado em alterar as regras das invalidades. Elas continuam, salvo poucas alterações, com redação similar à do processo penal, processo penal militar, processo do trabalho, e também àquela dos CPC de 1973, 1939 e até mesmo do Regulamento 737/1850 (salvo engano nos arts. 686 e ss.). Nossa geração perdeu a oportunidade de aprimorar o direito positivo.

Não obstante, seria equivocado de nossa parte imaginar que não houve mudança. As alterações do CPC/2015 não foram puramente estéticas ou simples mudança de número de artigos. Ao revés, não apenas as poucas alterações da disciplina específica das invalidades (arts. 276 a 283) foram relevantes, no sentido de sinalizar uma guinada na compreensão das nulidades, como também outros pontos do sistema, que mudaram muito intensamente, demonstram que muitas das premissas anteriormente referidas no texto foram incorporadas no Código, e que o processo civil brasileiro caminha, a passos largos, para uma revolução na teoria das invalidades.

7.2. Alterações do sistema do novo CPC com repercussão nas invalidades

Dentre as mudanças intensas introduzidas pelo novo CPC, e que têm impacto nas invalidades, destacamos: a consagração dos princípios do contraditório (compreendido como influência), da boa-fé e da cooperação; o resgate da vontade na prática dos atos do processo; a introdução do princípio da prevalência do exame de mérito; o aumento da flexibilização formal do procedimento, seja pelo juiz, seja pelas partes; o incremento dos deveres de fundamentação das decisões judiciais.

Vejamos uma a uma essas alterações e a repercussão que terão na teoria das invalidades.

7.2.1. Contraditório como influência e vedação de pronúncia de invalidade de ofício

Além de contribuir para o exame da necessidade de invalidação, como visto, no sentido de informar sobre o real impacto dos defeitos no exercício das garantias fundamentais, o contraditório como influência, consagrado no CPC/2015 nos arts. 7.º, 9.º e 10, atua também de maneira relevante no sistema das invalidades porque exige que o juiz, antes de pronunciar as invalidades, dê vista às partes para se manifestarem. Isso deve ocorrer mesmo nas nulidades tradicionalmente classificadas de "absolutas", que seriam cognoscíveis de ofício, por força do art. 10.

Trata-se do direito de consideração decorrente do contraditório contemporâneo (*Recht auf Berücksichtigung*), previsto em diversas legislações ao redor do mundo (p. ex. o parágrafo 139 da ZPO alemã, o art. 183 do CPC italiano e também prevista no Código português, desde o anterior, no art. 207, salvo engano também reproduzida no recente Código de 2013) e que impõe que as decisões judiciais sejam fruto daquele debate

específico, e não da aposição irrefletida e não dialogal do "modelo" do computador do juiz. Vedam-se as decisões de *terza via* como afirmam os italianos, ou decisões-surpresa (*Überraschungsentscheidungen*, como proibido expressamente no parágrafo 182a da ZPO austríaca, tema por nós defendido em artigo na *Rivista di Diritto Processuale* em 2005 e resgatado há alguns anos pelo Prof. Humberto Theodoro Jr. em artigo em coautoria com Dierle Nunes e Alexandre Bahia).

O contraditório passa a envolver o juiz, na linha do que Dinamarco já defendera no Brasil embasado no CPC francês (art. 16), exigindo que dialogue com as partes para que sua decisão seja condicionada eficazmente pelas interações que a relação processual proporciona.

7.2.2. Boa-fé e cooperação e sua relação com as invalidades. Preclusões lógicas

Outra inovação do CPC/2015 foi a positivação dos princípios da boa-fé (art. 5.º) e cooperação (art. 6.º). No sentido dos deveres que ambos os princípios impõem, que já tratamos em tópico anterior, ambos os princípios permitem que os atos praticados sejam aproveitados ou considerados inválidos e inadmissíveis se violarem expectativas legítimas.

Os deveres de cooperação exigem do juiz, de um lado, a prevenção de invalidades; de outro, o dever de esclarecimento e informação (derivados não só da cooperação mas também do dever de diálogo do contraditório), determinam que o juiz tenha que alertar as partes quando verificar que a prática de um ou vários atos processuais possa estar inobservando formalidades imprescindíveis para o exercício das garantias processuais fundamentais. Com isso, estará atuando como indutor (e não apenas sancionador) e contribuindo para que o processo não volte a etapas anteriores sem necessidade, atuando prospectivamente num momento em que ainda cabe a retificação ou repetição do ato defeituoso.

