

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

FELIPE SARDENBERG GUIMARÃES TRÉS HENRIQUES

**BOA-FÉ PROCESSUAL E PRECLUSÃO: A INSUBSISTÊNCIA
DA TESE DAS “NULIDADES DE ALGIBEIRA”**

VITÓRIA
2024

FELIPE SARDENBERG GUIMARÃES TRÉS HENRIQUES

**BOA-FÉ PROCESSUAL E PRECLUSÃO: A INSUBSISTÊNCIA
DA TESE DAS “NULIDADES DE ALGIBEIRA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo -
UFES como requisito parcial para a obtenção de Título
de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Gilberto Fachetti Silvestre

VITÓRIA/ES

2024

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

- H518b Henriques, Felipe Sardenberg Guimarães Três, 1998-
BOA-FÉ PROCESSUAL E PRECLUSÃO: A
INSUBSISTÊNCIA DA TESE DAS “NULIDADES DE
ALGIBEIRA” / Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques. -
2024.
183 p.
- Orientador: Gilberto Fachetti Silvestre.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.
1. Invalidades processuais. 2. Boa-fé processual. 3.
Preclusão. I. Silvestre, Gilberto Fachetti. II. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. III. Título.

CDU: 340

FELIPE SARDENBERG GUIMARÃES TRÉS HENRIQUES

BOA-FÉ PROCESSUAL E PRECLUSÃO: A INSUBSISTÊNCIA DA TESE DAS “NULIDADES DE ALGIBEIRA”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo -
UFES como requisito parcial para a obtenção de Título
de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em ____ de _____ de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre — Universidade
Federal do Espírito Santo (Presidente-Orientador)

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge — Universidade Federal
do Espírito Santo (Membro interno)

Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira — Universidade
Federal do Espírito Santo (Membro interno)

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica — Universidade
de São Paulo (Membro externo)

VITÓRIA/ES

2024



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO MESTRANDO
FELIPE SARDENBERG GUIMARÃES TRÊS HENRIQUES**

Às 10 horas do dia 7 do mês de junho do ano de 2024, na Sala 1 NPJ CCJE UFES, reuniu-se a Banca Examinadora assim composta: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre (orientador); Prof. Dr. Flavio Cheim Jorge (membro interno); Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira (membro interno); Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica (membro externo - USP); para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando FELIPE SARDENBERG GUIMARÃES TRÊS HENRIQUES com o tema: "BOA-FÉ PROCESSUAL E PRECLUSÃO: A INSUBSISTÊNCIA DA TESE DAS "NULIDADES DE ALGIBEIRA".
Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 20 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno; em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala virtual para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

☒	APROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após a entrega da versão final de sua dissertação em meio digital à Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.
☐	REPROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aluno deverá verificar no Regimento do PPGDIR/UFES quais os efeitos desta decisão, devendo eventuais requerimentos serem dirigidos por escrito à coordenação do PPGDIR/UFES.
Conforme decisão do Colegiado Acadêmico do dia 29.09.2023, os conceitos dos campos acima passaram a seguir a seguinte métrica: 0,0 (zero) a 6,9 (seis vírgula nove) = REPROVADO; 7,0 (sete) a 10,0 (dez) – APROVADO.	
NOTA 19,0	

gilberto fachetti silvestre
Thiago F.
[Assinatura]

[Assinatura]

AGRADECIMENTOS

Durante o mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), fui muitíssimo abençoado e, por isso, a lista de agradecimentos é extensa.

Pela vida, por todas as pessoas e pelas oportunidades especiais que coloca no meu caminho, agradeço, primeira e imensamente, a Deus.

Aos meus pais, Ricardo e Roberta, que sempre foram meu porto seguro e, principalmente, meus grandes exemplos de vida. Nada seria possível sem eles, de modo que qualquer agradecimento que eu venha a fazer, além de não caber nessas páginas, jamais será proporcional a tudo que me ensinaram. Essa conquista é de vocês.

À minha irmã, Ana Clara, que dividiu essa caminhada no mestrado comigo e me inspira a ser exemplo de pessoa e de profissional.

À minha avó, Ana Maria, com quem tenho o enorme privilégio de conviver e de aprender a ensinar pelo exemplo.

À Leila, minha companheira de todas as horas, pela compreensão e apoio irrestrito que me possibilitou superar todas as adversidades. Foi sinônimo de calma em meio às dificuldades enfrentadas.

Na academia, ao meu orientador Professor Gilberto Fachetti Silvestre agradeço por ter, ainda nos bancos do primeiro período da graduação, me encantado com o brilho de suas aulas e pavimentado o caminho que espero percorrer por muitos anos. Agradeço a oportunidade e confiança depositadas em mim durante esses mais de oito anos de convívio, que me proporcionaram experiências inesquecíveis: monitorias; estágio de docência na disciplina de TGDC; e docência voluntária na UFES. Professores como o senhor inspiram. Meu muito obrigado.

Ao Professor Flávio Cheim Jorge, que, desde a graduação, incentivou a pesquisa e o estudo verdadeiro da ciência processual. Agradeço pela disponibilidade de tempo e pelas contribuições indispensáveis para o trabalho. Agradeço, ainda, pelas aulas na disciplina de Teoria Geral do

Processo e pela oportunidade de termos publicado um trabalho em coautoria durante meu mestrado. Momentos como esse jamais serão esquecidos por mim.

Ao Professor Thiago Ferreira Siqueira, pela gentileza de estar sempre disponível a contribuir com o trabalho, por ter disponibilizado sua biblioteca e, principalmente, por ser um grande exemplo para os seus alunos. Aproveito para agradecer pelas aulas de Teoria Geral do Processo e de Teoria Contemporânea dos Atos Processuais, que foram fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao Professor Heitor Vitor Mendonça Sica, por, mesmo de longe, se fazer presente através de sua produção acadêmica. O desenvolvimento e o aprimoramento do trabalho passam por ela. Agradeço-lhe, também por gentilmente ter aceitado o convite para se deslocar de sua cidade para participar da avaliação da dissertação.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES, bem como aos servidores e funcionários do PPGDIR-UFES, em especial ao Fernando e à Adriele, pela presteza e gentileza no atendimento das demandas.

Aos alunos da Graduação do Curso de Direito da UFES, pelo carinho e respeito, bem como pela troca de aprendizado.

Aos queridos alunos da Graduação do Curso de Ciências Contábeis da UFES, pela paciência, apoio, respeito e amizade. Jamais esquecerei das aulas de Instituições de Direito. Como disse a vocês, mais aprendi que ensinei.

Aos sócios e amigos do Alves Hibner, Rafael, Davi, Aurélio, Vitor e Lucimar, pela compreensão nos momentos de ausência e por todo o apoio e suporte durante o mestrado.

Por fim, agradeço aos meus amigos de Cachoeiro e de Vitória, que, ainda que distantes, sempre estiveram ao meu lado. Vocês também são parte deste trabalho. Em especial, agradeço aos que contribuíram diretamente para o aprimoramento da pesquisa: Ana, sempre disponível a ajudar, fazer revisões, críticas e sugestões, que também foi minha parceira de seminários, artigos, angústias e alegrias; Davi, pela contribuição com ideias, bibliografias, sugestões para

seminários e artigos; e Tiago, que dividiu a trajetória acadêmica comigo desde o segundo período da graduação.

Dessa forma, depois de mais de oito anos, encerro mais um ciclo na minha *Alma Mater*, a Universidade Federal do Espírito Santo. E que não seja uma despedida, mas um até breve.

RESUMO

Objeto: trata-se de pesquisa que analisa o sistema de invalidades processuais civis a partir da boa-fé processual e do regime legal da preclusão processual previsto no Código de Processo Civil, a fim de verificar a viabilidade da tese das “nulidades de algibeira”, criada pelo Superior Tribunal de Justiça, especial e inicialmente pela Terceira Turma. **Problemática:** a aplicação da tese das “nulidades de algibeira” implica que todos os vícios processuais estão sujeitos à preclusão, principalmente, em razão da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º). **Problema:** a cláusula geral da boa-fé processual seria capaz de impedir que as partes alegassem e que o juiz reconhecesse vícios processuais não suscitados em um momento procedimentalmente oportuno? **Metodologia:** consiste em análise documental qualitativa da literatura jurídica, do Código Civil, dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, do Regulamento nº 737 de 1850 e de julgados da Terceira e da Quarta Turmas Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de premissas maiores consideradas verdadeiras, submetendo-as a premissas menores, para, em um movimento lógico descendente, propor uma tese de insubsistência das nulidades de algibeira. **Resultados:** a tese das “nulidades de algibeira” não encontra espeque na legislação processual civil brasileira, de modo que a pesquisa verificou que sua aplicação se encontra em conflito com o regime jurídico das preclusões e das invalidades processuais e, inclusive, com premissas que são apontadas como “princípios” pela literatura jurídica, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça e pela lei processual. **Contribuições:** além de demonstrar que a “nulidade de algibeira” é inapropriada à melhor técnica processual, a pesquisa elabora uma tese propositiva no sentido de que também se mostra desnecessária na busca por soluções relacionadas à alegação tardia de invalidades processuais. No aspecto prático, a pesquisa aponta que há mecanismos já previstos na lei para lidar com as hipóteses de alegação tardia de nulidade. Caso o ato processual não atinja sua finalidade ou cause prejuízo às partes ou à prestação da tutela jurisdicional, a nulidade deverá ser decretada, ainda que não seja alegada na primeira oportunidade em que a parte tem de se manifestar nos autos. Do ponto de vista social, permite que a prestação jurisdicional seja entregue aos jurisdicionados, preservando-se a segurança jurídica e evitando-se abusos interpretativos que possuem o objetivo de derrogar formulações normativas aplicáveis, a partir de sintagmas vagos.

Palavras-chave: Invalidades processuais. Boa-fé processual. Preclusão. “Nulidade de algibeira”.

ABSTRACT

Objective: This research delves into the realm of procedural invalidities in Brazilian civil procedure law, examining the role of procedural good faith and the legal framework of procedural preclusion as outlined in the Civil Procedure Code. It aims to assess the feasibility of the “pocket nullities” thesis, initially formulated by the Third Chamber of the Superior Court of Justice. **Issue:** The application of the “pocket nullities” thesis implies that all procedural flaws are subject to preclusion, primarily due to procedural good faith (Article 5) and cooperation (Article 6). **Problem:** Can the general principle of procedural good faith prevent parties from raising, and judges from recognizing, procedural flaws not raised at the appropriate procedural juncture? **Methodology:** This study employs a qualitative documentary analysis of legal literature, the Civil Code, the Civil Procedure Codes of 1939, 1973, and 2015, Regulation No. 737 of 1850, and rulings from the Third and Fourth Chambers of the Superior Court of Justice. Using a deductive approach, it starts from major premises considered true, which are then subjected to minor premises, culminating in a logically descending movement to propose a thesis on the insubstantiality of “pocket nullities”. **Results:** The “pocket nullities” thesis lacks support in Brazilian civil procedural law. The research found that its application conflicts with the legal regime of preclusions and procedural invalidities, as well as with principles highlighted in legal literature, by the Superior Court of Justice, and within procedural law itself. **Contributions:** In addition to demonstrating the inadequacy of “pocket nullities” in optimal procedural practice, the research offers a proactive thesis suggesting their redundancy in addressing belated claims of procedural invalidities. From a practical standpoint, the study identifies existing legal mechanisms to address late claims of nullity. If a procedural act fails to achieve its purpose or causes harm to the parties or the administration of justice, nullity should be decreed, even if not raised at the first opportunity for the party to express themselves in the proceedings. From a societal perspective, this ensures the delivery of judicial services to litigants while safeguarding legal certainty and preventing interpretive abuses aimed at circumventing applicable normative formulations through vague syntagms.

Keywords: Procedural invalidities. Procedural good faith. Preclusion. “Pocket nullity”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1.....	18
AS INVALIDADES PROCESSUAIS	18
1.1 Objetivos e limites do capítulo	18
1.2 Os planos do ato jurídico e sua aplicação ao processo civil: existência, validade e eficácia	19
1.2.1 O plano da existência.....	19
1.2.2 O plano da validade	30
1.2.3 O plano da eficácia	38
1.3 As diferentes posições jurídicas assumidas pelas partes e pelo juiz	40
1.4 As distinções entre os atos inválidos e os atos inadmissíveis	45
1.5 A insuficiência da classificação tradicional das invalidades processuais	48
1.6 O regime jurídico aplicável aos vícios processuais no Código de Processo Civil	52
1.6.1 A importância das formas para o processo civil	52
1.6.2 A instrumentalidade das formas	56
1.6.3 A instrumentalidade das formas e a validade <i>prima facie</i> dos atos processuais	66
1.6.4. Outros meios para evitar a decretação das invalidades processuais: confirmação, conversão, suprimimento e preclusão	71
1.7 Conclusão parcial	74
CAPÍTULO 2.....	78
A BOA-FÉ PROCESSUAL	78
2.1 Objetivos e limites do capítulo	78
2.2 A boa-fé enquanto cláusula geral do ordenamento jurídico	79
2.3 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.....	87
2.4 A aplicação da boa-fé objetiva no processo civil: <i>venire contra factum proprium</i> e <i>supressio</i> processuais.....	93
2.5. A relação entre a <i>supressio</i> e as invalidades processuais	105
2.6 O modelo cooperativo de processo e as condutas dos sujeitos processuais	108
2.7 Conclusão parcial	115

CAPÍTULO 3.....	118
A “NULIDADE DE ALGIBEIRA” E SUA RELAÇÃO COM A BOA-FÉ PROCESSUAL E COM A PRECLUSÃO	118
3.1 Objetivos e limites do capítulo	118
3.2 A preclusão processual civil.....	119
3.3 A omissão das partes e do juiz: a (não) incidência da preclusão e o poder-dever de controlar a regularidade dos atos processuais	121
3.4 A estabilidade da decisão declaratória de saneamento e organização do processo e as invalidades processuais	126
3.5 A insubsistência da tese das “nulidades de algibeira”	131
3.6 A boa-fé no direito administrativo e a sua relação com a tese das “nulidades de algibeira”	139
3.7 Casuística no Superior Tribunal de Justiça	149
 CONCLUSÃO.....	 161
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 166

INTRODUÇÃO

O eu lírico do poema “Aniversário” de Fernando Pessoa leva o leitor a refletir sobre as transformações singulares a que os sujeitos são submetidos ao longo dos anos. Entre as recordações inocentes da infância e as decepções trazidas pela vida adulta, o autor demonstra um sentimento de perda quando mira o passado e resignação quanto à passagem do tempo. A incursão ao passado leva o eu poético a lembrar que o tempo é definitivamente um fator sobre o qual não se tem controle, a ponto de fazê-lo suplicar ao coração: “[...] Pára, meu coração! Não penses! Deixa o pensar na cabeça! Ó meu Deus, meu Deus, meu Deus! Hoje já não faço anos. Duro. Somam-se-me dias. Serei velho quando o for. Mais nada. Raiva de não ter trazido o passado roubado na algibeira!...”. O pêndulo sentimental do eu lírico que flutua entre a percepção perda e conformismo não o impede de demonstrar seu descontentamento com o fato de não ter trazido o passado roubado na “algibeira”.

“Algibeira” advém da palavra árabe “*al-jibarâ*” (“الجيب”), que representa um pequeno bolso geralmente cosido pelo lado de dentro da vestimenta, que é utilizado para guardar ou esconder pequenos objetos. O autor se releva frustrado por não conseguir se desvencilhar das lembranças do passado, pois não foi capaz de guardar essas memórias na algibeira.

A compreensão da etimologia da palavra “algibeira” é importante para a análise da aplicação da tese das “nulidades de algibeira”, criada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Pois bem, o *caput* do art. 278 do Código de Processo Civil impõe às partes o ônus de alegar as invalidades na primeira oportunidade que couber a elas se manifestar no processo, sob pena de preclusão. O parágrafo único do art. 278, por sua vez, estabelece uma exceção à regra do *caput* ao impedir a incidência da preclusão sobre as invalidades processuais que devem ser reconhecidas *ex officio*.

No exercício da jurisdição, recai sobre o juiz um poder-dever geral de zelar pela regularidade formal do processo. Isso implica que, com exceção dos casos em que o Código de Processo Civil estabelece um limite temporal para o reconhecimento do vício (incorrecção do valor da causa, por exemplo), o juiz deverá reconhecer os vícios dos atos processuais declaráveis *ex officio* (v. g., vício de intimação).

O Superior Tribunal de Justiça, especialmente a Terceira e Quarta Turmas, e parte da literatura jurídica entendem que a boa-fé processual (art. 5º do Código de Processo Civil), associada à ideia de cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil), seria capaz de impedir a alegação a qualquer tempo pelas partes de certos vícios processuais e, conseqüentemente, seu reconhecimento pelo juízo, ainda que o Código de Processo Civil preveja expressamente a existência de vícios cognoscíveis *ex officio* e alegáveis a qualquer tempo (v. g., arts. 337, § 5º e 485, § 3º) e a despeito do poder-dever geral do juiz de atuar na preservação da regularidade formal do processo.

Essa tese, que impede a alegação e o reconhecimento tardio da invalidade, foi denominada de “nulidade de algibeira”. Para o STJ, a parte que não alega o vício na primeira oportunidade em que tiver de falar nos autos estaria escondendo a nulidade no fundo da “algibeira” — assim como o eu lírico do poema de Fernando Pessoa desejava ter feito com suas memórias —, de modo que sua alegação posterior representaria o exercício de um comportamento desleal e antiooperativo.

Isso significa que poderia haver a preclusão da alegação ou do reconhecimento de todos os vícios, caso não sejam arguidos em momento processual oportuno, apesar da previsão do parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil. Essa é a problemática que se busca enfrentar nesta pesquisa.

A tese do Superior Tribunal Justiça parece partir, como pressuposto, de uma diferença entre possibilidade e conveniência. A possibilidade de alegar a nulidade é fixada pela lei impreterivelmente; a conveniência da alegação de nulidade se trata de uma estratégia processual, a qual o STJ reputa lesiva à honestidade e à cooperatividade processuais previstas pelo CPC, pois a parte não poderia esconder na algibeira (*rectius*: omitir-se em alegar), ainda que não intencionalmente, a invalidade processual.

Diante dessas constatações, tem-se o seguinte problema a ser investigado: a cláusula geral da boa-fé processual e a cooperação processual precluem para as partes e para o juiz a arguição e o reconhecimento de qualquer vício processual para além do momento procedimental considerado oportuno para tanto?

A partir da literatura jurídica, do Código Civil e do Código de Processo Civil, a pesquisa analisou o sistema de invalidades do Código de Processo Civil e sua relação com a boa-fé processual e com a preclusão, para verificar se a cláusula geral da boa-fé seria capaz de impedir a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 278.

Como hipótese, adotou-se que não é possível criar, de forma apriorística, categorias estanques para dividir as invalidades processuais, tais como: nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades ou nulidades cominadas e nulidades não cominadas. É preciso analisar o regime jurídico aplicável a cada uma das espécies de vício processual, de modo que a categorização pertinente deveria pretender revelar se um vício pode ser reconhecido de ofício ou não, se está ou não sujeito à preclusão ou se o vício é capaz de gerar a presunção de prejuízo para as partes ou para a prestação da tutela jurisdicional. Assim, nos casos em que a lei não veda o reconhecimento de ofício da matéria, recairá sobre o juiz o poder-dever de suscitá-la a qualquer tempo, não incidindo a preclusão para o juízo ou para as partes.

Nessa perspectiva, a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º), ainda que associada à cooperação processual (art. 6º), não pode impedir a aplicação da norma que possibilita a alegação pela parte e o reconhecimento pelo juiz de invalidades processuais que não tenham sido arguidas em um primeiro momento. A boa-fé processual não pode servir como subterfúgio para derrogar regras jurídicas aplicáveis ou como instrumento de abuso retórico, despreocupado de qualquer rigor técnico. Isso porque a boa-fé processual é uma cláusula geral que cria regras de conduta para os sujeitos processuais, sejam eles parciais ou imparciais. Adotando-se a premissa de que não é possível verificar apenas as intenções dos sujeitos processuais, o Código de Processo Civil positivou no art. 5º a boa-fé objetiva, verificada a partir de critérios objetivos, pouco importando a intenção presente no íntimo dos sujeitos processuais, mas a conduta — positiva ou negativa — adotada por ele. Por isso, somente diante do caso concreto é que se poderá verificar se houve violação à boa-fé, a partir da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* e da *supressio* (*Verwirkung*), por exemplo.

O retardamento na alegação de certas invalidades pelas partes ou de seu reconhecimento pelo juiz, desde que permitidos pela legislação processual, não configura, *prima facie*, a violação de nenhum desses deveres anexos à boa-fé, pois não se verifica a frustração de uma confiança que possa ser considerada legítima.

A metodologia da pesquisa consistiu em análise documental da literatura jurídica, do Código Civil, dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, do Regulamento nº 737 de 1850 e de julgados do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de premissas maiores consideradas verdadeiras, submetendo-as a premissas menores, para, em um movimento lógico descendente, se chegar às conclusões da pesquisa. Algumas conclusões estavam implícitas nos conhecimentos já existentes e outras estavam explícitas. Trata-se, pois, de pesquisa qualitativa, baseada na análise dos fundamentos e dos efeitos verificados naqueles documentos.

Os objetivos específicos da pesquisa são: 1) propor uma sistematização das invalidades processuais, a partir das formulações normativas do Código de Processo Civil, no Capítulo 1; 2) definir a função da cláusula geral da boa-fé no ordenamento jurídico processual, relacionando-a com as invalidades processuais, no Capítulo 2; e 3) relacionar as invalidades processuais e a boa-fé processual com o sistema de preclusão, a fim de verificar a viabilidade de aplicação da tese das “nulidades de algibeira”, no Capítulo 3.

Como resultado, apresenta-se uma tese propositiva, capaz de fornecer aos aplicadores do Direito uma maneira técnica e razoável para conformar as invalidades processuais, a boa-fé processual e a preclusão, a fim de que, em casos nos quais a invalidade não é suscitada no primeiro momento, não seja necessária a alargar indistintamente a utilização da boa-fé processual, da cooperação e da preclusão para impedir que a nulidade seja pronunciada. A pesquisa revelou que as formulações normativas do Código de Processo Civil são suficientes para tratar casos dessa natureza.

Ao final, espera-se que as proposições hoje um tanto nebulosas da tese das “nulidades de algibeira” tenham ganhado em concretude e operatividade. Se as discussões a respeito dos pontos polêmicos que envolvem a aplicação da tese tiverem sido fomentadas e alguns problemas processuais concretos tenham sido satisfatoriamente resolvidos, a pesquisa terá cumprido com seu papel.

CAPÍTULO 1

AS INVALIDADES PROCESSUAIS

1.1 Objetivos e limites do capítulo

Este capítulo tem como finalidade realizar uma análise sistemática das invalidades no Direito Processual Civil brasileiro, sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Neste ponto, não se buscará realizar uma análise histórica da legislação processual civil que tratou do tema, nem será feito um enfrentamento de todas as posições da literatura jurídica sobre as invalidades processuais.

Nesse contexto, é essencial esclarecer de antemão que, de acordo com os resultados deste estudo, o termo “invalidade” demonstra ser o mais apropriado para descrever uma potencial consequência decorrente de atos processuais defeituosos. No entanto, ao longo da pesquisa também será utilizado o termo “nulidade” como um sinônimo de “invalidade”, situação comum na literatura jurídica e que não representa atecnia.

O que se pretende é delinear uma noção ampla acerca das invalidades do processo que seja adequada às características do sistema processual civil brasileiro. Isso requer a compreensão de que o desenvolvimento teórico e a aplicação das nulidades ao processo civil são fortemente influenciados pelo Direito Privado, especialmente pelo Direito Civil.

Esses influxos do direito material contribuíram para a delimitação das classificações tradicionais das invalidades processuais. Essas classificações buscaram categorizá-las de maneira apriorística e, muitas vezes, sem considerar características inerentes ao Direito Processual Civil, como a presença de sujeitos imparciais na relação jurídica processual.

Por isso, a intenção do capítulo é demonstrar a insuficiência da maioria das classificações tradicionais, sugerindo que as invalidades sejam tratadas a partir do regime jurídico aplicável a cada um dos vícios processuais, sejam eles identificados pelo juiz de ofício ou indicados pelas partes, e não a partir de classificações não previstas em lei, como é o caso daquelas que distinguem nulidades absolutas, nulidades relativas, e anulabilidades, ou ainda nulidades cominadas e não cominadas, ou mesmo nulidades de fundo e de forma.

Para tanto, após explicitar como se dará a aplicação da teoria dos planos do ato jurídico ao Direito Processual (1.2), a pesquisa buscará demonstrar como as diferenças entre as posições jurídicas assumidas pelos sujeitos parciais e imparciais influenciam diretamente a compreensão do sistema de invalidades processuais (1.3) e a forma pela qual a nulidade é tratada no processo, a depender de quem foi o sujeito processual a praticar o ato (1.4). Por fim, com base nas noções desenvolvidas, o tema será relacionado à insuficiência da classificação tradicional das nulidades (1.5) e a necessidade de se observar o regime jurídico aplicável aos vícios, a partir das previsões da legislação processual civil, em especial da análise da instrumentalidade das formas, mediante a análise do binômio finalidade-prejuízo (1.6 e 1.7).

1.2 Os planos do ato jurídico e sua aplicação ao processo civil: existência, validade e eficácia

1.2.1 O plano da existência

Os atos processuais pertencem à categoria dos atos jurídicos e, como tais, estão sujeitos a serem analisados sob a ótica dos planos da existência, da validade e da eficácia. Essa análise, no entanto, deve considerar as particularidades inerentes ao Direito Processual Civil, estabelecendo comparações com o tratamento dado a esses planos no Direito Civil. Embora o objeto central de análise da pesquisa seja o plano da validade, compreender as invalidades processuais requer a compreensão anterior do plano da existência.

Ao examinar os atos jurídicos *lato sensu*, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda estabeleceu uma tricotomia entre os seus planos de análise. Existir, ter validade e ser eficaz são definições inconfundíveis, a tal ponto que um fato jurídico poder existir, ter validade e não ser eficaz, ou existir, não ter validade e, mesmo assim, ser eficaz¹.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade e anulabilidade. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77. A teoria desenvolvida por Pontes de Miranda foi seguida — e até mesmo desenvolvida — por diversos outros autores, dentre eles Marcos Bernardes de Mello e Antônio Junqueira de Azevedo. Nesse sentido, conferir: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52; e AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

Apesar de o Código Civil e o Código de Processo Civil não preverem textualmente a categoria jurídica da “inexistência”, é possível inferi-la das normas do ordenamento jurídico brasileiro². Situações que ocorrem no mundo dos fatos podem ser consideradas juridicamente inexistentes tanto no âmbito do direito material quanto no processual civil.

Consequentemente, o plano da existência serve como antecedente lógico para a análise dos demais planos dos atos jurídicos. Por isso, não caberia indagar a respeito da validade ou da eficácia de um ato se ele não preenchesse elementos mínimos para ser considerado juridicamente existente. Afinal, apenas aquilo que existe pode ser qualificado, e no contexto jurídico, existir significa pressupor a incidência de uma norma sobre o seu suporte fático, que é o fato ou o conjunto de fatos previstos abstratamente na norma, conforme observado por Pontes de Miranda³.

A teoria dos atos jurídicos inexistentes teve origem no século XIX, a partir de uma questão de Direito de Família, decorrente da técnica legislativa adotada pelo Código Civil francês. À época, havia a compreensão de que, em assuntos matrimoniais, não poderia existir nulidade sem disposição expressa na lei (*en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte*⁴), de modo que apenas nulidades textuais eram reconhecidas⁵.

O *Code Napoléon* não abarcou todas as espécies de invalidade que poderiam surgir no contexto do casamento. Apesar disso, a *communis opinio* da sociedade francesa não admitia, por exemplo, casamento entre nubentes do mesmo sexo ou casamento contraído sem o consentimento de uma das partes. Embora esses atos fossem considerados contrários à ordem

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 21; e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 12.

⁴ Tradução livre: “em matéria de casamento, não há nulidade sem texto”.

⁵ Nesse sentido, conferir: LUTZESCO, Georges. *Teoria y practica de las nulidades*. 4ª ed. México: Porrúa, 1978, p. 167; VELOSO, Zeno. Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 107; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.110; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 154; MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 864-865.

jurídica, não podiam ser invalidados, pois não havia cominação de nulidade para tais situações, o que causava anomalias inaceitáveis para padrões morais da época^{6,7}.

Por acreditar que matrimônios dessa natureza não deveriam produzir efeitos jurídicos, Karl Zachariae von Ligenthal desenvolveu a categoria jurídica da inexistência. Os atos que não poderiam ser anulados devido à ausência de previsão expressa de invalidade na lei, passaram a ser reputados como não ocorridos (*non avenus*). Dessa forma, o sistema jurídico não precisaria reputá-los inválidos, pois sequer teriam sido efetivamente juridicizados⁸. Logo, contra esse desvio não seria necessária a previsão textual, pois a lei não invalida o nada⁹.

François Laurent, diretamente influenciado por Ligenthal, diferenciou os atos nulos dos atos inexistentes. Para ele, a diferença de sexo, o consentimento e a solenidade eram as condições necessárias à existência do casamento. Ausente alguma dessas condições, não estaria se tratando de nulidade, mas sim de inexistência. Segundo Laurent: “*Zachariae qui, le premier, a l’a enseignée scientifiquement, établit les conditions suivantes pour que le mariage existe: la différence de sexe, le consentement, la solennité. Toutes les autres conditions ou qualités exigées pour pouvoir se marier ne sont prescrites que pour la validité du mariage*”¹⁰. E, enquanto considerado inexistente, o casamento estaria impedido de produzir qualquer efeito jurídico¹¹.

⁶ VELOSO, Zeno. Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 107. Marcos Bernardes de Mello também traz essa mesma origem francesa (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.110); e SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 178-179.

⁷ Art. 1.806. “*Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être declare nul, si la nullité n’est pas formellement prononcée par la loi*”. Tradução livre: “Nenhum documento ou ato processual pode ser declarado nulo e sem efeito, a menos que seja formalmente declarado por lei”.

⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89). Em estudo mais recente: SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 178-179.

⁹ AULETTA, Ferruccio. *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*. Padova: CEDAM, 1999, p. 27.

¹⁰ Tradução livre: “Zachariae, que foi o primeiro a ensiná-lo cientificamente, estabelece as seguintes condições para que o casamento exista: diferença de sexo, consentimento e solenidade. Todas as outras condições ou qualidades necessárias para poder se casar são prescritas apenas para a validade do casamento” (LAURENT, François. *Principes de Droit Civil français*. Vol. 2. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 341-342).

¹¹ No original: “*Qu’est ce qu’un mariage inexistant? Le mot même le dit. Ce mariage n’existe pas aux yeux de la loi, et come tout acte inexistant, il ne peut avoir aucun effet: ce sont les termes de l’article 1131*” (LAURENT, François. *Principes de Droit Civil français*. Vol. 2. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 563).

As ideias inicialmente concebidas por Ligenthal, destinadas a serem aplicadas aos atos jurídicos matrimoniais, foram disseminadas, expandidas e passaram a ser aplicadas, principalmente, aos negócios jurídicos em geral¹².

Marcos Bernardes de Mello reconhece que as premissas dos juristas franceses sobre a inexistência estavam corretas, pois compreenderam que o ato que não reúne os elementos de existência previstos na lei será inexistente enquanto ato jurídico¹³. O autor ilustra essa ideia com um exemplo também relacionado ao casamento: se o suporte fático previa para o matrimônio a) manifestação de vontade por duas pessoas de sexos diferentes; b) realização perante autoridade competente; e c) registro do ato; isso significa que a ausência de algum desses elementos mínimos, levaria à insuficiência do suporte fático, inexistindo, pois, a incidência de norma jurídica. Como resultado, o casamento nunca teria existido para o Direito¹⁴.

Entretanto, para o autor, a inexistência não deveria ser considerada uma categoria jurídica, mas fática, uma vez que o ato não preencheu os requisitos mínimos para incidência da norma jurídica. Além disso, um ato inexistente prescinde seu desfazimento pelo Poder Judiciário, pois nunca foi passível de tutela pelo ordenamento jurídico. Em último caso, tal ato se sujeitará tão somente à tutela declaratória, cujo propósito é declarar sua inexistência. Isso contrasta com o tratamento do ato inválido, para o qual a tutela pode ser constitutiva-negativa ou desconstitutiva¹⁵.

Apesar de não ter nascido juridicamente, o ato inexistente não necessariamente corresponde a um vazio factual, pois a inexistência não se refere ao não acontecimento de um ato ou de um fato, mas àquilo que não foi incorporado à esfera de proteção do ordenamento jurídico¹⁶. O Direito estabelece uma realidade própria, paralela e, por vezes, distante da realidade factual, de

¹² VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 108.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 111-112.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 112.

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 112-113. Martinho Garcez também refuta a “inexistência”, em razão da existência da expressão “nulos de pleno direito”, que traduziria o mesmo que a palavra inexistente no direito francês (GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, p. 29-30). Acerca das características gerais dos atos inexistentes, conferir: LUTZESCO, Georges. *Teoria y practica de las nulidades*. 4ª ed. México: Porrúa, 1978, p. 177.

¹⁶ VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 117.

modo que o mundo do ser (fatos sociais) não tangencia o mundo do dever-ser (normas jurídicas). No entanto, os efeitos jurídicos não podem decorrer do não-ser, e essa distinção repercute na aplicação do Direito¹⁷.

Apesar das críticas que possam ser feitas em relação à inexistência como categoria jurídica que merece tratamento próprio, é juridicamente relevante reputar certos atos como inexistentes. De acordo com Zeno Veloso, há um interesse prático na distinção entre os planos da existência e da validade, pois a supressão da categoria da inexistência faria com que o sistema lidasse com os atos inexistentes apenas com base nas consequências legais previstas para as invalidades. Não é apropriado tratar a inexistência como uma espécie de invalidade^{18,19}.

Além disso, mesmo não sendo expressamente prevista no Código Civil de 2002, tampouco no Código Civil de 1916^{20,21}, a literatura jurídica de Direito Civil relaciona alguns exemplos que demonstram a relevância prática da inexistência jurídica como categoria autônoma²². Isso inclui situações como o reconhecimento de paternidade absolutamente falsa, negócios realizados sob a *vis absoluta* e contratos de compra e venda nos quais o preço não foi estabelecido²³.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70.

¹⁸ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 114-116). Em sentido semelhante: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 75 e SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 194.

¹⁹ Jan Peter Schmidt, ao analisar a vida e a obra de Pontes de Miranda sob a perspectiva alemã, concluiu que a literatura jurídica tedesca está mais alinhada ao pensamento de Pontes de Miranda do que pode parecer à primeira vista. Mesmo que a inexistência não seja reconhecida como uma categoria jurídica autônoma, é comum na tradição jurídica alemã traçar as distinções entre o negócio jurídico inexistente e o negócio jurídico inválido ou ineficaz (SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014).

²⁰ Ao analisar o ordenamento jurídico português, António Menezes Cordeiro afirma que “Os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos, de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 867).

²¹ Aliás, José Carlos Moreira Alves, redator da Parte Geral do Código Civil de 2002 rechaça a teoria de que o Código Civil de 2002 teria adotado a tricotomia “existência-validade-eficácia” (ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45 e 82).

²² SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 179-180.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003.

Em outros ordenamentos jurídicos, como o português e o francês, a inexistência jurídica foi positivada. O art. 1.628 do Código Civil português, por exemplo, reputa inexistente: 1) o casamento celebrado perante quem não tinha competência funcional para o ato, salvo tratando-se de casamento urgente; 2) o casamento urgente que não tenha sido homologado; 3) o casamento cuja celebração tenha faltado a declaração de vontade de um ou ambos os nubentes, ou procurador de um deles; 4) o casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o ato ou de designação expressa de outro contraente. Já o Código Civil francês estabelece em seu art. 146: “*Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*”²⁴.

Os tribunais brasileiros têm julgado casos nos quais determinados atos são classificados como inexistentes. São exemplos: a falsificação de assinatura, que leva à inexistência dos atos constitutivos da sociedade devido à falta de manifestação do agente²⁵; a assinatura realizada por meio de *selfie* implica a inexistência de consentimento da parte, resultando na inexistência do negócio jurídico²⁶; o contrato de seguro coletivo, no qual os segurados não tenham manifestado seu consentimento²⁷; a cessão particular de direitos hereditários sem a efetiva declaração de vontade dos cessionários²⁸, entre outros casos²⁹.

A categoria da (in)existência, que surgiu para ser aplicada em matérias afetas ao Direito Civil, pode ser aplicada ao Direito Processual Civil. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973³⁰, José Joaquim Calmon de Passos sustentou o ato inexistente como um não-ato processual, caracterizado pela ausência de 1) agente processualmente reconhecível, 2) objeto

²⁴ Tradução livre: “Não há casamento onde não há consentimento”.

²⁵ TJ/SP, Apelação Cível nº 0041592-85.2004.8.26.0001; relator Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 04/11/2014.

²⁶ TJ/SP, Apelação Cível nº 1002719-24.2022.8.26.0597; relator Des. Afonso Celso da Silva, 37ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/05/2023.

²⁷ AgRg no REsp nº 1.318.365/RS, relator Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014.

²⁸ TJ/DFT, Apelação Cível nº 0004789-86.2008.8.07.0003, relatora Des. Maria Ivatônia, 1ª Turma Cível, julgado em 02/09/2015.

²⁹ A análise dos fundamentos dos julgados não constitui o objeto de análise desta pesquisa. Os julgados foram citados não como fundamento para as conclusões a que se chegará nesta pesquisa, mas para demonstrar que a discussão possui repercussões práticas.

³⁰ O Código de Processo Civil de 1973 fazia menção expressa à inexistência no parágrafo único de seu art. 37: “Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”.

processualmente reconhecível e 3) forma processualmente reconhecível³¹. O ato inexistente não tem aptidão para produzir efeitos, não pode ser convalidado e tampouco precisa ser invalidado. Assim, nem mesmo a coisa julgada seria capaz conferir-lhe aptidão para produzir efeitos como se fosse um ato juridicamente perfeito.

Por isso, no âmbito processual, todos os atos considerados inexistentes ou que resultem de um ato tido como tal devem ser tratados como não realizados e não se confundem com os atos inválidos. Isso porque ato inválido é considerado ato processual — ainda que praticado mediante vícios — e requer pronunciamento judicial para que seus efeitos sejam cessados e desconstituídos. Além disso, está sujeito à incidência da coisa julgada material, apta a sanar esses defeitos, conforme destacado por Calmon de Passos³².

Ou seja, enquanto os atos inexistentes podem ser declarados como tal por pronunciamento judicial declaratório, os atos inválidos dependem de tutela constitutiva-negativa para terem seus efeitos cessados. Ademais, a inexistência dos atos processuais pode ser declarada a qualquer tempo e em qualquer processo, à medida em que os atos nulos estão sujeitos ao sistema de preclusões previsto na legislação³³.

Também com fundamento nessas distinções — de ordem teórica e prática — entre os atos inexistentes e os atos nulos, Giuseppe Chiovenda argumenta a favor da necessidade de se acolher aquela categoria no Direito Processual³⁴. Na esfera processual civil, tradicionalmente, a literatura relaciona como exemplos de atos processuais inexistentes a sentença proferida *a non iudice*, a sentença não subscrita, a sentença sem conclusão, a sentença impossível (que aplica direito não contido no sistema legislativo), a sentença que condena à morte, a sentença proferida contra aquele que não foi parte ou não tinha capacidade de ser parte, o ato praticado

³¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 103. Heitor Sica entende como elementos de existência no processo civil os sujeitos processuais (imparciais e parciais), além do que chamou de “prática de atos em caráter público, no ambiente do processo” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 238).

³² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 96-98.

³³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 101.

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. II. Madrid: Reus, 1925, p. 114. No mesmo sentido: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 320.

com absoluta ausência de vontade, o ato não previsto pelo ordenamento jurídico processual, o laudo pericial não assinado, o depoimento não assinado e a petição de recurso não assinada³⁵.

Apesar de ser possível inferir a inexistência também no ordenamento jurídico processual civil e reconhecer que ela desempenha funções de ordem histórica e dogmática³⁶, sua importância prática é mais limitada do que costumeiramente apontado pela literatura jurídica. Na maior parte das vezes, a inexistência está associada a fatos teratológicos³⁷, dos quais se tenta extrair algum efeito jurídico. Isso ocorre, *v. g.*, quando sujeitos desprovidos de jurisdição proferem decisões (sentença proferida por um padre ou por um delegado), peças processuais que nunca vieram a ser protocoladas e atos processuais praticados mediante coação absoluta.

Usualmente, parte da literatura jurídica subsume à categoria da inexistência atos juridicamente existentes, porém inválidos ou ineficazes. Por exemplo, a ausência de citação válida, considerada por autores como Roque Komatsu³⁸, Egas Moniz de Aragão³⁹ e Teresa Arruda

³⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102. Roque Komatsu também traz os seguintes exemplos sentença proferida por não-juiz; não assinada; não publicada; sem dispositivo; proferida contra quem não foi parte; não redigida por escrito (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 160). Cândido Rangel Dinamarco sistematiza os casos de atos processuais juridicamente inexistentes em cinco situações: “a) quando não está ligado à vontade de seu aparente autor (falta de assinatura); (b) quando o agente não tem mínimas condições, perante o direito, para realizar o ato; c) quando o ato não contém conclusão alguma (petição inicial sem pedido, sentença sem dispositivo), (d) quando dita resultado materialmente impossível ou (e) quando o resultado ditado afronta normas superiores de proteção ao Estado ou ao ser humano” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 692). Teresa Arruda Alvim sustenta que a falta de pressuposto processual de existência enseja a inexistência jurídica do “ato” processual. Logo, um processo que se desenvolve sem jurisdição, sem representação do autor e sem petição inicial ou citação válida, é um processo inexistente (ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 169). Pontes de Miranda entende que se pode falar em inexistência da citação, quando esta não foi realizada, ou em nulidade da citação, quando esta foi feita, porém de forma viciada. Não há que se falar, porém, em inexistência do processo, mas, eventualmente, apenas em não angularização do processo (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 197-198).

³⁶ Para Salvatore Satta: “Desde el punto de vista práctico, la inexistencia excluirá cualquier valor y efecto del acto, que tendría necesidad de ser impugnado para rechazar las pretensiones que sobre él se quisieran fundar (sería para esto suficiente una simple excepción, en sede por ejemplo ejecutiva); mientras que la nulidad debería ser hecha valer en los modos y términos establecidos por la norma”. Tradução livre: “De um ponto de vista prático, a inexistência excluirá qualquer valor e efeito do ato, que precisaria ser contestado para rejeitar as reivindicações que seriam baseadas nele (uma simples exceção seria suficiente para isso, por exemplo, no caso de execução); enquanto a nulidade teria que ser afirmada nas formas e termos estabelecidos pela norma”. (SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 236). Eduardo Talamini, apesar de apresentar objeções à categoria, afirma que ela “parece adequada e útil” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 284).

³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 241.

³⁸ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 163.

³⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 275.

Alvim⁴⁰ como caso de inexistência do processo, em *ultima ratio*, não culmina na inexistência do processo como um todo. O processo tem início a partir do protocolo da petição inicial (art. 312) e não depende da citação válida para existir. Na verdade, trata-se de uma questão de invalidade do processo (art. 239), que resultará na ineficácia dos atos em relação ao réu não citado⁴¹.

Diante disso, ao analisar a hipótese em que se constata a ausência de citação válida, Heitor Vitor Mendonça Sica propõe a seguinte reflexão: seria necessário eliminar todos os atos eventualmente praticados no processo como se jamais tivessem ocorrido? O Estado estaria obrigado a reembolsar ao autor as taxas judiciárias pagas? Seria inviável punir uma testemunha por perjúrio ao prestar depoimento, por exemplo⁴²? Concorde-se com o autor que as respostas a essas indagações somente podem ser negativas.

Além disso, não seria razoável classificar como inexistente um processo no qual se deu razão ao réu que não foi validamente citado, resultando na improcedência da demanda proposta pelo autor. Uma conclusão contrária exigiria uma distinção paradoxal: se a demanda fosse julgada em desfavor dos interesses do réu não regularmente citado, o processo será considerado inexistente. E, se a demanda for julgada no sentido dos interesses do réu não citado, o processo será existente e a decisão será válida e eficaz⁴³.

Outro exemplo é a sentença proferida contra um sujeito que não foi parte no processo ou não tem capacidade de ser parte. Embora essa sentença seja uma decisão juridicamente existente, se proferida por um sujeito dotado de jurisdição, ela será ineficaz em relação a esse sujeito.

Na verdade, parte da literatura jurídica parece seguir uma tendência de associar a inexistência a vícios considerados gravíssimos (ausência de citação, por exemplo), como se a inexistência decorresse de um vício processual e não da ausência de preenchimento dos elementos essenciais para existência do ato. Sob essa perspectiva, os defeitos dos atos processuais poderiam culminar

⁴⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 236.

⁴¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 241.

⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 242.

⁴³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 242.

nas seguintes consequências, da menos grave para a mais gravosa: 1) irregularidade; 2) invalidade; 3) inexistência⁴⁴.

Ao estabelecer essa relação entre a gravidade do vício e a inexistência, parece haver um objetivo, ainda que implícito, de evitar que certos vícios reputados muito graves não sejam sanados pelo “efeito sanatório geral” da coisa julgada material, quando, em última análise, o réu pode alegar o vício por meio da *querela nullitatis insanabilis*, demonstrando a existência de vício processual insanável, sem a necessidade de classificar o processo como inexistente⁴⁵.

A lógica por trás desse raciocínio evoca as razões que levaram Karl Zachariae von Ligenthal a criar a categoria da inexistência jurídica, na tentativa de solucionar questões de Direito Matrimonial. Ao considerar, por exemplo, que o vício de citação é um dos defeitos mais graves do processo⁴⁶ — e de fato o é — parcela da doutrina busca conformá-lo à inexistência. No entanto, essa categoria não pode ser operacionalizada como um plano amplíssimo responsável

⁴⁴ Enrico Tullio Liebman é um dos que associa a gravidade dos efeitos sobre o ato, para determinar se ele será inexistente ou inválido (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1957, p. 223). Na literatura jurídica brasileira, Roque Komatsu também faz essa mesma confusão, ao associar a inexistência como uma consequência do vício: “Quando se abandona o campo da observância integral das regras da lei, da imunidade absoluta dos vícios, o fato e o ato apresentam uma série progressiva de situações: o vício, que com ele se inicia faz cessar a imperfeição, podendo assumir uma relevância mínima (irregularidade) e uma relevância máxima (em se cuidando de elementos constitutivos, a inexistência)” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 192). No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Os vícios do ato processual, em razão da sua maior ou menor gravidade, podem acarretar consequências de três ordens: inexistência, nulidade ou irregularidade” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, vol. 60, p. 31-43, out./dez. 1990). Na literatura estrangeira, ver: CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Buenos Aires: EJE, 1959, p. 535-537; e REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Milão: Giuffrè, 1957, p. 226.

⁴⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo*, vol. 48, p. 27-44, dez. 1987; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 242. Ver também: TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 280.

⁴⁶ PIGA, Emanuele. Nullità degli atti di procedura. *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VIII. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1939, p. 1.166-1.170.

por abarcar todos aqueles vícios reputados graves⁴⁷, pois não é uma consequência mais severa decorrente de um vício do processo⁴⁸.

As reflexões desenvolvidas neste tópico da pesquisa não conduzem à conclusão de que a categoria da inexistência processual não exista ou não seja relevante para a técnica processual. Ao contrário, o estudo do plano da existência dos atos processuais é fundamental para compreender e manejar sistema processual civil brasileiro, inclusive para distinguir os atos inexistentes dos atos inválidos ou ineficazes. Para além dos exemplos teratológicos de atos processuais inexistentes, há situações em que a classificação demonstra sua relevância. Como no caso em que se constata que um ato foi praticado por uma parte já falecida, pois o advogado dela não tinha conhecimento do falecimento do cliente⁴⁹. Trata-se de situação na qual, ao menos em relação à parte, o ato é processualmente inexistente devido à ausência de sujeito processual.

No plano da existência dos atos jurídicos processuais, deve-se atentar aos pressupostos do suporte fático, ou seja, aos elementos que permitem a incidência da norma. Isso inclui a presença de sujeitos processuais (parciais e imparciais) e atos praticados no processo⁵⁰. Já no plano da validade, a atenção se volta aos atributos dos pressupostos, conhecidos como requisitos dos atos. Portanto, não se deve reputar um ato juridicamente inexistente a partir do exame da gravidade do vício, como se invalidade e inexistência fossem definições intercambiáveis.

⁴⁷ Alessio Zaccaria afirma que: “*La distinzione fra nullità e inesistenza può servire all’interprete per colmare un certo tipo di lacuna legislativa, frequente in tema di invalidità degli atti. Se il legislatore regola troppo rigidamente, e ad un tempo lacunosamente, le nullità, l’interprete si refugia nel campo delle inesistenze, e ivi si riserva un maggiore campo di libertà*”. Tradução livre: “A distinção entre nulidade e inexistência pode servir ao intérprete para preencher um certo tipo de lacuna legislativa, frequente na questão da invalidade dos atos. Se o legislador regula as nulidades de forma muito rígida e, ao mesmo tempo, muito frouxa, o intérprete evita o campo da inexistência, reservando para si um campo maior de liberdade” (ZACCARIA, Alessio. *Nullità e annullabilità. Digesto delle Discipline Privatistiche*, v. XII. Torino: UTET, 1996, p. 295). Essa conclusão, porém, não é correta, justamente porque o plano da existência possui contornos próprios e não pode servir como abrigo para lacunas da lei.

⁴⁸ Por essa razão, Eduardo Talamini afirma que: “Por um lado, é inegável a utilidade da figura da “inexistência” para aqueles casos em que estão esgotados todos os remédios que poderiam ser empregados contra os atos inexistentes. Mas isso não autoriza os estudiosos e profissionais do direito a pretender retoricamente transformar em “inexistência” todo e qualquer caso de defeito grave para o qual o ordenamento não mais preveja um meio de combate; nem permite dizer que uma dada situação não se traduz em inexistência jurídica pelo tão-só fato de haver um remédio disponível” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 307-308).

⁴⁹ Exemplo concebido a partir das reflexões feitas pelo Prof. Thiago Ferreira Siqueira na Banca de Qualificação desta pesquisa, ocorrida no dia 21/11/2023.

⁵⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 238.

1.2.2 O plano da validade

Após verificar a existência do ato jurídico, será examinada sua validade, partindo do pressuposto de que a lei estabelece uma forma considerada ideal para a prática de certos atos, a fim de que estejam aptos a produzir efeitos. Se a realização do ato não estiver de acordo com o que o ordenamento jurídico idealiza como um ato jurídico perfeito, ou seja, se não preencher os requisitos⁵¹ exigidos pela legislação processual civil, será considerado viciado⁵² e passível de invalidação.

Na literatura jurídica, a abordagem sobre as invalidades processuais frequentemente resulta em confusões, causadas por classificações desnecessárias que buscam aglutinar os vícios em categorias imutáveis de nulidades. Ao tentar sistematizar o tema, muitas vezes, acaba-se por dificultar ainda mais o estudo das invalidades. Não sem razão, Egas Dirceu Moniz de Aragão, ao comentar o Código de Processo Civil de 1973, afirmou que o capítulo das nulidades representava “um dos mais árduos capítulos do Código”, difícil de ser tratado pelo legislador e capaz de gerar problemas para as partes e para os intérpretes⁵³.

Os problemas de ordem teórica e prática relacionados às invalidades processuais não foram solucionados pelo Código de Processo Civil de 2015, que não tratou adequadamente e não desenvolveu o tema. Como resultado, persistem confusões tanto em termos terminológicos quanto práticos, as quais já existiam antes da promulgação desse código.

A invalidade dos atos processuais segue um regime jurídico próprio e distinto do sistema de invalidades do Direito Civil. No entanto, é inegável a influência da teoria das invalidades desenvolvida para o Direito Civil sobre as invalidades do Direito Processual Civil. Essa influência pode ser uma explicação para a utilização descuidada de definições e tentativas frustradas de sistematização do tema das invalidades no processo civil brasileiro. Em muitos

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003. Antonio Junqueira de Azevedo também fala em requisitos “os requisitos são qualidades dos elementos” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53).

⁵² Barbosa Moreira adverte: “(...) é inadequado falar de “vício de nulidade” ou “vício de anulabilidade”. A invalidade, em qualquer das duas modalidades, não é um vício: é a consequência de um vício” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003).

⁵³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 271.

casos, o tratamento dado às invalidades do direito material parece ter sido transportado aprioristicamente para o campo processual, sem preocupação com as distinções existentes entre esses ramos do Direito Privado e do Direito Público.

Por isso, primeiro é necessário elencar essas diferenças, para, em seguida, analisar as invalidades do processo civil com seus contornos próprios.

Se um ato jurídico foi praticado de acordo com as regras anteriormente previstas no ordenamento jurídico para sua realização, ele será reputado como um ato válido. A validade, portanto, é a qualidade de um ato existente⁵⁴. No Direito Civil, a invalidade é um gênero, do qual são espécies a nulidade e a anulabilidade, gradações do vício que pode afetar o ato jurídico — superada a questão da existência — tal e qual estabelece o Código Civil⁵⁵.

O ato nulo decorre de um vício mais grave “por lhe faltar, no suporte fático, certo elemento de grande relevância, tornando-o deficitário, ou por haver presença de elemento que a tal ponto o corrói, como a não-observância da regra jurídica sobre forma especial, ou a ilicitude do objeto”. Por outro lado, o ato anulável seria aquele eivado de vício menos grave, a depender da natureza da norma violada e do interesse jurídico tutelado⁵⁶.

Ao tratar das espécies de invalidades do Direito Civil, Zeno Veloso sistematizou as diferenças entre a nulidade e a anulabilidade da seguinte forma⁵⁷:

⁵⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁵⁵ Outros autores, assim como Pontes de Miranda, também dividem os atos inválidos entre nulos e anuláveis (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91). É o caso de Antônio Junqueira de Azevedo; Clóvis Beviláqua; Caio Mário da Silva Pereira; Flávio Tartuce; Maurício Bunazar, dentre outros. Vide: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980, p. 262-263; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 443-447; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil brasileiro: Lei de Introdução e Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 452; e BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 133.

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91 e 106. No mesmo sentido, ver: VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 27.

⁵⁷ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 267-268.

- 1) enquanto a nulidade tem por propósito tutelar interesses gerais e de ordem pública, a anulabilidade visa, em regra, à tutela dos interesses privados, individuais, das partes envolvidas no ato jurídico;
- 2) a prescrição não incide sobre o negócio nulo, mas tão somente sobre os atos jurídicos anuláveis⁵⁸;
- 3) a nulidade é insuprível, insanável e não pode ser confirmada, enquanto a anulabilidade pode ser sanada, confirmando-se o ato anulável;
- 4) a nulidade pode ser decretada de ofício pelo juízo e alegada pelo Ministério Público; já a anulabilidade não pode ser reconhecida *ex officio* e tampouco alegada pelo Ministério Público (exceto se houver incapaz prejudicado);
- 5) a nulidade pode ser requerida por qualquer interessado; a anulabilidade só pode ser requerida pela parte beneficiada por aquela proteção estabelecida na lei, seu representante legal ou seus sucessores, ou sub-rogados, credores e terceiros prejudicados; e
- 6) o ato nulo não produz efeitos jurídicos; já o anulável os produz, até o momento de sua eventual anulação.

Apesar dessa distinção geral, em certos casos, as nulidades (*stricto sensu*, excluídas as anulabilidades) podem estar relacionadas a interesses pessoais e não de ordem pública, de modo que somente aqueles diretamente afetados teriam legitimidade para alegar essa invalidade, excluída a possibilidade de reconhecimento *ex officio* pelo juízo e de alegação pelo Ministério Público. Marcos Bernardes de Mello cita como exemplo o caso de decisão de órgão colegiado de pessoa jurídica que seja nula em razão de violação à lei cogente ou praticada com simulação (art. 48, parágrafo único do Código Civil). Nesse cenário, apenas o associado teria legitimidade para propor ação de nulidade⁵⁹. Outro exemplo seria o caso do legado deixado pela pessoa casada ao concubino, no qual apenas o cônjuge do testador e seus descendentes teriam legitimidade para pleitear a nulidade do negócio (art. 1.900, V)⁶⁰. Mesmo que os arts. 166, V e 167 prevejam a nulidade do ato, a legitimidade para alegar o vício é restrita aos interessados, sem eficácia *erga omnes*⁶¹.

⁵⁸ A partir da vigência do Código Civil de 2002, é a decadência que incide sobre os atos jurídicos anuláveis.

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106.

⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106.

⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106.

Ou seja, em certas circunstâncias nas quais a nulidade estaria configurada, não seria viável aplicar as consequências jurídicas atribuídas a ela de forma geral.

Por esse motivo, parte da literatura jurídica do Direito Civil passou a dividir as nulidades em nulidades relativas e nulidades absolutas. No caso das primeiras, seriam um tipo de nulidade que não é absoluta e somente aqueles diretamente prejudicados poderiam alegá-las, resultando em efeitos *inter pars*. Por outro lado, nas nulidades absolutas, o vício afetaria a ordem pública, sendo alegável por qualquer interessado, incluído o Ministério Público, decretável *ex officio* e com efeitos *erga omnes*⁶².

Zeno Veloso admite a existência da nulidade relativa enquanto uma categoria mista, que possui “aspectos da nulidade e características da anulabilidade, sem ser uma e outra”⁶³. A nulidade relativa seria uma espécie de ato nulo que não é absoluto, pois a norma violada é de ordem pública, porém se refere a interesses privados. Nesse caso, apenas os titulares do interesse tutelado poderiam buscar a decretação de nulidade do referido ato. Além disso, a nulidade relativa seria passível de confirmação e, ao contrário da anulabilidade, não produziria efeitos, nem mesmo provisórios⁶⁴.

A subdivisão em nulidades absolutas e relativas possui origens históricas. No Brasil, influenciado pelo Direito francês, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, além de

⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106-107.

⁶³ O autor defende, inclusive, a adoção pelo Código Civil da “nulidade relativa”: “Do ponto de vista desta doutrina, a nulidade relativa é uma categoria intermediária, submetida a um regime próprio. Ela tem aspectos da nulidade e características da anulabilidade, sem ser uma e outra. E este posicionamento tem toda a procedência, resolvendo impasses como o que ocorre do aludido artigo 1.132. Deve ser adotado, a nosso ver, numa reforma legislativa, de *lege ferenda*, portanto, já que, diante de nosso direito positivo, direito legislado, nos termos do c.c., temos, apenas, a nulidade e a anulabilidade como espécies de invalidade, e o mesmo ocorre no C.C.” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89).

⁶⁴ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84-85. Pontes de Miranda rechaça essa subdivisão e critica a utilização das expressões “nulidade absoluta” e “nulidade relativa”, *in verbis*: “A nulidade, diz-se, é absoluta; nulidade relativa é a anulabilidade. Devemos evitar os dois adjetivos “absoluta” e “relativa”; porque, empregando-os em diferentes sentidos e baralhando a esses a cada momento, os juristas e juízes cometem erros sem conta. O sentido adequado de relatividade e de absolutidade é o referente aos limites subjetivos da eficácia: relativa é a eficácia só atinente a um, ou a alguns; absoluta, a eficácia erga omnes” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94).

prever as “nullidades de pleno direito” e as “nullidades dependentes de rescisão” (arts. 683 a 686), adotou os termos “nullidade absoluta” e “nullidade relativa”⁶⁵.