Por outro lado, os princípios reforçam deveres que falam a favor de um endurecimento das preclusões lógicas no processo. Não se toleram mais comportamentos absolutamente incompatíveis com condutas anteriores, não só das partes como também do juiz. Já passou o tempo em que se admitia que o magistrado também se inseria na cooperação (art. 6.º), também fosse constrangido pelos deveres do contraditório; e também devesse pautar-se de acordo com a boa-fé. É inadmissível a contradição de comportamentos, mesmo que estes sejam provenientes do Estado-juiz. Por exemplo: decisão do juiz que indefere produção de prova por desnecessidade e posterior sentença de improcedência por falta de provas. O tema é ainda mais relevante quando se vê, no novo CPC, um sistema de precedentes em que se pretende implementar coerência, consistência, estabilidade, segurança.

7.2.3. Segue: a vontade e a interpretação dos atos processuais

Uma premissa necessária à reformulação da teoria das nulidades, como vimos, é o resgate da vontade na prática dos atos processuais. O tema se une à boa-fé no novo CPC quando se pensa na interpretação dos atos do processo. O tema tem sido muito pouco enfrentado na literatura brasileira. Registram-se os textos de Fredie Didier Jr. e recentemente Clóvis Kemmerich (acerca da sentença obscura e a coisa julgada).

A interpretação dos atos processuais é uma importante "inovação" do CPC/2015. Não se trata de algo efetivamente novo, até porque já se compreendia que os atos jurídicos em geral (arts. 112 e ss. do CC) e os atos jurídicos processuais em especial devem ser interpretados. Compreende-se também, no campo da teoria das normas (veja-se no Brasil Humberto Ávila e na Europa sobretudo a escola de genovese de Chiassoni e Guastini), que todo enunciado textual é potencialmente objeto de interpretação, e assim a sentença também merece ser interpretada. Conquanto não seja novidade, a positivação no CPC é salutar, o que se observa nos arts. 322, § 2.º, que diz que o pedido deve ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação e observada a boa-fé; e também no art. 489, § 3.º, que determina que a sentença deve ser interpretada no conjunto de todos os seus elementos (reivindicação antiga da doutrina alemã, que fala de "conjunto de fundamentação" ou *Begründungszusammenhang*) e de acordo com a boa-fé.

Os dispositivos são muito importantes no sistema das invalidades, porque a vontade dos litigantes deverá ser analisada para corretamente compreender seus objetivos e finalidades. Tradicionalmente se desconsiderava a

vontade no exame dos atos do processo, o que se verificava no exame de instrumentalidade: para identificar se o ato atingiu ou não sua finalidade, buscava-se verificar o "escopo do ato" objetivamente considerado, sem qualquer consideração sobre o escopo que o litigante procurava obter. Ora, em nosso sentir, patente desconsideração da pessoa humana, uma coisificação do sujeito do processo que não é mais compatível com o direito processual contemporâneo.

7.2.4. Princípio da prevalência da decisão de mérito

A literatura que tem comentado o novo CPC, tem identificado um novo princípio processual no sistema do Código: o princípio da prevalência do exame ou da decisão de mérito (Didier Jr.). O princípio destina-se a aproveitar toda a atividade processual (e também suas formalidades) para resolver o conflito, e não apenas o processo. É decorrência de uma constatação antiga da doutrina, no sentido de que as extinções do processo prematuras, por razões puramente procedimentais, além de não resolverem o problema prático daqueles que foram buscar o Judiciário, invariavelmente faz com que o litígio retorne pela repropositura da demanda. O princípio da prevalência da decisão de mérito quer evitar as extinções por razões procedimentais, aproveitando os atos e o procedimento como um todo para buscar a solução do conflito.

Trata-se não apenas de um reforço da regra da instrumentalidade, mas um princípio bem mais amplo, que se aplica durante todo o arco do procedimento e pode ser extraído de diversos dispositivos do novo CPC, do início ao fim do texto legislativo. Vejamos.

Nas normas fundamentais, pode ser extraído dos arts. 4.º e 6.º, que afirmam que a parte tem direito ao julgamento de mérito, incluída a atividade executiva para a satisfação do direito material. Posteriormente, ao disciplinar os poderes do juiz, afirma que o magistrado deve suprir vícios no campo dos pressupostos processuais, saneando os vícios (art. 139, IX).