O Código Civil de 1916 deixou de usar essas expressões e, no capítulo destinado às nulidades, fez a distinção entre o ato jurídico nulo e o anulável^{66,67}. Já o Código Civil de 2002, em seu capítulo intitulado “Da Invalidade do Negócio Jurídico”, passou a estabelecer que tanto o negócio jurídico quanto o ato jurídico lícito (*strictu sensu*) poderiam ser considerados nulos ou anuláveis. Assim, conforme destaca Zeno Veloso, aquilo que a literatura jurídica francesa

⁶⁵ Art. 687. As nullidades também se dividem em nullidades absoluta, e nullidades relativas, para o effeito seguinte: As nullidades absolutas podem ser propostas ou allegadas por todos aquelles a quem interessam ou prejudicam, como se determina no artigo antecedente, mas as nullidades relativas, fundadas na preterição de solemnidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, menores, presos, réos e outros, só podem ser allegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvos os casos expressos nas leis. A nullidade relativa, sendo de pleno direito, não será pronunciada provando-se que o contrato verteu em manifesta utilidade da pessoa a quem a mesma nullidade respeita.

A nullidade relativa dependente de rescisão está sujeita ás regras do art. 686 § 2.º.

Art. 687. As nullidades também se dividem em nullidades absoluta, e nullidades relativas, para o effeito seguinte: As nullidades absolutas podem ser propostas ou allegadas por todos aquelles a quem interessam ou prejudicam, como se determina no artigo antecedente, mas as nullidades relativas, fundadas na preterição de solemnidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, menores, presos, réos e outros, só podem ser allegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvos os casos expressos nas leis. A nullidade relativa, sendo de pleno direito, não será pronunciada provando-se que o contrato verteu em manifesta utilidade da pessoa a quem a mesma nullidade respeita.

A nullidade relativa dependente de rescisão está sujeita ás regras do art. 686 § 2.º

Art. 688. Só as nullidades dependentes de rescisão e as relativas podem ser ratificadas.

A ratificação tem effeito retroactivo, salva a convenção das partes e o prejuízo de terceiro.

Art. 689. Só podem ser pronunciadas ex officio as nullidades de pleno direito e absolutas

⁶⁶ Art. 145. É nulo o ato jurídico:

I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).

II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.

III. Quando não revestir a forma prescrita em lei arts. 82 e 130).

IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Art. 146. As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes.

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113).

⁶⁷ Ao tratar a matéria, Barbosa Moreira apontou imperfeições terminológicas do Código Civil de 1916: “A terminologia equívoca terá provavelmente contribuído para a freqüência com que a linguagem forense, e às vezes a doutrinária, incorreu no erro de misturar as duas figuras, empregando promiscuamente os substantivos “nulidade — anulabilidade”, os adjetivos “nulo — anulável” e as expressões “declarar nulo — anular”. O problema não seria grave, se a disciplina fosse igual num e noutro caso; mas não era, conforme ressaltava, antes de mais nada, do disposto nos arts. 146 e 152” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003). No mesmo sentido, Zeno Veloso (VELOSO, Zeno. Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29).

denomina por nulidade absoluta e nulidade relativa foi tratado no ordenamento jurídico brasileiro como nulidade e anulabilidade⁶⁸.

Nesse aspecto, Pontes de Miranda, acompanhado por Marcos Bernardes de Mello⁶⁹, argumenta sobre a imprecisão terminológica daqueles que defendem a utilização das expressões “nulidade absoluta” e “nulidade relativa”. Essa subdivisão atribui dois sentidos distintos à mesma expressão, “o que cria ensejo ao seu emprego para designar objetos distintos”⁷⁰. Mello destaca que essa utilização incorreta da palavra “nulidade” pode levar ao absurdo de se dizer que uma nulidade absoluta (ou seja, nulidade), quando apenas alegável pelo interessado direto, seria, também uma nulidade relativa, pois apresenta características das duas espécies de nulidade⁷¹.

A verdade é que tentar dividir o sistema de invalidades em categorias, a partir de classificações não previstas em lei, torna o tema ainda mais complexo e não oferece ferramentas suficientes para o operador do Direito lidar com a matéria. Isso ocorre porque o regime das invalidades é uma questão de Direito positivo⁷² e representa, em *ultima ratio*, uma escolha legislativa de cada um dos ordenamentos jurídicos, de modo que não se mostra possível constituir uma teoria geral das nulidades ou uma teoria geral das invalidades⁷³. Uma teoria geral busca explicar um fenômeno com uma generalidade tal, estabelecendo um mínimo existencial, generalizando definições, aplicáveis a todas as situações possíveis, sem exceções. No entanto, como cada

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade e anulabilidade. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91; e VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29.

⁶⁹ Marcos Bernardes de Mello prefere distinguir as nulidades entre “nulidades de pleno iure”, caracterizada pela relevância, em seus fundamentos, interesse de ordem pública, passíveis de alegação por qualquer interessado, pelo Ministério Público e *ex officio* pelo juiz; e as “nulidades dependentes de alegação”, semelhantes às anulabilidades, em que há a predominância dos interesses patrimoniais particulares, que dependem da alegação do interessado, não sendo possível a decretação sem provocação do prejudicado. Para ele, a diferença entre as espécies de invalidade previstas no Código Civil estaria restrita à alegabilidade (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 104-105).

⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 107.

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 107.

⁷² ZACCARIA, Alessio. Nullità e annullabilità. *Digesto delle Discipline Privatistiche*, v. XII. Torino: UTET, 1996, p. 295.

⁷³ JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques*: essai d'une théorie nouvelle. Paris: Arthur Rousseau, 1909, p. 927-940.

ordem jurídica trata a validade e a invalidade de uma maneira, não é possível universalizar definições sobre o tema⁷⁴.

As regras tidas como gerais para as invalidades do Direito Civil podem comportar exceções. Por exemplo, o casamento, mesmo sendo nulo, produz efeitos em relação aos filhos e também pode produzi-los em relação ao cônjuge, que estava de boa-fé (art. 14, parágrafo único da Lei n. 6.515/1977 e art. 1.561 do Código Civil), o que demonstra que nem todo ato nulo é ineficaz. Além disso, não se pode afirmar que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo, conforme art. 169 do Código Civil, pois a decisão nula de órgão colegiado de pessoa jurídica, por violação à lei cogente ou em virtude de simulação, torna-se definitiva após o decurso do prazo decadencial de três anos (art. 48, parágrafo único do Código Civil).

Portanto, embora o Direito Civil tenha servido como base para o estudo e desenvolvimento do sistema das invalidades, inclusive com a adoção da tricotomia dos planos dos atos jurídicos, a transposição dessas ideias ao Direito Processual Civil requer tratamento próprio, em razão dos traços distintivos que existem entre esses ramos do Direito.

Uma distinção fundamental está no fato de que, no âmbito do Direito Privado, especialmente no Direito Civil, pressupõe-se a presença de interesses convergentes e de partes que exercem sua autonomia privada nos parâmetros mínimos de validade estabelecidos por lei. No Direito Civil, a liberdade orienta a prática dos atos jurídicos. Em contrapartida, na própria relação jurídica processual, em geral, presume-se a existência de interesses antagônicos entre as partes, na medida em que cada uma busca alcançar seus próprios interesses, valendo-se do processo como instrumento.

Para além da oposição de interesses dos litigantes, ainda existem os atos praticados pelos sujeitos imparciais (juízes e seus auxiliares) que, diferentemente das partes, possuem como escopo a aplicação da lei, desprovidos de quaisquer interesses de ordem pessoal⁷⁵.

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 53-55. Acerca da impossibilidade de traçar uma teoria geral das nulidades, Marcos Bernardes de Mello cita a obra de René Japiot JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*. Paris: Arthur Rousseau, 1909. Barbosa Moreira, assim como Marcos Bernardes de Mello, parece entender que tratar das invalidades é tratar de uma opção legislativa (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Invalidade e ineficácia do negócio jurídico*. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003).

⁷⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 235.

No Direito Privado, a nulidade resulta na ineficácia do ato, sem possibilidade de sua sanabilidade, seja de forma automática ou mediante requerimento das partes. Por outro lado, no caso de anulabilidade, a parte prejudicada ou seu representante pode buscar a ineficácia do ato ou optar por permitir que ele continue a produzir seus efeitos, mesmo após a verificação do vício. No contexto do Direito Processual Civil, a invalidação de um ato viciado requer necessariamente um pronunciamento judicial, sujeito à análise de critérios previstos em lei e à autoridade da coisa julgada⁷⁶. É por isso que a decisão judicial que invalida o ato processual é considerada constitutiva-negativa e não declaratória⁷⁷.

Na legislação processual civil, a forma pela qual os atos devem ser praticados é antecipadamente estabelecida para que alcancem a finalidade prevista pelo legislador⁷⁸. Se a forma é respeitada, presume-se o atingimento do fim. O descumprimento da forma não necessariamente resulta na invalidação do ato, inexistindo nulidade de pleno direito⁷⁹. Já no Direito Civil, quando um ato é praticado em desrespeito à forma, presume-se a intangibilidade do fim e o ato será nulo ou anulável.

Os atos processuais civis não têm sua eficácia condicionada à vontade dos agentes, mas às normas processuais previstas pelo ordenamento jurídico⁸⁰, responsáveis por determinar os efeitos que decorrerão da prática dos atos⁸¹. Outra característica própria aos atos processuais é que estão inseridos em uma cadeia e, por isso, devem ser analisados de forma conjunta e não compartimentada. Com exceção da petição inicial, todos os atos processuais encontram sua

⁷⁶ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 25-26.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 21.

⁷⁸ MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 322. Acerca das normas do Direito Processual, Roque Komatsu afirma: “O Direito Processual é um ramo do Direito público e fica, assim, diferenciado particularmente do direito privado por esta circunstância. O que faz com que suas normas busquem sobretudo a afirmação do interesse público com uma marcada prevalência do poder do Estado. Peculiaridade que fundamenta sua autonomia e a da teoria das nulidades processuais, que vem a ter o seu apoio, inclusive na Constituição. Se as normas do Direito Processual são normas de direito público, em determinados aspectos as nulidades terão lugar de um modo distinto do que têm no direito substancial” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27).

⁷⁹ REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938, p. 567-568.

⁸⁰ Sabe-se, porém, que o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever expressamente a possibilidade de negócios jurídicos processuais, em seu art. 190.

⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420-421.

razão de ser nos atos precedentes⁸². Também por essa razão, Antonio do Passo Cabral reputa o dualismo nulidade-anulabilidade, ínsito ao Direito Civil, insuficiente para tratar das invalidades do processo civil⁸³.

Não se pode negar que as invalidades do Direito Civil serviram como referência para a sistematização das invalidades processuais⁸⁴. Todavia, se não é possível admitir a existência de uma teoria geral das invalidades no Direito Civil, quem dirá transportar aprioristicamente para o processo todas as definições, categorizações e efeitos concebidos para a matéria sob a perspectiva do direito material⁸⁵.

No Processo Civil, importa reconhecer que o defeito do ato processual não pode ser confundido com a sua possível e eventual invalidação. Não há uma relação de causa e consequência automática entre o vício e o reconhecimento da invalidade, pois a atipicidade do ato é apenas a primeira etapa para determinar se ele deve ou não ser invalidado. Isso ocorre porque, tanto nos casos em que a lei comina a invalidade quanto naqueles em que não há previsão expressa, ao analisar o regime jurídico das invalidades do Direito Processual Civil, os efeitos do ato viciado geralmente podem ser preservados conforme o caso concreto⁸⁶. Aliás, o processo é estruturado para a preservação dos atos processuais praticados, o que não implica dizer que as formas e as formalidades não possuem importância.

1.2.3 O plano da eficácia

⁸² MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 29.

⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil* [livro digital]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 428.

⁸⁴ ENRICO, Noyelle. *Nouvo Digesto italiano*. Vol. VIII. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1939, p. 1.144.

⁸⁵ A respeito dessas diferenças, Gian Antonio Micheli afirma: “(...) *las nulidades referentes a los actos procesales, tienen una disciplina diferente de la de los actos de derecho substancial; se trata, en efecto, de actos instrumentales que se componen en la compleja unidad de un proceso, de suerte que cada acto está, en cierto sentido, condicionado por el acto precedente y es condicionante del posterior [...]*”. Tradução livre: “As nulidades relativas aos atos processuais têm uma disciplina diversa daquela dos atos materiais; são, de fato, atos instrumentais que se compõem na unidade complexa de um processo, de modo que cada ato é, em certo sentido, condicionado pelo ato precedente e é fator condicionante do subsequente [...]” (MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 319). Em sentido semelhante: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 12-13; e ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 157.

⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24; e GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 3 e 9.

Superada a análise dos planos da existência e da validade, chega-se ao plano da eficácia, no qual os atos poderão produzir seus efeitos típicos⁸⁷. Quando a norma incide sobre o fato e dele emanam as consequências estabelecidas, previstas para aquele suporte fático, surge a eficácia jurídica. Esse plano representa a realização plena do ato no contexto normativo, evidenciando a materialização de seus efeitos conforme o previsto pela legislação⁸⁸.

Enquanto o ato inexistente denota uma impossibilidade material para produzir efeitos, o ato inválido pode produzi-los, e, sob determinadas circunstâncias, até mesmo o ato válido pode ser ineficaz⁸⁹. Nesse contexto, a ineficácia do ato inválido resulta da transgressão ao modelo legal, ou seja, emerge da própria invalidade do ato. Por outro lado, a ineficácia do ato válido decorre da lei, se esta prever a não produção de efeitos, como no caso da sentença diante do recurso de apelação recebido com efeito suspensivo (art. 1.012, *caput* do CPC)⁹⁰ ou quando a eficácia da sentença é retida para apuração do implemento de termo ou condição, conforme sujeição estabelecida pela relação de direito material a ser decidida (art. 514 do CPC)⁹¹.

Isso significa que não é a produção de efeitos típicos que caracteriza a validade de um ato, mas a conformidade com a lei processual. A ineficácia decorrente da invalidade deriva de um vício intrínseco, interno ao ato, enquanto a ineficácia do ato válido se depara com uma barreira extrínseca, externa ao próprio ato⁹². Roque Komatsu adota premissa de que da invalidade pode derivar uma eficácia precária (ineficácia em sentido potencial), mas a ineficácia, por si só, não implica necessariamente a invalidade. Assim, o autor propõe a seguinte distinção para a ineficácia: a ineficácia derivante da invalidade e a ineficácia em sentido técnico⁹³.

⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

⁸⁸ MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 87.

⁸⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

⁹⁰ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 136. Na versão comercial da tese de doutoramento do autor, o tópico que tratava do plano da eficácia foi excluído e por tal razão, não se fez menção à versão comercial neste ponto.

⁹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 240.

⁹² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30-31.

⁹³ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

A ineficácia em sentido técnico decorre da presença dos supostos condicionantes, de modo que se a lei prescreve a não produção de efeitos, a ineficácia decorrerá do cumprimento da lei. Ao passo que, nos casos de infração à norma, a ineficácia decorrerá de um problema de validade, hipótese em que se referirá à ineficácia derivante da invalidade⁹⁴. A distinção feita por Komatsu ressalta a importância de estabelecer as origens e implicações das definições de invalidade e ineficácia no contexto dos atos processuais.

Esse plano de análise do ato jurídico processual, apesar de ter importância para as conclusões a que se pretende chegar a partir desta pesquisa, não representa o objeto central da abordagem desenvolvida.

1.3 As diferentes posições jurídicas assumidas pelas partes e pelo juiz

Ao longo do processo, partes e juiz assumem posições jurídicas distintas, na medida em que possuem interesses e escopos de atuação diferentes. Enquanto as partes atuam em busca da tutela de seus próprios interesses, o juiz atua em prol do interesse público, sendo necessário analisar separadamente as posições de cada um desses sujeitos⁹⁵.

As partes podem assumir posições jurídicas ativas e passivas no processo. Quando ativas, o sujeito estará em uma posição de vantagem na busca pela tutela jurisdicional, visando a um interesse próprio⁹⁶. Assim, caso opte por exercer a posição jurídica ativa, a parte alcançará, em maior ou menor grau, uma vantagem para si⁹⁷.

De fato, parece não existir consenso na literatura jurídica a respeito das espécies de posições jurídicas ativas assumidas pelas partes. Para os propósitos desta pesquisa, será adotada como premissa a existência de uma única posição jurídica puramente ativa das partes: a faculdade⁹⁸.

⁹⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39-40.

⁹⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97 e 105. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 96. Ver também: AUBERT, Eduardo Herik. *A impugnação especificada dos fatos no Processo Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

⁹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

⁹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 98; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 231-232.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 231-232; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 96. (CABRAL,

A faculdade processual é a posição jurídica que se exaure na própria esfera jurídica do agente⁹⁹ e está associada à ideia de liberdade, ou seja, quando o ordenamento jurídico não exige a adoção de determinada conduta processual, tampouco impõe desvantagens ao sujeito que não exerceu a faculdade¹⁰⁰. Cândido Rangel Dinamarco relaciona como exemplo de faculdades *puras* no processo a opção do réu em contestar a ação no primeiro ou no último dia ou de apresentar suas razões de forma concisa em vez de extensa *etc*¹⁰¹. Embora haja uma vantagem para o agente nas faculdades, essa vantagem está relacionada à mera conveniência do agente em praticar o ato de determinada maneira em detrimento de outra¹⁰².

Por outro lado, os deveres processuais e as sujeições são espécies de posições jurídicas passivas assumidas pelas partes. Os deveres são determinados por normas impositivas ou proibitivas¹⁰³ e envolvem situações em que a parte deve atender a um interesse alheio ao seu, seja público ou de terceiros (arts. 77, 80 e 774 do Código de Processo Civil, por exemplo)¹⁰⁴. O cumprimento do dever não é uma questão de escolha do agente, que estará sujeito a sanções na hipótese de descumprimento¹⁰⁵.

A sujeição representa a ineficácia do querer, que fará com que o sujeito processual apenas absorva aquela posição, sem que possa manifestar contraposição a ela. Geralmente, a sujeição estará associada ao exercício de um poder jurídico processual¹⁰⁶. Um exemplo disso é quando

Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 159).

⁹⁹ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 96.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 234.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 234.

¹⁰² TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 97.

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 161.

¹⁰⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 252.

¹⁰⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103. Ver também: BETTI, Emilio. *Dovere giuridico*. In: CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 14. Milano: Giuffrè, 1965, p. 53-58.

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 161

o autor se sujeita ao exercício do direito de recorrer pelo réu ou o do réu quando o autor o exerce o direito de ação em face dele¹⁰⁷.

Entretanto, no processo civil, a estrutura predominante é estabelecida a partir da previsão de ônus para as partes¹⁰⁸, os quais, segundo definição de James Goldschmidt, constituem imperativos do próprio interesse do agente¹⁰⁹. É a posição jurídica em que a parte atuará para atender a um interesse próprio e não a um dever imposto pelo juiz ou pelo ordenamento jurídico¹¹⁰.

O adimplemento do ônus repercute sobre a esfera jurídica do próprio agente, conferindo-lhe uma posição jurídica de vantagem, ao passo que, a omissão em relação a esse ônus implica em uma desvantagem processual para a parte. Nesse sentido, parecem corretas as proposições de Cândido Rangel Dinamarco e Heitor Vitor Mendonça Sica de que o ônus constitui uma categoria intermediária, situando-se entre uma posição jurídica ativa e uma posição jurídica passiva. Isso porque esses ônus podem ser cumpridos para proporcionar uma vantagem processual ao seu titular, sob ameaça de não obtenção dessa vantagem caso haja inadimplemento¹¹¹.

Ao diferenciar os ônus e os deveres no contexto do Direito Processual Civil alemão, Friedrich Lent argumentou que a lei processual confere às partes a liberdade para determinarem seu próprio comportamento. O adimplemento do ônus pelo sujeito se torna uma questão de escolha. Em contrapartida, no que tange ao dever, não há liberdade para optar por exercer ou não uma determinada conduta. Caso o dever não seja adimplido, a parte estará sujeita às sanções processuais, v.g., incidência da multa por litigância de má-fé (art. 81, *caput*) ou multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, parágrafo único)¹¹².

¹⁰⁷ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 102.

¹⁰⁸ LENT, Frederich. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX, pt. 1, p. 150-158, 1954.

¹⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Tradução: Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936, p. 203.

¹¹⁰ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 39.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 232; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

¹¹² LENT, Frederich. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX, pt. 1, p. 150-158, 1954.

Na perspectiva de Lent, que foi adotada por esta pesquisa, os ônus são os responsáveis por garantir a marcha processual. No caso dos deveres, há uma complicação adicional: determinar se a parte não os cumpriu de forma culposa, o que poderia retardar ainda mais a resolução dos processos. Por essas razões, o processo é estruturado primordialmente a partir da atribuição de ônus para as partes em vez de deveres, que, embora existam, não representam a maior parte das posições jurídicas assumidas por elas¹¹³. Os ônus têm o propósito de possibilitar que determinado comportamento seja adotado pelas partes, enquanto os deveres impõem o comportamento a ser adotado por elas.

Ao complementar o paralelo estabelecido por Friedrich Lent entre os ônus e os deveres, Heitor Vitor Mendonça Sica sustenta que essas duas posições jurídicas não se confundem por quatro razões fundamentais¹¹⁴:

- 1) o ônus não está relacionado a uma obrigação legalmente imposta, de modo que a consequência de sua não realização pela parte é a não obtenção de uma vantagem;
- 2) a desvantagem só é percebida se a parte não exerce o ônus, enquanto no dever a desvantagem é inerente à existência desse dever;
- 3) em relação ao dever, não trata em satisfação de um interesse próprio, mas no cumprimento de uma obrigação em prol do interesse público ou de terceiros, ao passo que, no ônus, a parte tem a liberdade de exercê-lo visando à satisfação de seus próprios interesses; e
- 4) se o sujeito não cumpre com o ônus, ele o perde. Em relação ao dever, mesmo que seja percebido seu inadimplemento, o ordenamento jurídico ainda exigirá da parte o seu cumprimento e a sujeitará às sanções previstas, destinadas a coagi-la ao adimplemento, ou puni-la pelo descumprimento.

Sica relaciona como exemplos de ônus processuais o fato de o autor ter que deduzir pedidos e causas de pedir até a citação do réu, o fato de o réu ter o ônus de contestar e ambas as partes terem o ônus de apresentar provas¹¹⁵. O inadimplemento desses ônus não acarretará prejuízos

¹¹³ LENT, Frederich. *Obblighi e oneri nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX, pt. 1, p. 150-158, 1954. No Brasil: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 251-252; e TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no Direito Processual Civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 99.

¹¹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 250.

¹¹⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 250.

ao exercício da jurisdição ou à contraparte, mas apenas privará o agente da oportunidade de obter uma vantagem processual.

Já os juízes e seus auxiliares assumem poderes-deveres como única posição jurídica processual, cujo exercício criará para as partes sujeições às decisões proferidas¹¹⁶. Para Cândido Rangel Dinamarco, os poderes-deveres atribuídos ao Estado-juiz podem ser sintetizados pelo binômio “dirigir e decidir” (arts. 139 e 140)¹¹⁷.

Consequentemente, esses sujeitos processuais não titularizam faculdades ou ônus, e os poderes-deveres atribuídos a eles possuem natureza distinta dos poderes e deveres das partes. Isso se deve ao fato de que os juízes e seus auxiliares não têm interesses particulares, mas atuam como agentes estatais, com o objetivo de aplicar a lei e conduzir o processo ao seu melhor resultado¹¹⁸.

Logo, devido à associação das faculdades à liberdade de atuação das partes em busca de seus próprios interesses, essas não podem ser atribuídas ao juiz, que atua em prol do interesse público. Isso implica que o juiz não tem permissão para derogar a aplicação da lei com base em juízos de conveniência fundados em preferências pessoais. Além disso, não existem ônus para o juiz, uma vez que “o Estado-juiz nada ganha e nada perde no processo conforme o resultado da causa. Os interesses postos sob seu zelo e sua tutela não são seus, mas das partes”¹¹⁹. Por essa razão, Dinamarco cita como exemplo o caso em que o juiz se declara absolutamente incompetente, não por atender a um interesse pessoal ou por uma questão de conveniência, mas por exigência legal (art. 64, § 1º)¹²⁰.

Os poderes-deveres, nesse sentido, constituem uma posição jurídica ativa e passiva simultaneamente, visto que o juiz não tem apenas a capacidade (poder), mas também a obrigação (dever) de realizar os atos processuais atribuídos a ele, sem a possibilidade de renúncia, a partir do modelo processual previsto na lei.

¹¹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105-106.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 267; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105; BERIZONCE, Roberto Omar. Las formas de los actos procesales: sistemas. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p. 19.

¹¹⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 239.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 238.

Dentre os poderes-deveres assumidos pelos juízes, destaca-se, pela sua relevância para os propósitos desta pesquisa, o poder-dever de controlar a regularidade formal do processo. Isso significa que o juiz não pode se abster de buscar a manutenção da observância das formalidades processuais durante todo o procedimento, de modo que, a regra é que as nulidades processuais são cognoscíveis *ex officio*. As exceções à regra geral ficam por conta das situações em que o Código de Processo Civil expressamente excepciona o exercício desse controle, como no caso de vícios quanto à convenção de arbitragem e à incompetência relativa (art. 337, § 5º)¹²¹.

Ou seja, a atividade do juiz está subordinada aos escopos pré-estabelecidos na lei, que lhe confere poderes associados ao dever de exercê-los. Assim, a omissão por parte do julgador não resulta em qualquer desvantagem para ele — excetuadas possíveis sanções administrativas —, uma vez que está sujeito a prazos impróprios e atua na tutela de interesses de terceiros¹²².

1.4 As distinções entre os atos inválidos e os atos inadmissíveis

Embora o Código de Processo Civil admita a flexibilização formal em prol de acordos para a resolução da relação processual (arts. 188 e 190, por exemplo), o sistema processual civil brasileiro é fundamentalmente formalista. Atos praticados em dissonância com o modelo previsto na legislação são irregulares e, sob essa condição, poderão ser invalidados.

A distinção entre os atos praticados pelos sujeitos parciais e aqueles praticados pelos sujeitos imparciais sugere que, a depender de quem o praticou, o descarte do ato do processo será materializado de forma diversa¹²³. Os atos das partes estão sujeitos à inadmissibilidade, enquanto os atos dos juízes e de seus auxiliares podem ser afetados pela decretação de invalidade.

¹²¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p.190

¹²² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107-108.

¹²³ Para José Joaquim Calmon de Passos: “No terreno comum da adequação ou inadequação, destarte, não se confundem, nem recebem o mesmo tratamento teórico, nem levam às mesmas conseqüências práticas a inexistência jurídica, a inadmissibilidade e a nulidade” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38); SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 254-256.

Se a parte autora não observou todos os requisitos da petição inicial previstos nos incisos do art. 319 do Código de Processo Civil, ela se afasta do modelo da norma em um contexto não permitido pelo legislador. Ou seja, trata-se de um ato praticado de maneira inadequada (atípico). Se a parte não emendar ou completar a petição inicial dentro do prazo de 15 dias, o juiz a indeferirá (arts. 321, *caput* e parágrafo único), assim como o recurso sem o devido preparo será considerado deserto (art. 1.007, *caput* e § 1º). Nessas hipóteses, os atos serão inadmitidos¹²⁴. Dentro desse contexto, Fredie Didier Júnior argumenta que toda postulação está sujeita a uma dupla avaliação por parte do juiz. Inicialmente, o exame incide sobre a viabilidade de analisar o conteúdo da postulação, seguido por um juízo positivo ou negativo em relação à postulação em si¹²⁵.

Assim, os atos praticados pelas partes mediante vício serão descartados como se não tivessem sido praticados, sem substituição por outro ato para ocupar o espaço deixado pelo inadmitido. A inadmissão, portanto, poderá resultar, por exemplo, em revelia, nos casos em que a contestação for apresentada intempestivamente ou no trânsito em julgado, na hipótese em que o recurso da parte for considerado deserto¹²⁶.

Por outro lado, se o Tribunal de Justiça julga o mérito do recurso intempestivo ou o juiz absolutamente incompetente profere a sentença, as decisões são nulas e deverão ser repetidas, substituídas por novas decisões. O processo não poderá prosseguir validamente sem que antes o sujeito imparcial pratique um outro ato para ocupar o espaço deixado pelo ato inválido descartado do processo¹²⁷.

¹²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 254.

¹²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

¹²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 254; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 156. Nas palavras de Luis Guilherme Aidar Bondioli: “Na relação jurídica processual, a noção de nulidade vincula-se sobretudo aos atos do juiz e dos seus auxiliares. Os atos das partes costumam ter sua imperfeição intrínseca atrelada a outros fenômenos, tais como o da inépcia (por exemplo, art. 295, parágrafo único, I a IV, do CPC)” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. *Revista de Processo*, vol. 145, p. 24-51, mar. 2007).

¹²⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 255.

Isso implica que os atos praticados pelos sujeitos parciais estão sujeitos à inadmissão e são dispensáveis (à exceção da petição inicial¹²⁸), ao passo que os atos praticados pelos sujeitos imparciais estão sujeitos à nulidade e são considerados indispensáveis à adequada prestação da tutela jurisdicional¹²⁹.

Para Cândido Rangel Dinamarco, os atos irregulares praticados pelas partes não serão considerados nulos, mas, ao deixarem de produzir os efeitos que deles se esperam, deverão ser considerados ineficazes¹³⁰. No entanto, nesse aspecto, adota-se a posição de Heitor Vitor Mendonça Sica, indicando que nos casos de atos praticados de forma irregular, o tratamento jurídico do ato está limitado ao plano da validade. O plano da eficácia pressupõe que um ato processual existe e foi praticado de forma válida, mas “os efeitos estão represados em caráter objetivamente definido, mas subjetivamente limitado (inoponibilidade) ou em caráter objetivamente provisório, mas subjetivamente ilimitado (termo ou condição)”¹³¹.

Portanto, observa-se que os atos dos sujeitos parciais estão sujeitos ao escrutínio de validade, caracterizado pelo juízo de admissibilidade que incide sobre eles. A inadmissibilidade de um ato da parte, embora acarrete consequências para o processo (revelia, presunção de veracidade, preclusão, trânsito em julgado etc.), não obsta a continuidade dos atos processuais; eles são simplesmente desconsiderados, como se o sujeito tivesse permanecido inerte em relação à oportunidade de praticar o ato. Já os atos dos juízes e de seus auxiliares estão sujeitos ao mesmo controle de validade e, se considerados inválidos, necessitam ser repetidos, uma vez que os atos processuais subsequentes dependem da realização de um novo ato que substitua o anterior invalidado.

¹²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22-23.

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Buenos Aires: EJE, 1959, p. 530-531; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 255; TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica* [livro digital]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 3171.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 718.

¹³¹ Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 256. Fredie Didier Júnior, apesar de não distinguir os atos dos sujeitos parciais dos atos dos sujeitos imparciais, entende que à inadmissibilidade deve ser aplicado todo o sistema de invalidades, construído para que as nulidades não sejam decretadas (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24).

1.5 A insuficiência da classificação tradicional das invalidades processuais

Diante das dificuldades do Código de Processo Civil em estabelecer classificações precisas e sistemáticas sobre as invalidades processuais, a literatura jurídica muitas vezes aplica definições do direito material ao processo civil, deixando de considerar as peculiaridades do processo¹³². Apesar de não remanescerem dúvidas quanto as distinções entre o vício e a sua potencial invalidação, não há consenso quanto à classificação das nulidades¹³³.

Galeno Lacerda, a partir das ideias defendidas por Francesco Carnelutti, foi quem lançou as bases da “processualização” das invalidades processuais no Brasil. Segundo o autor, não seria possível analisar o tema a partir de uma ótica casuística, uma vez que as invalidades processuais comportariam uma sistematização geral, “segundo categorias invariáveis e constantes”¹³⁴.

Lacerda adotava a natureza da norma violada como critério para distinguir as nulidades: se de interesse público, resultaria em nulidade absoluta; se tutelasse os interesses da parte, seria considerada nulidade relativa ou de anulabilidade¹³⁵. Roque Komatsu utilizava a sanabilidade do vício para distinguir as nulidades: vícios insanáveis implicariam nulidade absoluta, enquanto vícios sanáveis poderiam resultar em nulidades relativas ou anulabilidades¹³⁶.

José Joaquim Calmon de Passos, por sua vez, questionou a distinção feita entre as nulidades absolutas e relativas, pois apesar de pertinentes no âmbito do Direito Privado, careceriam de adequação no Direito Processual. Para o autor, todas as nulidades seriam cognoscíveis de ofício em razão do interesse público inerente às normas processuais, de modo que todas elas seriam absolutas¹³⁷. De outro lado, José Roberto dos Santos Bedaque entende que, excetuados os casos de incompetência absoluta, todas as nulidades podem ser convalidadas, se o interesse tutelado

¹³² Para a compreensão das terminologias utilizadas até os dias de hoje, ver: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 511-512. No Brasil: José Antônio Pimenta tratou do tema antes de Galeno Lacerda. Ver: BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamento sobre as formalidades do processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858, p. 2-5; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 72-73.

¹³³ O pensamento de Carnelutti foi aprimorado por outros autores que o sucederam. Ver: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹³⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 72-73.

¹³⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 70.

¹³⁶ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 206-208.

¹³⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 141-142.

pela norma violada, ainda que público, for atingido ou se não houver prejuízo¹³⁸. Antonio do Passo Cabral também admite a possibilidade de convalidação de todos os vícios em razão da incidência da preclusão, impostas pela boa-fé processual e pela cooperação¹³⁹. Ainda que por razões distintas, ambos os autores parecem admitir a existência apenas de nulidades relativas¹⁴⁰.

Conforme assentado anteriormente, segundo Zeno Veloso, as categorias nulidade absoluta e nulidade relativa, provenientes do Código Civil francês, não foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em vez disso, o Código Civil brasileiro estabeleceu as categorias nulidade e anulabilidade, cuja origem remonta à legislação germânica. Apesar das diferenças de *nomen juris*, é possível verificar semelhança de tratamento entre o que os civilistas denominam nulidade e anulabilidade com o que os processualistas denominam de nulidade absoluta e nulidade relativa¹⁴¹.

As linhas gerais traçadas pela literatura jurídica processual civil acerca das invalidades indicam que pode ter havido uma tentativa de equiparar as características das espécies de invalidades do Direito Civil ao Direito Processual Civil. Como resultado, algumas características foram comumente associadas às nulidades relativas, enquanto outras foram vinculadas às nulidades absolutas. De um lado, a legitimidade restrita à parte prejudicada para alegar o vício, a existência de prazo preclusivo para arguição, a possibilidade de convalidação do vício e a menor gravidade do defeito foram associadas às nulidades relativas ou não-cominadas. Já as nulidades absolutas ou cominadas foram associadas à cognoscibilidade *ex officio* do vício, à ausência da barreira preclusiva para arguição do vício, à impossibilidade de convalidação e à maior gravidade do defeito.

Na verdade, as classificações tradicionais de nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades, nulidades cominadas, nulidades não-cominadas, nulidades de forma e nulidades de fundo são insuficientes para abordar de maneira abrangente o sistema das invalidades,

¹³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 448; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, vol. 60, p. 31-43, out./dez. 1990.

¹³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 250 e ss.; e CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

¹⁴⁰ A respeito das opiniões de José Roberto dos Santos Bedaque e Antonio do Passo Cabral, conferir: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 247.

¹⁴¹ VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84-85.

especialmente sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015¹⁴². Pode-se dizer que a conclusão de Galeno Lacerda de que as classificações das nulidades seriam constantes e invariáveis¹⁴³, não se mostra adequada ao sistema de invalidades previsto no *Codex*.

Em primeiro lugar, ao longo do processo, existem atos perfeitos que seguem estritamente a forma exigida e atos imperfeitos, ou seja, aqueles viciados por não estarem em conformidade com o modelo legal. Esses atos imperfeitos são passíveis de invalidação, desde que observadas as condições estabelecidas na lei para que ela ocorra¹⁴⁴. Portanto, qualquer tentativa de classificação e de sistematização das invalidades deve se basear na análise do vício em si, e não na invalidade, pois esta última é apenas uma consequência possível decorrente da constatação do vício.

Em segundo lugar, dada a impossibilidade de catalogar todos os vícios que podem surgir ao longo do processo¹⁴⁵, é fundamental que o estudo e a aplicação do regime de invalidade esteja associado ao caso concreto, sem se basear em uma teorização apriorística e em abstrato¹⁴⁶.

Um exemplo que ilustra a insuficiência das classificações tradicionais das invalidades é o vício de citação, cominado no art. 239 do Código de Processo Civil, que pode ser reconhecido até mesmo depois do trânsito em julgado pela via da *querela nullitatis*. Apesar da gravidade e da cominação de nulidade, esse vício pode ser convalidado pelo comparecimento espontâneo do réu (art. 239, § 1º). Embora a insanabilidade seja uma característica costumeiramente atribuída às nulidades absolutas, que dizem respeito aos vícios mais graves do processo, o vício processual mais importante (o de citação) pode ser convalidado. Essa possibilidade de

¹⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 291. No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88; CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil [livro digital]*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 434; CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016; e MIDIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual civil brasileiro contemporâneo. *Revista da AJURIS*, vol. 31, n. 96, p. 69-91, out./dez. 2004.

¹⁴³ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 70.

¹⁴⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 101.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 51.

¹⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil [livro digital]*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 434.

convalidação, de acordo com a classificação tradicional, seria própria das nulidades relativas e das anulabilidades¹⁴⁷.

Para estabelecer uma comparação, assim como o vício de citação, a incompetência absoluta do juízo é considerada um vício de alta gravidade no processo e pode ser reconhecida pela via da ação rescisória (art. 966, II). No entanto, ao contrário do vício de citação, a incompetência absoluta não é passível de convalidação (arts. 64, § 1º e 65, *caput*). A gravidade do vício, portanto, não pode ser um critério adequado para classificar as invalidades.

A natureza do interesse tutelado pela norma — se público ou privado — também não se mostra um critério razoável para classificar as invalidades, uma vez que no processo há múltiplos interesses envolvidos e não apenas interesses exclusivamente estatais ou particulares¹⁴⁸. Uma situação que ilustra a inadequação das classificações baseadas nesse critério é a ausência de intervenção do Ministério Público em causas que envolvam incapazes. Nessa hipótese, há um interesse público envolvido, o que, *prima facie*, atrairia a aplicação do regime jurídico relativo às nulidades absolutas. No entanto, a falta de intervenção do *Parquet* é convalidável em caso de decisão favorável aos interesses do incapaz, característica relacionada ao regime jurídico das nulidades relativas (art. 282, §§ 1º e 2º)¹⁴⁹.

Outro exemplo é a abusividade da cláusula de eleição de foro, que pode ser reconhecida *ex officio* até momento anterior à citação (art. 63, §3º). Segundo a classificação tradicional, essa possibilidade de reconhecimento de ofício seria uma característica das nulidades absolutas, que também teriam por característica a possibilidade de serem alegadas a qualquer tempo. Entretanto, nesse caso, o legislador estabeleceu a citação como um marco temporal para essa alegação, o que contraria ao regime jurídico comumente associado às nulidades absolutas.

Mais um caso que também evidencia a insuficiência da classificação tradicional é a hipótese defeito de representação da parte. Apesar de poder ser reconhecida de ofício (art. 337, IX e §

¹⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77.

¹⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil [livro digital]*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 434.

¹⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil [livro digital]*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 434.

5º), característica comumente relacionada às nulidades absolutas, é passível de ser sanada (art. 76), atributo associado às nulidades relativas.