No exame da competência, o Código consagra o instituto da *translatio iudicii*, que recebeu a atenção doutrinária, no Brasil, de Leonardo Greco e Leonardo Carneiro da Cunha, e que significa a transferência de competência entre Juízos com o aproveitamento total dos atos praticados no Juízo competente. A regra está prevista no art. 64, § 4.º, do CPC/2015, e se aplica também às hipóteses de incompetência absoluta, em evidente alteração em relação ao CPC/1973, no qual o art. 113, § 2.º, mandava que fossem anulados os atos decisórios. Portanto, no sistema do novo Código, declínio de competência da justiça estadual para a federal, da justiça federal para a do trabalho, mesmo em causas de competência fixada constitucionalmente ou que pudesse levar às nulidades ditas "absolutas", podem-se aproveitar todos os atos praticados, salvo se o Juízo competente proferir uma decisão de invalidação.

A prevalência do mérito se concretiza também em disposições específicas do capítulo das nulidades. O art. 282, § 2.º, reproduz regra do CPC anterior no sentido de que não deve ser pronunciada a invalidade se o juízo, no mérito, visualizar que julgará em favor da parte que se beneficiaria da invalidação.

Adiante, no art. 317, o novo CPC diz que, antes de extinguir o processo sem resolução de mérito, o juiz deve dar vista às partes para corrigir o vício. No art. 352 determina a lei que, se o juiz verificar a presença de vícios sanáveis, deverá determinar a retificação ou repetição do ato.

Ao disciplinar a sentença, no art. 488, o CPC/2015 repete regra já existente no Código anterior no sentido de que o juiz deverá julgar o mérito em favor daquela parte a quem favoreceria a extinção sem mérito.

Na fase recursal, outras regras também podem ser identificadas como sendo derivadas do princípio da prevalência da decisão de mérito. O art. 932, parágrafo único, dispõe que, antes de inadmitir um recurso, o relator deve permitir ao recorrente oportunidade para complementar documentos e corrigir vícios. O art. 938, § 1.º, determina que, toda vez que houver vício, o tribunal deve permitir a renovação, retificação do ato e só depois prossegue no julgamento (evitando soluções puramente procedimentais).

Cabe citar o art. 1.013, especialmente seus §§ 3.º e 4.º, que tratam dos casos em que o tribunal apreciará o mérito dos recursos quando estes impugnaram apenas questões procedimentais no primeiro grau, se o

processo estiver em condições de imediato julgamento. A hipótese, conhecida como técnica ou "teoria" da "causa madura", já era prevista no art. 515, § 3.º, do CPC/1973 mas foi aprimorada e detalhada no novo Código.

Por fim, vemos ainda o art. 1.029, § 3.º, que impõe ao STF e ao STJ o dever de desconsiderar vícios, não os reputando graves, prosseguindo no julgamento dos recursos. Trata-se de importante regra em razão da "jurisprudência defensiva" dos tribunais superiores que, a pretexto de "proteger formalidades" julgava inadmissíveis recursos cujos defeitos formais eram irrelevantes (carimbo ou assinatura ilegível, recursos interpostos antes do termo *a quo* do prazo considerados "prematuros" etc.). O Código resolveu muitas destas questões (art. 218, § 4.º; art. 1.007, § 7.º), impondo também aos tribunais superiores deveres de aproveitamento da atividade processual para a solução do mérito.

Como se vê, são tantas as regras que o concretizam, e num espectro de abrangência maior que a instrumentalidade das formas (aplicável inclusive às nulidades absolutas) que realmente parece ser um novo princípio, uma nova diretriz do sistema processual brasileiro.

7.2.5. Flexibilização formal e o sistema de liberdade das formas no CPC/2015

Outra mudança do novo Código é a previsão ampla de flexibilização das formalidades, seja pelas partes, de maneira negocial (tema da tese apresentada por este candidato), seja pelo juiz. De fato, tanto por negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 200), quanto em razão dos poderes de gestão procedimental do julgador (arts. 139, VI), o novo Código prevê a possibilidade de modificação das formalidades legais casuisticamente, em razão das peculiaridades da causa. Trata-se de um modelo muito mais consentâneo com as premissas apresentadas em tópicos anteriores, voltado para o caso e para as circunstâncias concretas.