O valor da causa, por sua vez, pode ser corrigido de ofício, quando o juiz verificar que ele não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico buscado pelo autor (art. 292, § 3º). Cognoscibilidade de ofício é uma característica atribuída às nulidades absolutas. O Código de Processo Civil, entretanto, estabelece uma barreira preclusiva para alegação de incorreção do valor da causa pelo réu, que somente poderá fazê-lo em preliminar de contestação (art. 293). Preclusão da possibilidade de alegação do vício é característica de nulidade relativa.

Esses exemplos confirmam a insuficiência da classificação tradicional das invalidades, que traz confusões de ordem terminológica e prática ao processo civil, pois estão distantes dos problemas concretos que envolvem a matéria.

1.6 O regime jurídico aplicável aos vícios processuais no Código de Processo Civil

Uma premissa fundamental desta pesquisa é que a invalidação representa uma possível consequência decorrente da prática de um ato viciado, de modo que a tentativa de dividir as invalidades em categorias estanques parece trazer mais problemas que soluções. O primeiro passo é analisar a conformidade do ato à forma previamente estabelecida em lei. Se houver correspondência, o ato produzirá efeitos; caso contrário, a invalidação dependerá das regras estabelecidas no Código de Processo Civil, especialmente a da instrumentalidade das formas (art. 277) e a da ausência de nulidade sem prejuízo efetivo (*pas de nullité sans grief*) (art. 282, § 1º). Assim, as invalidades devem ser tratadas conforme o regime jurídico aplicável a elas.

1.6.1 A importância das formas para o processo civil

As formas constituem o meio pelo qual o ato jurídico será exteriorizado e garantem ao processo previsibilidade, segurança e proteção contra a arbitrariedade estatal¹⁵⁰. Segundo Inocencio Borges da Rosa, a forma representa o conjunto de qualidades, propriedades ou modalidades a

¹⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

partir das quais uma determinada coisa é manifestada e revelada aos sentidos¹⁵¹. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira argumenta que, no contexto processual, a forma atua como o invólucro do ato, responsável por exteriorizar, por meio de símbolos, a manifestação de vontade¹⁵².

Por isso é que o juízo de invalidade deve partir da verificação da conformidade entre a forma previamente estabelecida em lei para a realização do ato e a forma por meio da qual o ato foi efetivamente exteriorizado.

Um olhar descuidado sobre as formas dos atos processuais poderia levar à suposição de que a ausência delas possibilitaria maior celeridade ao processo. No entanto, conforme ensina Giuseppe Chiovenda, a desordem resultante dessa ausência traria uma lentidão imprevisível, o que leva à conclusão de que a previsão das formas pode até gerar atrasos, mas evita atrasos ainda maiores no processo¹⁵³. Por essas razões, Roberto Omar Berizonce conclui que as formas “*no son sino el precio que el ciudadano común paga por su libertad*”¹⁵⁴.

Sem uma moldura formal prévia, o desenvolvimento do processo estaria relegado aos arbítrios do juiz e aos interesses das partes, abrindo espaço para insegurança jurídica e instabilidade das relações processuais¹⁵⁵. José Antonio Pimenta Bueno, em sua obra de 1858 dedicada ao estudo

¹⁵¹ ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 94. Em sentido semelhante, Alberto Luis Maurino: “*El acto procesal es un hecho en el mundo de la realidad. Al modo como se manifiesta el contenido de dicho acto, es decir, como aparece exteriormente, se lo denomina forma*”. Tradução livre: “O ato processual é um fato no mundo da realidade. A maneira pela qual o conteúdo do ato é manifestado, ou seja, como ele aparece externamente, é chamada de forma” (MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 1).

¹⁵² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

¹⁵³ Segundo Chiovenda: “*D’altro lato le forme sole rendono possibile la precisa determinazione dell’oggetto delle contestazioni; tracciando la via che le parti debbono seguire sostituiscono l’ordine al disordine, e se ciò porta ritardi evita ritardi maggiori; escludono la licenza dei litiganti e l’arbitrio del giudice, garantendo il libero esercizio della difesa giudiziale (...)*”. Tradução livre: “Por outro lado, as formas, por si só, possibilitam a determinação precisa do objeto das disputas; ao traçar o caminho que as partes devem seguir, substituem a desordem pela ordem e, se isso levar a atrasos, evitam maiores atrasos; excluem a licença dos litigantes e a arbitrariedade do juiz, garantindo o livre exercício da defesa judicial. (...)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto. Saggi di diritto processuale*, vol. 1, p. 353-378, 1993, p. 356).

¹⁵⁴ Tradução livre: “não são nada além do preço que o cidadão comum paga por sua liberdade” (BERIZONCE, Roberto Omar. *Las formas de los actos procesales: sistemas*. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p. 17). Alguns autores relacionam a ideia dessa afirmação de Berizonce à uma passagem de Montesquieu (CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto. Saggi di diritto processuale*, vol. 1, p. 353-378, 1993, p. 355; e CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 6).

¹⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4; Chiovenda afirmava que a ausência das formas acarretaria “a desordem, a confusão e a incerteza”: “*Tuttavia l’esperienza ha dimostrato che le forme*

das formalidades do processo, destacou a importância das formas, ao afirmar que, sem elas, “a chicana, a duplicidade, o arbítrio, e a injustiça” predominariam facilmente, deixando de existir um modo certo e exato de proceder¹⁵⁶.

Pode-se considerar que o Código de Processo Civil não adotou um sistema de liberdade irrestrita das formas. Embora o art. 188 prescreva que os atos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei exigir, o *Codex* impõe diversas exigências formais aos atos do processo. Por exemplo: a petição inicial deve atender aos requisitos dos arts. 319, 320 e 321, sob pena de indeferimento; a contestação precisa observar as disposições dos arts. 335, 336 e 337, sob pena de revelia e presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor; a sentença deve ser proferida com relatório, fundamentos e dispositivo, conforme o art. 489, I, II e III, sob pena de nulidade; entre muitas outras exigências¹⁵⁷.

A legislação processual também contempla o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de 1) requisitos gerais, destinados a condicionar todos os atos processuais ou categorias significativas deles (v. g., o art. 192, quando exige a utilização da língua portuguesa em todos os atos e termos do processo) e 2) requisitos particulares, destinados a regulamentar atos específicos (por exemplo, art. 489, §§ 1º e 2º, ao exigirem a fundamentação da sentença)¹⁵⁸. Segundo o autor, o conjunto de todos esses requisitos, tanto gerais quanto particulares, define o *modo*, o *lugar* e o *tempo* da realização do ato¹⁵⁹.

O modo é considerado um requisito intrínseco dos atos processuais, enquanto lugar e tempo são requisitos extrínsecos, pois são exteriores a eles. A combinação desses elementos, compõe a forma dos atos processuais¹⁶⁰. Por exemplo, na contestação, o ato deve ser praticado por meio

nel giudizio sono necessarie, come e a più forte ragione che in ogni altro rapporto giuridico; la loro mancanza porta il disordine, la confusione e l'incertezza”. Tradução livre: “No entanto, a experiência tem mostrado que as formas de julgamento são necessárias, tanto quanto e mais fortemente do que em qualquer outra relação jurídica; sua ausência traz desordem, confusão e incerteza”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. 2, Sez. 1. Napoli: Eugenio Jovene, 1934, p. 329).

¹⁵⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamento sobre as formalidades do processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858, p. 1.

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 628-629.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 630.

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 630; e KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 430.

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 630-631.

de petição escrita (modo), protocolada no local em que as leis de organização judiciária determinam (lugar), dentro do prazo legal (tempo)¹⁶¹.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, concebia que a forma em sentido amplo compreenderia a forma em sentido estrito, o lugar e o tempo em que o ato processual é praticado¹⁶².

A forma em sentido amplo pode limitar o exercício das posições jurídicas dos sujeitos processuais e garante previsibilidade ao procedimento, uma vez que o processo possuiria a liberdade das formas como regra (art. 188, *caput*). A forma em sentido estrito seria o modo de expressão do ato e pode ser prevista a partir de normas gerais, aplicáveis a todos os atos processuais, como é o caso da necessidade de utilização da língua portuguesa (art. 162) ou normas específicas, tal qual a que prevê os requisitos da petição inicial (art. 319)¹⁶³.

Já o tempo em que o ato é praticado diz respeito à sua inserção no processo. A prática dos atos processuais está sujeita a prazos (arts. 218), que serão contados de acordo com as regras gerais previstas entre os arts. 212 e 216 e 218 a 235. O descumprimento dos prazos processuais pelas partes, geralmente, implicará na preclusão temporal¹⁶⁴. Embora os incisos I, II e III do art. 226 estabeleçam prazos para o juiz proferir despachos, decisões interlocutórias e sentenças, o juiz está submetido a um regime de prazos impróprios, o que impede a preclusão temporal de recair sobre ele.

Em relação ao lugar da prática dos atos processuais, a regra geral é prevista pelo art. 217, que determina que os atos processuais devem ser praticados na sede do juízo. Existem exceções a essa regra, como nos casos de atos de citação e de intimação (arts. 243 e 273, I), de realização de perícias (art. 474) e de audiências de conciliação e de mediação por videoconferência (art. 334, § 7º)¹⁶⁵.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 631.

¹⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

¹⁶³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 259.

¹⁶⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 261-264.

¹⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 264-266.

Para além dos vícios de forma em sentido amplo, há vícios de fundo, que fazem parte da ideia de formalismo processual¹⁶⁶, relacionados aos pressupostos processuais e estão situados no plano do juízo de admissibilidade de mérito¹⁶⁷. Para Heitor Vitor Mendonça Sica, seriam vícios de fundo aqueles relacionados aos pressupostos processuais subjetivos das partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória), aos pressupostos subjetivos do juiz (inexistência de impedimento ou de suspeição), aos pressupostos processuais do juízo (competência) e aos pressupostos processuais negativos (inexistência de litispendência, coisa julgada, perempção, convenção de arbitragem ou outros fatos impeditivos ou extintivos do direito à prática do ato)¹⁶⁸.

Pode-se dizer que a legislação processual civil brasileira procurou caminhar na direção do equilíbrio entre liberdade e formalidade pretendido por Giuseppe Chiovenda¹⁶⁹. As formas devem servir para tutelar as garantias processuais dos indivíduos e auxiliar a prestação da tutela jurisdicional e não para permitir que o processo seja palco para o formalismo excessivo, pernicioso e vazio¹⁷⁰.

1.6.2 A instrumentalidade das formas

As formalidades não representam um fim em si mesmo. Por essa razão, o Código de Processo Civil permite que um ato processual viciado produza efeitos, a despeito da existência do vício, desde que atinja sua finalidade ou não cause prejuízo para os jurisdicionados ou para o sistema processual.

Na Itália, foram identificadas normas limitadoras do reconhecimento de invalidades processuais civis. Andrea Proto Pisani afirma que a disciplina da invalidade deveria ser baseada no princípio

¹⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

¹⁶⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 264-267.

¹⁶⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 267-268.

¹⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. *Saggi di diritto processuale*, vol. 1, p. 353-378, 1993, p. 356.

¹⁷⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Las formas de los actos procesales: sistemas. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p. 29.

da instrumentalidade das formas, em relação ao escopo do ato processual e não a uma análise forma-conteúdo¹⁷¹.

Essas limitações ao reconhecimento das invalidades foram ideias incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁷², mais especificamente nos arts. 188, 277 e 282, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil. Essas formulações normativas materializam a liberdade e a instrumentalidade das formas, norma de “sobredireito processual” — expressão utilizada por Galeno Lacerda, aplicando por comparação ao Direito Processual um conceito utilizado por Ernst Zitelmann e difundido por Pontes de Miranda, no contexto do direito internacional privado —¹⁷³, destinada a balizar a aplicação das normas processuais que tratam das formalidades e das invalidades dos atos processuais¹⁷⁴.

Cândido Rangel Dinamarco sintetiza as escolhas do legislador a respeito da matéria, ao fazer as seguintes proposições¹⁷⁵:

¹⁷¹ No original: “*La disciplina delle nullità per vizi inerenti a requisiti di forma-contenuto è pertanto di più antiformalistico si possa immaginare: e questo perché è fondata tutta sul principio della strumentalità delle forme rispetto allo scopo*”. Tradução livre: “A disciplina da nulidade para defeitos inerentes aos requisitos de forma-conteúdo é, portanto, da natureza mais antiformalista que se possa imaginar: e isso porque ela se baseia inteiramente no princípio da instrumentalidade das formas com relação à finalidade” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 206). No mesmo sentido: SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 247-248. Gian Antonio Micheli também afirma: “*La nulidad del acto procesal por un vicio de forma no puede ser pronunciada, sin embargo, cuando el acto ha alcanzado la finalidad a que esta destinado*”. Tradução livre: “A nulidade do ato processual com base em um defeito processual não pode, entretanto, ser pronunciada quando o ato tiver atingido o objetivo para o qual foi planejado” (MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 321).

¹⁷² LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, vol. 28, p. 7-14, jul. 1983.

¹⁷³ LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, vol. 28, p. 7-14, jul. 1983. A expressão também foi adotada por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 707).

¹⁷⁴ A respeito da instrumentalidade do processo, que é diferente da instrumentalidade das formas, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “A tese instrumentalista, lançada no ano de 1986 em minha tese acadêmica, é portadora da dupla vocação a influir na mente do legislador, induzindo-o a criar e modelar institutos processuais tão aptos quanto possível à plena consecução dos escopos processuais; e na dos juízes, levando-os a conduzir os processos de modo a endereça-los à produção de resultados desejados em casos concretos, sem exacerbar os óbices antepostos pelas técnicas processuais, decidindo a causa e interpretando os atos do processo pelo modo mais propício à tutela jurisdicional tão ampla quanto possível” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 280). Heitor Vitor Mendonça Sica, também adota as proposições de Dinamarco (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 270).

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 705-708. Ao analisar o ordenamento jurídico italiano, Roberto Poli, em sentido semelhante: POLI, Roberto. *La nullità degli atti processuali: considerazione iniziali e principi sulla forma* (parte 1/4). *Revista de Processo*, vol. 296, p. 317-349, out. 2019.

- 1) na hipótese de a lei não prescrever a forma que reputa necessária à prática do ato, as partes podem praticar os atos da forma que melhor lhes aprouver, a fim de que atinja seu escopo, de acordo com o princípio da liberdade, previsto no art. 188;
- 2) o fundo (escopo a ser atingido pelo ato) supera a forma, de modo que o defeito do ato não implica a sua invalidação de pleno direito; o ato somente será invalidado caso não realize seu escopo (finalidade, prevista no art. 277) ou cause prejuízo às partes ou ao processo (*pas de nullité sans grief* do art. 282, §§ 1º e 2º);
- 3) a instrumentalidade das formas é aplicável a todos os vícios processuais (art. 277);
- 4) verificado o prejuízo ou não atingido o escopo (finalidade), a invalidade poderá ser decretada pelo juiz, ainda que a lei não a preveja expressamente.

O sistema das nulidades processuais se fundamenta nas ideias de finalidade e prejuízo¹⁷⁶. O processo é o instrumento pelo qual o legislador estabelece regras que servem como modelo a ser seguido pelos sujeitos do processo, de modo que os atos processuais são praticados com o objetivo de alcançar a finalidade prevista para cada um deles¹⁷⁷.

Para Salvatore Satta, a finalidade do ato sempre será a pretendida pela lei¹⁷⁸, mesmo que o Código de Processo Civil não preveja expressamente a finalidade de cada um dos atos processuais. Por essa razão, a análise da finalidade dos atos processuais deve ser realizada “mediante o exame global e comparativo do conjunto de dispositivos relacionados a determinado sistema processual”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 448. Em direção semelhante, Roberto Omar Berizonce entende: “*Aflora así otro principio esencial de la doctrina moderna y que han recogido también los nuevos ordenamientos, cual es el de instrumentalidad o finalismo, en virtud del cual los actos procesales son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obtención de su finalidad*”. Tradução livre: “Surge, assim, outro princípio essencial da doutrina moderna, que também foi adotado pelos novos sistemas jurídicos, qual seja, o da instrumentalidade ou finalismo, em virtude do qual os atos processuais são válidos desde que tenham sido praticados de qualquer forma adequada à consecução de sua finalidade” (BERIZONCE, Roberto Omar. *Las formas de los actos procesales: sistemas*. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p. 20).

¹⁷⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271.

¹⁷⁸ SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, p. 203-204.

¹⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420. Inocêncio Borges da Rosa, já em 1935, defendia a aplicação dos critérios da finalidade e do prejuízo: “Quanto ao mais, sustentamos, com firmeza, o critério da *finalidade da lei* e da ocorrência ou não de *prejuízo*, como unico aceitavel para a decretação de nulidades; e bradamos, com energia, contra o apego ao formalismo, apego que põe á mostra uma cultura jurídica acanhada ou insuficiente, para não dizer, de uma vez, falta de cultura jurídica” (ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 141).

Inocencio Borges da Rosa, ao defender a aplicação dos critérios da finalidade e do prejuízo às nulidades, sustentava que todas as leis se constituíam de duas partes. Uma delas seria interior, encapsulando o que o autor chamou de “espírito da lei”, porquanto inacessível aos sentidos humanos. A outra parte seria exterior, materializada pela própria formulação normativa em si¹⁸⁰. O texto representaria apenas o meio pelo qual o legislador poderia garantir a consecução do espírito da lei, ou seja, da finalidade buscada por ela. Na hipótese de violação à lei, deve-se questionar: o espírito da lei foi atingido pela violação ou apenas o texto legal foi violado? Apenas na hipótese de violação ao espírito da lei (violação de fundo) é que haveria que se falar em decretação da nulidade, pois a intangibilidade do fim geraria prejuízo ao Direito¹⁸¹.

Decretar a nulidade de um ato que atingiu o fim colimado pela lei, apenas porque houve violação ao texto (violação de forma), “é tão insensato e anti-econômico, como mandar o oficial, que o inferior, seu subalterno, faça de novo, por via-ferrea, a viagem que fizera de automóvel, para chegar novamente ao mesmo ponto que atingira pela estrada de rodagem e cumprir novamente a mesma missão que já tinha cumprido”¹⁸².

Nesse contexto, Heitor Vitor Mendonça Sica relaciona alguns exemplos para demonstrar a finalidade de determinados atos processuais: a citação tem como objetivo dar ciência ao réu acerca da demanda, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa; a intimação das partes do início da perícia visa que elas possam acompanhar o ato, assegurar que o perito tem capacidade para conduzir a perícia; e a sustentação oral objetiva proporcionar às partes convencer os magistrados — dessa vez verbalmente — de que seus argumentos merecem acolhida¹⁸³.

Considere-se o seguinte cenário: na tentativa de citar uma pessoa jurídica de direito privado, o oficial de justiça encarregado da diligência entrega o mandado a um receptor sem qualquer vínculo de subordinação ou de representação com a demandada, em local diverso do endereço da sede da pessoa jurídica. *Prima facie*, o ato citatório apresenta um vício que poderia conduzi-lo à invalidação¹⁸⁴, por violação ao art. 242 do Código de Processo Civil. No entanto, se o réu

¹⁸⁰ ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 141.

¹⁸¹ ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 142.

¹⁸² ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 142-143.

¹⁸³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 625.

¹⁸⁴ AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.118.989/SP, relator Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/3/2023.

comparecesse voluntariamente ao processo (art. 239 §1º), a finalidade do ato estaria cumprida, não havendo que se falar em decretação da invalidade da citação. Isso ocorre porque, após o comparecimento, o réu estaria em condições de exercer todos os seus ônus, direitos e deveres processuais¹⁸⁵. A existência do vício perde sua relevância para o processo e, nesse contexto, José Roberto dos Santos Bedaque sintetiza: “a não-observância da forma deve ser sempre considerada em função do escopo do ato, não pelo descumprimento da regra em si mesma”¹⁸⁶.

Portanto, quando um ato é praticado em conformidade com a forma prevista em lei para sua execução, não há necessidade de analisar se o seu escopo foi alcançado, uma vez que o atingimento da finalidade é presumido (se houvesse citação regular do réu, em seu endereço, não caberia analisar se o ato cumpriu ou não com sua finalidade). A finalidade só será objeto de análise do juiz quando o ato foi praticado de maneira atípica. Nesse caso, será avaliado se, apesar do vício, o ato foi capaz de cumprir com a sua finalidade, tornando assim impossível estabelecer a relação ato típico-validade e ato atípico-invalidade¹⁸⁷.

O juízo desempenhará papel relevante na análise de atingimento da finalidade pelo ato, especialmente porque algumas formulações normativas do Código de Processo Civil apresentam sintagmas abertos, como “finalidade essencial” (art. 188) e “alcançar a finalidade” (art. 277)¹⁸⁸. A partir das escolhas feitas pelo legislador, cabe ao intérprete analisar se aquele ato, mesmo viciado, conseguiu ou não atingir o fim para o qual foi concebido, levando em consideração a visão teleológica da forma, que estabelece uma relação direta entre a forma e causa final do ato¹⁸⁹.

Além de considerar o atingimento da finalidade do ato, a compreensão das nulidades processuais depende da análise do prejuízo, previsto no art. 282, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil, que consubstanciou a ideia de que não há nulidade sem prejuízo ou *pas de nulté*

¹⁸⁵ Andrea Proto Pisani, ao analisar o ordenamento jurídico italiano, também traz exemplo semelhante (PISANI, Andrea Porto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 207-208).

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 433.

¹⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431. Ver também: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

¹⁸⁸ Bedaque traz os mesmos exemplos, mencionando os artigos do Código de Processo Civil de 1973 (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432).

¹⁸⁹ AULETTA, Ferruccio. *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*. Padova: CEDAM, 1999, p. 126-127; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 439; e GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 33.

sans grief. Bedaque destaca que, embora haja diferenças entre finalidade e prejuízo, a decretação da invalidade pode depender do reconhecimento de qualquer um desses dois fenômenos, pois ambos estão equiparados enquanto “mecanismos de determinação da relevância, ou não, da atipicidade do ato processual”¹⁹⁰.

José Joaquim Calmon de Passos, por sua vez, ao reconhecer a dificuldade na análise do atingimento da finalidade pelo ato processual, argumenta que a verificação do prejuízo seria um critério seguro para apreciar a *causa finalis* do ato. Segundo ele, a ocorrência do prejuízo inevitavelmente levaria à constatação da intangibilidade do fim, e toda vez que se declarasse a intangibilidade do fim, haveria prejuízo¹⁹¹. Salvatore Satta também contribuiu para a discussão a respeito do tema ao importar a ideia de conservação dos negócios jurídicos para o processo civil. Segundo Satta, a conservação do ato processual independe da vontade das partes e deve estar subordinada à função do próprio ato¹⁹².

A partir dessas ideias, surgem questionamentos pertinentes. Se um ato estiver em conformidade com a finalidade pretendida pela lei, isso implica automaticamente na ausência de prejuízo a ser considerado para determinar sua invalidade? Além disso, o surgimento do prejuízo sempre indica a intangibilidade do fim? Por outro lado, é concebível que um ato não cumpra com a sua finalidade, mas ainda assim não resulte em prejuízo?

Uma vez atingida a finalidade do ato, não há razão para considerar a existência de prejuízo. Se o legislador incorporou a norma ao ordenamento com o propósito de alcançar determinado escopo e essa finalidade foi efetivamente atingida, então não há prejuízo a ser considerado. Conclusão contrária implicaria em uma crítica à própria escolha legislativa. Se a norma foi

¹⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 448.

¹⁹¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132-133. Em sentido semelhante, Inocêncio Borges da Rosa define o prejuízo: “Para este fim, em que consiste o prejuízo? Consiste na não consecução do fim colimado pela lei e de que resulta um dano à parte ou à justiça” (ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 153).

¹⁹² Nas palavras do autor: “[...] *la conservazione dell'atto processuale è del tutto indipendente dalla volontà, e ha radice unicamente nella funzione dell'atto stesso. Può darsi cioè che per un vizio formale l'atto non possa adempire alla sua intera funzione (es. di costituire un valido processo di impugnazione) ma tuttavia esso possa adempire a una funzione minore, compresa nella prima (es. impedire il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato)*”. Tradução livre: “[...] a preservação do ato processual é totalmente independente da vontade e se baseia apenas na função do próprio ato. Ou seja, pode ser que, devido a um defeito formal, o ato não possa cumprir toda a sua função (por exemplo, estabelecer uma apelação válida), mas pode, no entanto, cumprir uma função menor incluída na primeira (por exemplo, impedir que a medida impugnada transite em julgado)” (SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 247-248).

integrada ao sistema, é válida e cumpriu com sua finalidade, não há prejuízo, pois o essencial é analisar o binômio escopo-prejuízo¹⁹³.

Por outro lado, a verificação de prejuízo revela a intangibilidade do fim, uma vez que o regramento jurídico processual não é concebido para prejudicar as partes, o juízo ou a prestação jurisdicional. Portanto, em resposta ao segundo questionamento também se conclui afirmativamente: sempre que houver prejuízo, presumir-se-á a intangibilidade do fim. Ou seja, havendo pedido expresso de sustentação oral pela parte, a ausência de intimação do advogado constituído torna nula a sessão de julgamento do recurso, em caso de derrota da parte. O prejuízo (cerceamento de defesa e derrota na fase recursal) indica que a norma não cumpriu com sua finalidade (permitir que a parte apresentasse suas razões de forma oral em sessão de julgamento do recurso).

Apesar de se reconhecer que a finalidade do tipo processual e o prejuízo resultante de sua inobservância estão correlacionados, a intangibilidade do fim não implica necessariamente na ocorrência de prejuízo. Se houve um vício na citação, o juiz decretou a revelia do réu e, mesmo assim, todos os pedidos iniciais foram julgados improcedentes, a nulidade não deve ser decretada. Embora o ato citatório não tenha cumprido sua finalidade, pois o réu não foi comunicado para integrar a relação processual devido ao vício, isso não acarretou prejuízo para ele, o que impossibilita a decretação da invalidade¹⁹⁴.

Suponha-se um processo que envolva interesses de um menor, no qual o Ministério Público deveria atuar como *custos legis*, mas não é devidamente intimado para praticar qualquer ato, ensejando a incidência do art. 279 do Código de Processo Civil. Pode ocorrer que o menor figure no polo ativo da demanda e todos os seus pedidos sejam acolhidos pelo juízo. Também pode acontecer que o menor ocupe o polo passivo e todos os pedidos do autor sejam julgados improcedentes. Em ambas as hipóteses, não se deve reconhecer a nulidade do processo, uma vez que não houve prejuízo ao menor¹⁹⁵.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 707.

¹⁹⁴ AgInt no REspº 1.563.363/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/2/2022; AgInt no REsp n. 2.035.813/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/4/2023.

¹⁹⁵ AgInt no AREsp nº 2.299.436/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/6/2023; e REsp nº 1.852.416/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 23/3/2021.

Entretanto, se os pedidos do menor forem acolhidos apenas parcialmente ou, no segundo caso, um ou mais pedidos autorais fossem julgados procedentes ou parcialmente procedentes, o desfecho da demanda poderia ser mais favorável ao menor. Nessa hipótese, a ausência de participação do Ministério Público — que detém legitimidade para interpor recurso, mesmo que a parte não o faça (Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁶) — acarretou prejuízo, o que será suficiente para justificar a invalidação do processo.

A não constatação de prejuízo enseja o que a literatura jurídica italiana denominou de “*sanatoria per convalidazione oggettiva*” (convalidação objetiva), uma técnica pela qual a invalidade será superada, independentemente de manifestação das partes¹⁹⁷, se, apesar da existência do vício, a finalidade do ato for alcançada ou se não houver prejuízo.

A solução proposta por Heitor Vitor Mendonça Sica se mostra adequada para conciliar a relação entre a frustração da finalidade e a ocorrência de prejuízo. De acordo com o autor, a aplicação da instrumentalidade das formas deve ocorrer tanto de forma retrospectiva, quando já houver uma decisão de mérito para o caso, quanto de forma prospectiva, quando não houver decisão de mérito¹⁹⁸.

Nos casos em que a parte a ser beneficiada pela invalidade teve o mérito julgado a seu favor, a invalidade não deverá ser decretada, especialmente se considerado o art. 488 do Código de Processo Civil. Assim, situações nas quais a parte não foi regularmente citada, ocorreram vícios nas intimações ou não foi concedida a possibilidade de apresentar sustentação oral, mas o exame de mérito foi decidido a seu favor, não devem resultar em invalidação dos atos processuais. Nessas circunstâncias, a instrumentalidade das formas deve ser aplicada de forma retrospectiva¹⁹⁹.

Aliás, a aplicação retroativa da instrumentalidade das formas é mais eficaz para evitar a decretação de invalidades, uma vez que sob esse viés, o alcance da finalidade e a existência de prejuízo serão mais facilmente identificados, pois o vício já terá ocorrido.

¹⁹⁶ Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

¹⁹⁷ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 208-209.

¹⁹⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 272.

¹⁹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 272.

Em certos casos, a aplicação prospectiva da instrumentalidade das formas é necessária, pois o vício foi identificado antes do julgamento do mérito, por exemplo, na decisão de saneamento e organização do processo. Daniel Mitidiero entende que a organização do processo opera em um duplo sentido. Retrospectivamente, visa a verificar tudo o que pode atrasar ou impedir a resolução do mérito da causa, corrigindo vícios ou mesmo extinguindo o processo sem resolução de mérito. Prospectivamente, busca garantir que a instrução seja iniciada com a devida distribuição do ônus probatório e com a comunicação das partes quanto às provas a serem produzidas, evitando-se vícios futuros²⁰⁰.

Nessas circunstâncias, a invalidade deve ser decretada desde logo, a fim de evitar a invalidade de atos posteriores que dependam do ato viciado. Isso se deve ao fato de que o juízo de invalidade não pode depender da solução a ser atribuída ao caso, sob pena de violação ao devido processo legal, à duração razoável do processo e à economia processual²⁰¹. Portanto, caso as partes aleguem ou o juiz verifique algum vício no ato citatório, não se deve aguardar o julgamento do mérito para decidir acerca da invalidade, que deverá ser decretada imediatamente.

Além das hipóteses em que a verificação do prejuízo requer uma análise casuística, existem outras em que o prejuízo é presumido. O Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, em seu art. 244, estabelecia que quando a lei prevísse determinada forma, “sem cominação de nulidade”, o juiz deveria considerar o ato válido, se, ainda que realizado de outro modo, atingisse sua finalidade. A previsão do sintagma “sem cominação de nulidade” levou parte da literatura jurídica a entender que, no caso das nulidades cominadas, o prejuízo seria presumido. Para Roque Komatsu, por exemplo, a cominação fazia presumir o não atingimento da finalidade, de modo que o juiz teria, inexoravelmente, decretar a nulidade: “A cominação faz presumir a intangibilidade do escopo. O inatingimento do fim, isto é, a não-realização da função, pode ser previsto e pensado com antecipação (o que não ocorre com o prejuízo, que não pode ser conhecido senão em concreto; não havendo prejuízo *a priori*)”²⁰².

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio* [livro digital]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.3.

²⁰¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 272-273.

²⁰² O autor prossegue: “Fá-lo a lei quanto aos atos de forma vinculada. O não-atingimento ao modelo legal faz presumir o inatingimento do fim. A solução é *a priori*, o que não impedem contudo que o ato, no seu concreto

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, suprimiu do art. 277, o sintagma “sem cominação de nulidade”. Dessa forma, a nulidade deverá ser decretada pelo juiz apenas quando o ato não for capaz de atingir sua finalidade ou tiver gerado prejuízo²⁰³.

A despeito da mudança de paradigma estabelecida legislação processual, ainda existem situações em que o prejuízo é presumido, independentemente da cominação de nulidade^{204,205}. Concorde-se com José Roberto dos Santos Bedaque quando este argumenta pela presunção do prejuízo nos casos de incompetência absoluta, em razão da regra do juiz natural e do interesse público inerente às regras de distribuição da jurisdição²⁰⁶. Heitor Vitor Mendonça Sica, por sua vez, também traz exemplos de outros casos que, de fato, podem categorizados dessa forma: o vício da decisão de mérito em ofensa à coisa julgada material, que é fundamento para ação rescisória (art. 966, IV); a não extinção sem resolução de mérito da segunda demanda implicaria na verificação do prejuízo e o não atingimento da finalidade da coisa julgada; a prática de atos depois do esgotamento do prazo processual preclusivo, sem justa causa, e os casos em que há decisões proferidas por juízes impedidos ou suspeitos²⁰⁷.

realizar-se, ainda que sob defeituosa forma, atinja sua finalidade, cumpra sua função. A inexorabilidade da invalidade (no caso de nulidade absoluta cominada) está mais na circunstância de cuidar-se de infração à regra cogente, onde prevalente a tutela de interesse público do que na circunstância de ser explícita a consequência da invalidade (art. 113, § 2º). Às hipóteses de nulidade cominadas são aplicáveis as disposições contidas no art. 249 do CPC, consagradoras do princípio do prejuízo. O que a faste a aplicação desse princípio é a circunstância de ser absoluta a nulidade e não por ser, eventualmente, também cominada (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 215). José Maria Tesheiner, por sua vez, apesar de ponderar que, *prima facie*, a interpretação *a contrario sensu* do art. 244 do CPC/73 sugeriria que, quando se tratasse de nulidades cominadas, o prejuízo seria presumido e a nulidade deveria ser decretada, adota posição em sentido contrário: “Contudo, como advertem os hermeneutas, a interpretação *a contrario sensu* é sempre perigosa. No caso, o próprio Código encarrega-se de demonstrar que, embora cominada a nulidade, não se a pronuncia, se não houve prejuízo. O suprimimento da falta de citação pelo comparecimento espontâneo do réu somente se explica pela ausência de prejuízo” (TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118).

²⁰³ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 241. Ver ainda: S SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 274-275.

²⁰⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 275.

²⁰⁵ São exemplos de nulidade cominada previstos no Código de Processo Civil de 2015 os arts. 11; 146; § 7º; 272, §§ 2º e 5º.

²⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 587; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidades processuais e apelação. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 1, p. 225-254, ago. 2006, p. 249.

²⁰⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 275-277.

Excetuadas as situações de prejuízo presumido, a aplicação da instrumentalidade das formas deve ocorrer independentemente da natureza do vício processual²⁰⁸. Essa constatação evidencia a impossibilidade de categorizar o prejuízo em relação a ordem pública ou aos interesses das partes, o que reduz ainda mais a importância de classificar e dividir as invalidades.

A aplicação da instrumentalidade das formas não visa a esvaziar a importância das formas e formalidades do processo, mas elimina do sistema processual civil a ideia de forma pela forma, destacando que formalismo não pode ser considerado um fim em si mesmo. Assim, o processo deve possuir como escopo a entrega da prestação jurisdicional e, por conseguinte, a regra geral diz que a decretação da nulidade deverá ser precedida da análise da finalidade e do prejuízo.

1.6.3 A instrumentalidade das formas e a validade *prima facie* dos atos processuais

Antonio do Passo Cabral questiona a aplicação da instrumentalidade das formas em matéria de invalidades processuais. Ele argumenta que essa abordagem carece de cientificidade, principalmente, em dois aspectos: “I) a ausência de *standards* e critérios metodológicos seguros para aplicar o exame funcional meio-fim, que deve ser empreendido casuisticamente; e II) admitir que o caráter funcional não é absoluto e não esgota o estudo das invalidades, podendo representar, ao contrário, um raciocínio imperfeito”²⁰⁹.

De acordo com Cabral, a instrumentalidade confere aos juízes um aumento de poder desproporcional à possibilidade de participação das partes no processo, pois relega ao magistrado a cognição a respeito das invalidades²¹⁰. O autor também argumenta que a

²⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 452; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 35; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 706.

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 91. Em sentido semelhante, Roberto Omar Berizonce: “*En definitiva — y como síntesis conclusiva — en los códigos de inspiración moderna vigentes en el país se recoge, como pauta esencial, el principio de la legalidad de las formas, pero con concesiones que vienen a conferirle un matiz particular. Y esas atenuaciones están dadas, principalmente, por la directriz de la instrumentalidad y también, en buena medida, por los mayores poderes-deberes que en general se confiere en todos los ordenamientos al órgano jurisdiccional*”. Tradução livre: “Em suma - e como síntese conclusiva -, nos códigos de inspiração moderna em vigor no país, o princípio da legalidade das formas é retomado, como diretriz essencial, mas com concessões que lhe dão uma nuance particular. E essas atenuações são dadas, principalmente, pela diretriz da instrumentalidade e também, em grande medida, pelos maiores poderes e deveres que em geral são conferidos em todos os sistemas jurídicos ao órgão jurisdiccional”. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Las formas de los actos procesales: sistemas*. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 17-30, 1980, p. 21).

²¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 92.

sistemática das invalidades processuais, embora tenha sido modernizada para permitir a flexibilização em relação ao rigor abstrato da lei, é autoritária e antidemocrática. Isso porque teria privilegiado um aumento desproporcional e desequilibrado dos poderes do juiz, resultando em um processo de formalismo judicial. E, ao contrastar o formalismo da lei com o formalismo do juiz, Cabral expressa sua predileção pela primeira opção²¹¹.

Como alternativa à instrumentalidade das formas, Antonio do Passo Cabral propõe uma abordagem que analisa as nulidades com base na ideia de validade *prima facie* ou *pro tanto* (*prima facie Vorrang*) dos atos processuais. Segundo essa perspectiva, todos os atos do processo serão válidos à primeira vista. Nesse contexto, a única classificação das invalidades que se mostraria útil ao processo seria a que divide os defeitos — e não as invalidades, que dependem de decretação — em sanáveis e insanáveis²¹².

Cabral considera que o ordenamento jurídico adotou uma preferência normativa pela validade dos atos processuais. Se o juiz tiver a intenção de pronunciar a invalidade, deverá ter razões mais substanciais e enfrentar um maior ônus argumentativo para fazê-lo, visando à redução da arbitrariedade na decretação da invalidade. Esse maior ônus argumentativo imposto ao juiz (*Argumentationslast*) seria capaz de evitar juízos de invalidade baseados em fórmulas vazias ou em frases de efeito²¹³. Por outro lado, se o juiz optar por ignorar o defeito do ato processual e permitir a produção de efeitos, ele não estaria sujeito ao mesmo peso argumentativo, na medida em que a lei processual civil foi concebida para privilegiar a validade dos atos²¹⁴.

Na sequência, ao traçar as diferenças entre a instrumentalidade das formas da validade *prima facie*, Cabral adota a premissa de que a primeira somente seria passível de aplicação depois do reconhecimento do defeito. Além disso, sob a perspectiva instrumentalista, haveria “uma *tendência normativa* à pronúncia de nulidade, evitada pelo atingimento do escopo do ato”, quando o ideal seria entender que há uma preferência normativa pela validade dos atos

²¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94-95. O autor também teceu críticas ao sistema de invalidades e à instrumentalidade das formas em pesquisa posterior. Confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

²¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188-189.

²¹³ CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 189 e ss.

processuais, de modo que “o exame meio-fim não pode ser empreendido após as considerações de imperfeição formal num momento em que a decisão *já tende à invalidação*”²¹⁵.

Nesse contexto, segundo Cabral, as vantagens da aplicação da validade *prima facie* seriam as seguintes: 1) maior alinhamento entre norma e fato no exame da invalidação, pois esse exame não estará ligado à gradação legal do vício, mas associada ao caso concreto, sempre com vistas ao exercício do contraditório; 2) o equilíbrio entre os poderes dos juízes e das partes, privilegiando a preferência normativa, em detrimento da vontade do julgador; e 3) a racionalidade e a controlabilidade dos critérios de aferição da nulidade, a partir da imposição de um ônus justificativo mais qualificado ao magistrado no momento da decretação da nulidade²¹⁶.

Porém, as diferenças entre a instrumentalidade das formas e a validade *prima facie* dos atos processuais não são suficientes para concluir que a aplicação da validade *prima facie* deve suplantar a instrumentalidade.