Durante a tramitação do novo CPC no Congresso Nacional, chegou a ser proposta a introdução de uma cláusula geral de flexibilização pelo juiz, que ao final ficou limitada no art. 139, VI, à inversão da ordem de produção de meios de prova e modificação de prazos em razão da complexidade dos atos por praticar. De qualquer maneira, entendemos, como fazia a doutrina nacional há mais de dez anos sobre o sistema do CPC/1973 (Gajardoni), que o processo contemporâneo é compatível com a flexibilização procedimental empreendida pelo juiz, desde que respeitado o contraditório e garantido um mínimo de previsibilidade (componente indispensável da segurança jurídica e do devido processo legal). Setores doutrinários mencionavam até um princípio de adequação ou adaptabilidade (Didier Jr.). Assim, pensamos que o art. 139, VI, pode ser interpretado extensivamente, para permitir ao juiz outras possibilidades de flexibilização formal.

À luz dessas premissas, parece-nos que não é mais possível, no sistema do novo CPC, falar em modelo de "legalidade", mesmo que se lhe aponha o qualificativo de "temperada". O sistema do Código é de liberdade das formas, ou como afirma Arruda Alvim, princípio da "forma livre", como se extrai não apenas da dicção clara dos arts.188 e 277, mas também e sobretudo destes outros pontos do sistema que prestigiam a flexibilização voltada ao caso, e não a rigidez apriorística da lei geral e abstrata.

7.2.6. Segue: Qual parâmetro de flexibilização? Negócios processuais, case management ou adequação?

Tema instigante, que por falta de tempo não poderemos ampliar, diz respeito a qual modelo de flexibilização formal devemos seguir, se aquele focado nas partes (negócios jurídicos processuais) ou centrado no juiz. O assunto foi tratado na tese apresentada como requisito parcial neste concurso, pelo que remetemos a banca às considerações lá expendidas a respeito.

Aqui, todavia, queremos fazer uma ressalva. É que, nos últimos tempos, tem sido frequente a referência aos movimentos do *common law*, sobretudo na Inglaterra, do chamado *case management*, de atribuição ao juiz de poderes amplos de gestão das formalidades. Não me parece adequada a utilização dos parâmetros ingleses por dois motivos. O primeiro é que são mais afetos à lógica aplicativa dos sistemas de tradição anglo-americana, diferentes do nosso, de base romano-germânica. O segundo e mais importante é que Portugal foi pioneiro em positivar o princípio de adequação formal, possuindo profícua produção acadêmica que pode ser útil na interpretação e aplicação das normas brasileiras. Ora, neste cenário, parece-nos melhor nos valermos da

elaboração lusitana, com o rigor analítico dos sistemas de tradição romano-germânica de direito escrito e legislado, do que os parâmetros fluidos e imprecisos com que constantemente o *common law* permite a utilização, pelo juiz, de seus poderes de gestão.

7.2.7. Flexibilidade de formas, aplicável a qualquer tipo de defeito. A mudança do art. 277 do CPC/2015 e o fim das nulidades absolutas

Outro dado que entendo relevante mencionar é a importante alteração empreendida pelo art. 277 do CPC/2015 em relação ao art. 244 do CPC/1973. Este dizia que "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". Por causa da expressão "sem cominação de nulidade", entendia-se predominantemente que a regra da instrumentalidade (ou da finalidade) não se aplicaria às nulidades ditas cominadas, e por consequência às absolutas.

Pois o art. 277 do novo CPC mudou a regra, suprimindo a expressão "sem cominação de nulidade". Portanto, a nós parece que a evidente intenção do legislador foi estender a instrumentalidade para qualquer tipo de vício, mesmo aqueles que poderiam, no sistema anterior, levar às nulidades absolutas. Endosso as lições do Prof. José Roberto Bedaque, em tese de titularidade apresentada nesta Faculdade, quando já no sistema do CPC/1973 defendera que deveria ser aplicada a instrumentalidade mesmo em casos de nulidades absolutas e cominadas.

Mas penso que podemos ir além. Conjugada esta alteração com todas as anteriores (flexiblização formal, vedação de pronúncia *ex officio* sem contraditório, aproveitamento de atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente pela *translatio iudicii*), torna-se totalmente inadequada a classificação das nulidades em absolutas ou relativas porque seus regimes de invalidação não são mais discerníveis entre si. Todos os defeitos no direito processual civil são convalidáveis porque os atos processuais devem ser considerados válidos *prima facie.* O Código parece ter encampado esta premissa, não mais fazendo sentido a classificação das invalidades tal como se fazia anteriormente. Talvez a única classificação possível seja aquela que qualifica os defeitos (não a invalidade, que lhes é posterior porque sanção ou consequência) em sanáveis ou insanáveis. Todas as demais classificações não parecem fazer sentido no modelo do novo CPC.

Neste sentido, a nulidade pela ausência de intimação do MP, cominada no parágrafo único do art. 246 do CPC/1973, passou a ser patentemente relativa, na esteira do que já era a jurisprudência do STJ. O novo art. 279, § 2.º, do CPC/2015 é claro a respeito. Mais uma prova de que as classificações de nulidades cominadas, não cominadas, absolutas e relativas, não fazem mais sentido no novo Código.

7.2.8. Preclusões das invalidades. Preclusão das nulidades absolutas, vício de citação e estabilidade da decisão de saneamento

À luz das premissas e conclusões anteriores, pensamos que as alegações de invalidade, no sistema do novo CPC, precluem. Devem precluir pelo princípio de validade *prima facie* e pela flexibilização formal que é pedra de toque do novo Código.

E devem ser alegadas na primeira oportunidade que a parte tem para falar nos autos sob pena de preclusão. É a interpretação que extraímos do art. 278, parágrafo único, não sendo possível restringir-lhe o campo de aplicação apenas às nulidades relativas ou anulabilidades (restrição que não faz mais sentido no sistema do novo CPC, como vimos).

Pensamos também, aderindo à conclusão dos primeiros comentaristas do novo Código, que, se não houver alegação na primeira oportunidade, a questão preclui independentemente do vício. Se houver alegação, o juiz decidirá a respeito e o interessado poderá recorrer (por agravo ou apelação, a depender do caso). Não recorrendo, mais uma vez estará preclusa a análise do defeito formal. Não é mais tolerável que a parte se omita e anos depois, às vezes em instâncias recursais, invoque defeitos de "ordem pública" ou "nulidades absolutas" que já conhecia, já podia ter alegado, mas optou por se omitir guardando "trunfos", em conduta

anticooperativa e contrária à boa-fé processual. Entendemos que a omissão reiterada em alegar, por força das preclusões lógicas e dos deveres de cooperação e boa-fé (forte em institutos como a proteção da confiança, *Verwirkung*) é incompatível com a alegação posterior (tardia) e portanto deve ser considerada inadmissível.

No mesmo sentido, não conseguimos compreender o acerto do entendimento do STF consolidado no verbete n. 514 de sua Súmula, admitindo ação rescisória sobre matéria que não foi recorrida. Tendo a parte se omitido reiteradamente na cadeia recursal, não poderá posteriormente invocar o defeito com o qual, ainda que tacitamente, conformou-se.

Outra questão que parece ter sido resolvida no novo CPC diz respeito à qualificação de certos defeitos "mais graves" como sendo vícios "transrescisórios", que sobreviveriam ao trânsito em julgado (como se sabe, a coisa julgada é sanatória geral e transforma, como diz Barbosa Moreira, as nulidades em meras rescindibilidades) e poderiam ser alegados até depois do prazo da ação rescisória, por meio de *querela nullitatis* ou ação de nulidade *ipso iure*. Um desses vícios transrescisórios seria o vício de citação, considerado o mais grave do processo. Pois bem, estamos com Pontes de Miranda quando diz que mesmo o vício de citação pode precluir, não só porque convalidável, mas porque, se não alegado pelo prejudicado na primeira oportunidade, não pode ser guardado como um trunfo a ser sacado a qualquer momento, ao bel prazer do litigante. O novo CPC parece ter encampado esta linha, sendo esta a conclusão a que chego ao interpretar a previsão da querela no art. 525, § 1.º, I.

O novo CPC, no art. 357, § 1.º, termina também com controvérsia existente há muito tempo na doutrina, que entendia que não se tornava preclusa, pela decisão de saneamento, a análise de certos requisitos formais do processo (p. ex. legitimidade *ad causam*, interesse de agir, pressupostos processuais, nulidades absolutas), que poderiam ser reexaminados posteriormente, pelo próprio Juízo ou pelo tribunal (neste sentido Rogério Lauria Tucci, em obra clássica sobre saneamento do processo). Estamos no ponto, desde o CPC anterior, com outros autores que defendiam a preclusão. De qualquer modo, o novo CPC parece ter posto uma pá de cal na discussão.

7.2.9. Causalidade e deveres de fundamentação

O incremento dos deveres de fundamentação (art. 489, § 1.º, do novo CPC) também parece impactar o juízo de invalidação, não apenas pela exigência de fundamentação acentuada (ônus argumentativo) para superar a prioridade *prima facie* do princípio de validez apriorística dos atos do processo, antes examinado, mas também num aspecto importante peculiar aos atos do processo (em cadeia).

É que, ao pronunciar a invalidade por arrastamento ou derivação (conhecida no direito probatório na prova ilícita por derivação, *fruit of the poisonous tree*, um caso especial de nulidade), o juízo deve justificar especificamente a dependência do ato posterior em relação ao ato defeituoso. Também deverá justificar a impossibilidade de evitar a invalidação, o que é permitido, no campo probatório, em razão das cláusulas que retiram o nexo causal, como a fonte independente de prova e descoberta inevitável (conhecidas no direito estadunidense e negligenciadas no Brasil, mas previstas no art. 157, §§ 1.º e 2.º, do CPP, aplicável ao processo civil). Trata-se de possibilidade sofisticada de aplicação do adágio *utile per inutile non vitiatur*.

7.2.10. Outras questões. Nulidade e precedente. Diferenciação dos atos processuais para fins de avaliar a necessidade de invalidação

Outras muitas questões poderiam ser suscitadas no modelo do novo CPC. Uma delas é o papel da nulidade num sistema de precedentes. Numa primeira aproximação, a nulidade falaria contra um sistema de precedentes porque impediria a formação de padrões decisórios generalizáveis, evitando a pronúncia sobre o mérito. Não é esse nosso entendimento.

Penso que o precedente possa ser formado também sobre questões processuais. Assim, é possível que, ao invalidar, o Judiciário esteja firmando precedente sobre o que deve ser observado em relação aos requisitos formais do ato processual. É algo que parece convergir com a ideia de nulidade como sanção positiva, premial

ou indutiva, própria de um Estado que fomenta padrões de comportamento (e não apenas os sanciona), consentânea com o sistema de precedentes (arts. 926 a 927 do novo CPC).

No juízo de invalidação, vários cortes poderiam ser propostos para pautar se o defeito teve ou não impacto nas garantias fundamentais dos litigantes: trata-se de ato estimulante ou determinante, final ou intermédio, se é comissivo ou omissivo e o duplo aspecto da omissão (omissão geradora de invalidade e omissão geradora de expectativas). Não teremos tempo de abordar todos estes temas.

8. Conclusão

Exmos. Professores Titulares Membros da Banca Examinadora, como proposto, procurei desenvolver o tema de acordo com o que o ponto sorteado indicava: um exame das invalidades a partir de uma perspectiva teórica, crítico-prescritiva, propondo soluções e alternativas para os problemas enfrentados pelo modelo atual, mas sem esquecer dogmaticamente de enfrentar as principais mudanças que o sistema vem sofrendo em razão de novas tendências e das alterações legislativas empreendidas pelo novo CPC. Peço escusas, por premência de tempo, se não pude desenvolver outros temas e aprofundar ainda mais a abordagem proposta, e agradeço a atenção dispensada.

Pesquisas do Editorial

- O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA COMUNICATIVO DAS NULIDADES SOB A ÓTICA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL, de Ravi Peixoto - RDPriv 60/2014/99
- O DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS: JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, PARCIAL E PRIMA FACIE COMO INSTITUTOS PROCESSUAIS DE GARANTIA, de Richard Pae Kim - RePro 229/2014/13
- NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL X SISTEMA PROCESSUAL CIVIL DE NULIDADES. XEQUE-MATE?, de Erik Navarro Wolkart - RePro 250/2015/35

FOOTNOTES

[1] O presente texto corresponde à prova escrita do autor no concurso de Livre-Docente do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade deSão Paulo, 2015, avaliado com nota máxima por todos os membros da banca examinadora composta pelos Professores Titulares José Rogério Cruz e Tucci (Presidente), Paula Costa e Silva, Humberto Theodoro Jr., José Manuel de Arruda Alvim Netto e Flávio Luiz Yarshell. Não foram introduzidas notas para preservar o documento tal como escrito em 18.09.2015 e apresentado oralmente em 25.09.2015.

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.