Primeiramente, tanto a instrumentalidade das formas quanto a validade *prima facie* estão intrinsecamente ligadas à análise casuística. Ambas partem da premissa de que o defeito de um ato processual não se confunde com o regime de sua invalidade, exigindo apenas a verificação da intangibilidade do fim ou do prejuízo para a verificação da validade. Sob a perspectiva da validade *prima facie*, todos os atos são inicialmente considerados válidos por opção legislativa, enquanto, conforme a abordagem instrumentalista, um ato defeituoso ainda pode produzir efeitos se a finalidade não foi comprometida ou se não houve prejuízo para as partes ou para o procedimento.

A análise de ambas as abordagens teóricas demonstra que, de fato, existem dois momentos quando se trata de nulidade do ato processual: 1) a identificação do vício; e 2) a invalidade,

²¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 193-195. Ver também: CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

²¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 196-201. Ver também: CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

enquanto uma consequência potencial — e não necessária —, a ser decretada (ou não) pelo juízo.

Antonio do Passo Cabral também teceu críticas negativas ao aumento excessivo de poderes dos magistrados ao exercerem o juízo de invalidação sob a perspectiva da instrumentalidade das formas. No entanto, conforme estabelece o Código de Processo Civil e de acordo com as premissas fixadas tanto pela validade *prima facie* quanto pela instrumentalidade, a decretação da invalidade somente poderá ser realizada pelo juiz. Diferentemente do que se tem no Direito Civil, as invalidades processuais não operam *ipso jure* e o ato depende de decisão judicial para ser invalidado. Dessa forma, é necessário reconhecer que se é que os poderes do juiz aumentaram no que se refere às nulidades processuais, isso se deve às escolhas legislativas e não é resultado da aplicação da instrumentalidade das formas.

Essa crítica de Cabral, em grande parte, estava relacionada ao descompasso criado pelo regime das invalidades no que diz respeito aos poderes do juiz e à participação das partes no processo. Ele argumentava que em casos de vícios mais graves, o juiz poderia decretar a invalidade *ex officio*, sem a participação das partes. Entretanto, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, a garantia do contraditório (em suas perspectivas formal e substancial) foi incorporada ao rol de normas fundamentais do *Codex* (arts. 9º, 10 e outros) e, antes que seja proferida qualquer decisão — inclusive nos casos em que cabe ao juiz decidir de ofício —, as partes devem ser ouvidas. Independentemente do defeito apontado, as partes devem ser previamente intimadas para se manifestarem, de modo que a garantia do contraditório parece ser a única (ou a mais eficiente) forma de tentar equilibrar a participação do juiz e das partes no que se refere às nulidades processuais²¹⁷.

Ainda de acordo com Antonio do Passo Cabral, analisar as invalidades processuais a partir do viés instrumentalista seria admitir que os atos tenderiam à invalidade, quando, na realidade, a preferência normativa é pela validade dos atos. Portanto, o “exame meio-fim não pode ser empreendido após as considerações de imperfeição formal, num momento em que a decisão já

²¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158-159.

tende à invalidação”²¹⁸. Nesse ponto é que a validade *prima facie* e a instrumentalidade das formas parecem ser ideias complementares.

O controle das invalidades do processo civil pode (e deve) ser feito tanto de maneira prospectiva quanto de maneira retrospectiva. Isso significa que o juiz e as partes devem analisar o processo prospectivamente, buscando identificar vícios que possam surgir e prejudicar a finalidade do processo, que é a realização do direito material²¹⁹.

Por exemplo, o art. 334 do Código de Processo Civil prescreve que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for caso de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar audiência de conciliação ou de mediação, com antecedência mínima de 30 dias e o réu deverá ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência. Na hipótese de identificação de vício relacionado ao prazo mínimo para ciência do réu, o juiz deve adotar medidas para evitar que a audiência ocorra, com o intuito de preservar a validade dos atos processuais. Não seria adequado esperar a realização da audiência para então fazer uma análise retrospectiva de defeito-finalidade-prejuízo. Nesse caso, a análise deve ser prospectiva, antecipando-se à ocorrência do defeito que potencialmente implicará em nulidades processuais.

A instrumentalidade das formas se mostra mais útil ao processo nas situações em que o vício já ocorreu e o juiz deverá, sob um viés retrospectivo, verificar se a ocorrência do defeito foi capaz de impedir que o ato atingisse sua finalidade ou de causar prejuízo. Se a resposta for negativa, o ato permanecerá válido e seus efeitos serão preservados conforme previsto em lei. Por outro lado, nos casos em que o vício ainda não ocorreu e o exercício da cognição pelo juiz se dará sob viés prospectivo, a ideia da validade *prima facie* deve ser aplicada para preservar a validade dos atos processuais.

Por fim, segundo Cabral, recairia sobre o juiz uma espécie de ônus argumentativo mais acentuado ao decretar a invalidade de determinado ato, enquanto a manutenção da validade demandaria esforços argumentativos menos significativos, dada a preferência legislativa pela validade dos atos. Embora não se discorde da preferência legislativa pela validade dos atos

²¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 195.

²¹⁹ COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. A teoria das nulidades e o sobredireito processual. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 136, p. 37-53, out./dez. 1997.

processuais, o juízo de invalidade se basear nos critérios legais, quais sejam, a verificação do atingimento da finalidade do ato e a existência ou não de prejuízo²²⁰.

Além disso, a interpretação *a contrario sensu* da formulação normativa do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil revela quais seriam as decisões consideradas fundamentadas e, portanto, válidas. Sempre que o magistrado for exercer o juízo de invalidade, seja em relação a qualquer vício alegado pelas partes ou passível de conhecimento *ex officio*, deverá fundamentar a decisão a partir dos critérios prescritos no art. 489, §1º, com o intuito de avaliar os requisitos da finalidade e do prejuízo, sob risco de a decisão também ser considerada inválida. Logo, qualquer decisão que decrete a invalidade de um ato ou que confirme sua validade deverá ser fundamentada.

As ideias de instrumentalidade das formas e de validade *prima facie* dos atos processuais, portanto, não parecem excludentes entre si. Enquanto a primeira privilegia uma análise sob viés retrospectivo do processo, a segunda serve a uma análise prospectiva, de modo que não parece razoável afirmar que a validade *prima facie* dos atos processuais representaria uma mudança de paradigma no tratamento das nulidades, a ponto de suprimir a aplicação da instrumentalidade das formas²²¹.

1.6.4 Outros meios para evitar a decretação das invalidades processuais: confirmação, conversão, suprimimento e preclusão

O ordenamento jurídico processual busca privilegiar a manutenção da validade dos atos processuais, em busca julgamento de mérito (art. 488), evitando que o processo retroceda. Essa intenção do legislador se manifesta claramente quando se percebe que o Código de Processo Civil estabelece regras que desencorajam a pronúncia das nulidades em detrimento de regras que tratam das nulidades em si e de suas classificações²²².

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 321.

²²¹ Reflexão fruto das aulas da disciplina “Teoria Contemporânea dos Atos Processuais”, ministrada pelo Professor Doutor Thiago Ferreira Siqueira, no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, no segundo semestre do ano letivo de 2022.

²²² Ao tecer comentários acerca do capítulo do Código de Processo Civil de 1973, destinado às nulidades, Pontes de Miranda já havia identificado uma tendência normativa à preservação da validade dos atos processuais: “O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar processos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 321).

Além da convalidação, que ocorrerá quando, a despeito do vício, o ato processual atingir sua finalidade ou não causar prejuízos às partes ou ao exercício da jurisdição, existem outros fenômenos que impedem a decretação de invalidades processuais²²³.

O primeiro deles é a confirmação ou ratificação, prevista no art. 172 do Código Civil, destinado a permitir que os efeitos do ato jurídico anulável sejam preservados. Suponha-se que um menor, relativamente capaz, tenha celebrado um contrato de compra e venda de um bem. O negócio jurídico é anulável (art. 171, I), mas os contratantes poderão confirmá-lo após o menor adquirir a capacidade de plena²²⁴.

No processo civil, também existem situações nas quais o ato inicialmente viciado poderá ser confirmado. Por exemplo, no caso do § 4º do art. 64, que permite a confirmação pelo juízo competente dos atos decisórios proferidos pelo juízo incompetente. Outra hipótese está no § 2º do art. 279, que permite a confirmação dos atos praticados sem a intervenção do Ministério Público.

Outro fenômeno capaz de evitar a pronúncia da invalidade é o da conversão, previsto no art. 170 do Código Civil, que possibilita que o ato jurídico nulo produza efeitos de ato diverso, desde que reúna os requisitos necessários para o fim a que se destina²²⁵. Nesse caso, ocorre uma substituição do ato jurídico nulo por outro que estará apto a produzir efeitos²²⁶.

No âmbito processual, há formulações normativas que permitem a conversão pelo juiz de atos processuais praticados pelas partes. *V. g.*, o art. 1.024, § 3º, ao prescrever que o órgão julgador deverá conhecer os embargos de declaração como agravo interno, caso entenda que este é o recurso cabível.

²²³ Boa parte das reflexões e exemplos deste Tópico foram desenvolvidos a partir da aula do Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica na Universidade de São Paulo para a disciplina de Direito Processual II (DPC 0316). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2922520>. Acesso em 20/01/2024. A esse respeito, conferir: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 278.

²²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 935-936; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 114.

²²⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 938-939.

²²⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 114-116.

A terceira maneira de evitar a decretação da invalidade é por meio do suprimento. Nesses casos, embora o vício impeça que o ato alcance sua finalidade ou cause prejuízo, existe a possibilidade de ser corrigido²²⁷. Uma interpretação sistemática dos arts. 317, 932, parágrafo único e 938, § 1º do Código de Processo Civil revela que, excetuadas as situações que tratam de vícios insanáveis e não tendo incidido a preclusão, deve-se permitir que as partes corrijam os vícios dos atos praticados por elas²²⁸. Há outras formulações normativas que permitem expressamente a correção dos vícios, tais como o arts. 76, *caput* e 321.

Os atos do juiz, por outro lado, somente poderão ser supridos em casos de erro material ou a partir de embargos de declaração (art. 494, I e II), ressalvadas as hipóteses em que o Código de Processo Civil permite o juízo de retratação (arts. 331 e 331, § 1º, 487, § 7º, 1.018, § 1º, 1.021, § 2º, 1.030, II e 1.042, § 2º) ou as hipóteses em que houve decisão acerca de matéria passível de ação rescisória²²⁹.

A incidência da preclusão sobre os atos processuais também é uma maneira de impedir o reconhecimento da invalidade. Haverá situações em que se verifica o vício que frustrou a finalidade do ato ou causou prejuízo, sobre o qual não incidiram a convalidação, a confirmação, a conversão ou o suprimento, mas que não implicará na invalidade do ato em razão da preclusão, pois o vício não foi suscitado em momento processual oportuno²³⁰.

Há vícios que, necessariamente, devem ser alegados na primeira oportunidade em que a parte tem de se manifestar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278, *caput*). Por outro lado, há vícios que devem ser reconhecidos *ex officio*, sobre os quais não incidirá a preclusão, de modo que a decretação da invalidade poderá ser realizada pelo juiz a qualquer tempo (art. 278, parágrafo único).

²²⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 278.

²²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 280-281.

²²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 282.

²³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. Vol. III. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 292. Heitor Vitor Mendonça Sica denomina o fenômeno de superação (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 283).

Nesses casos em que o ordenamento jurídico impõe ao juiz o exercício do poder-dever de reconhecer determinadas matérias de ofício e o parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil permite que essa atuação *ex officio* seja feita a qualquer tempo, não haverá incidência da preclusão temporal.

Parte da literatura jurídica, contudo, sustenta que, mesmo em casos que a lei excepciona a incidência da preclusão temporal para a decretação de invalidade sobre determinados vícios, a boa-fé processual e a cooperação (arts. 5º e 6º) impediriam a alegação dos vícios pelas partes e o reconhecimento do vício pelo juiz²³¹. Desse viés é que surge a tese das “nulidades de algibeira” aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça.

1.7 Conclusão parcial

Ao longo do primeiro capítulo desta pesquisa, procurou-se delinear as características gerais das invalidades, considerando as particularidades do Direito Processual Civil brasileiro.

Como foi visto, o processo em jurisdição contenciosa pressupõe a existência de sujeitos parciais (partes), com interesses diametralmente antagônicos, e sujeitos imparciais (juízes e seus auxiliares), desprovidos de interesses próprios, incumbidos de aplicar a lei. A participação desses sujeitos sugere que, diante de um ato processual praticado mediante vício, o juízo de invalidação se dará de modo distinto, a depender de quem praticou o ato.

As partes atuam sob o viés da oportunidade, exercendo a todo momento um juízo de conveniência e, por isso, a omissão das partes quanto aos ônus atribuídos sobre elas, não impede que o processo caminhe em direção à sua decisão final. Além disso, se viciados, os atos dos sujeitos parciais serão passíveis de inadmissibilidade, uma vez que a sequência do processo não está condicionada à substituição desses atos defeituosos por outros válidos.

²³¹ Nesse sentido, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335-341; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. Vol. III. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 292-293; CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da boa-fé no processo civil e as “nulidades de algibeira”. *Revista Jurídica*, n. 16, p. 5-64, jul. 2017; VANONI, Daniel Bofill. *Nulidade de algibeira: a boa-fé processual como limite à invalidação de atos processuais no novo Código de Processo Civil*. Londrina: Thoth, 2021.

Na perspectiva dos juízes a lógica é diferente. Não há espaço para avaliação de conveniência ao longo do processo, pois inexiste abertura para abstenção do exercício dos poderes-deveres atribuídos a eles. Isso significa que os atos viciados dos sujeitos imparciais necessariamente precisam ser substituídos por outros, caso contrário, a sequência do processo estará comprometida.

Diante dessas premissas estabelecidas no Capítulo 1 da pesquisa, procurou-se destacar a importância de distinguir o vício do juízo de invalidação, que é apenas potencial. Assim, sempre que um ato processual for praticado, haverá dois momentos: primeiro, a identificação do vício processual; e segundo, a verificação da necessidade de se pronunciar a nulidade. Embora o Código de Processo Civil preveja diversas formalidades, sua estrutura é concebida para evitar a pronúncia das nulidades.

Nesse contexto, a regra da instrumentalidade das formas (art. 277 e §§ 1º e 2º e art. 282 do Código de Processo Civil) impõe a análise do binômio finalidade-prejuízo. Se o ato atingiu sua finalidade ou não causou prejuízo, ocorre o que a literatura jurídica italiana conhece por *convalidazione oggettiva* ou convalidação objetiva, e a nulidade não será decretada. Assim, excetuados os casos em que o prejuízo é presumido (incompetência absoluta ou violações à função da coisa julgada, por exemplo), todos os vícios são passíveis de convalidação. Isso evidencia a insubsistência de gradações de prejuízo (prejuízo de ordem pública ou de interesse das partes, por exemplo).

Diante de tudo isso, a classificação tradicional das invalidades no Direito Processual Civil, que possui raízes históricas no Direito Civil, revela-se insuficiente para tratar o tema de forma adequada. Por essa razão, e reconhecendo a necessidade de se ater ao regime jurídico aplicável a cada um dos vícios processuais, adota-se a proposta de sistematização das invalidades de Heitor Vitor Mendonça Sica²³².

²³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 290-292.

Na verdade, a sistematização parte dos vícios e não da invalidade propriamente dita. Ao identificar que o ato processual se desviou da baliza formal preconizada pela lei, haverá critérios a serem verificados²³³.

Em relação ao sujeito que poderá suscitar os vícios, estes podem ser cognoscíveis de ofício ou apenas mediante provocação da parte. Como se procurou demonstrar, a regra geral preconiza que o juiz tem um poder-dever geral de zelar pela regularidade formal do processo, de modo que as hipóteses em que é vedado ao juiz o reconhecimento de ofício dos vícios e a subsequente pronúncia da invalidade são excepcionais.

Quanto à preclusão da possibilidade de reconhecimento dos vícios, estes podem ser divididos entre aqueles que não se sujeitam à preclusão e os que estão sujeitos à preclusão. Se não houver limitação legal ao reconhecimento *ex officio* do vício, recairá sobre o juiz o poder-dever de pronunciar a nulidade a qualquer tempo (parágrafo único do art. 278). Por outro lado, se houver limitação temporal prevista em lei (v. g., art. 293) ou quando a matéria não puder ser reconhecida de ofício (art. 337, § 5º), incidirá a preclusão. Esse tema, no entanto, será tratado com maior profundidade no Capítulo 3 desta pesquisa.

No que diz respeito ao prejuízo, todos os vícios estão sujeitos à incidência da instrumentalidade das formas, o que implica em uma análise casuística do prejuízo às partes ou ao exercício da jurisdição e incidirá no processo de forma prospectiva e retrospectiva. Ou seja, à exceção dos casos em que o prejuízo é presumido, sempre haverá espaço para a demonstração da inexistência de prejuízo.

Por último, a distinção final que se faz é entre os vícios sanáveis os insanáveis. A regra é a sanabilidade dos vícios, seja por meio da convalidação, da conversão, da confirmação e do suprimento, ou quando há a possibilidade de a parte corrigir o vício (arts. 317, 932, parágrafo único e 938, §1º). Os vícios insanáveis correspondem às situações em que decorrem de “fatos já consumados e que não poderiam ser revertidos”, como no caso de demanda ajuizada em contrariedade com a coisa julgada material²³⁴.

²³³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 290-292.

²³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 280.

O Capítulo 2 da pesquisa, então, será dedicado a analisar a relação entre boa-fé processual e o sistema de invalidades do Código e Processo Civil e como aquela norma fundamental poderá influenciar no regime de invalidação de vícios processuais.

CAPÍTULO 2

A BOA-FÉ PROCESSUAL

2.1 Objetivos e limites do capítulo

O Capítulo 2 da pesquisa tem por objetivo examinar a aplicação da boa-fé processual, tal como prevista no art. 5º do Código de Processo Civil, enquanto norma fundamental do processo, e estabelecer sua relação com o tema das invalidades processuais, abordado e desenvolvido no Capítulo 1.

É importante esclarecer que, neste capítulo, adotou-se a premissa de que a boa-fé processual é uma cláusula geral, o que não impede que outros autores a tratem como princípio. Entretanto, para os objetivos que se pretende alcançar por meio desta pesquisa, prefere-se adotar o marco teórico das cláusulas gerais.

A boa-fé processual, embora tenha sido positivada enquanto cláusula geral, não pode servir como instrumento para suplantiar o texto legal, os limites e peculiaridades por ele impostos, tampouco como fundamento para o arbítrio estatal. Por isso, é necessário analisar quais os deveres anexos criados pela boa-fé processual e em que medida podem ser relacionados à tese das “nulidades de algibeira”.

Para tanto, após analisar a boa-fé como cláusula geral prevista no ordenamento jurídico processual brasileiro (2.2) e delinear as diferenças entre as acepções objetiva e subjetiva da boa-fé (2.3), a pesquisa buscará demonstrar como os deveres anexos do *venire contra factum proprium* e da *supressio* são aplicáveis ao processo civil (2.4), bem como a relação da *supressio* com o regime de invalidades processuais (2.5).

Por fim, o capítulo demonstrará como modelo cooperativo de processo está relacionado às condutas dos sujeitos processuais (2.6) e sua relação com a boa-fé processual e com as invalidades processuais (2.7).

2.2 A boa-fé enquanto cláusula geral do ordenamento jurídico

A aplicação da boa-fé no âmbito processual civil está intrinsecamente ligada à compreensão da técnica legislativa empregada na construção dos diplomas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, que, propositalmente, positivaram as chamadas normas vagas ou *open texture*²³⁵. Essa técnica é caracterizada pela utilização de sintagmas abertos e, por vezes, abstratos, que exigem do intérprete uma intensa atividade criativa no momento da aplicação da lei ao caso concreto²³⁶.

Dentre as formulações normativas redigidas a partir da técnica das normas vagas, distinguem-se as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. A fim de traçar a diferença entre essas categorias de normas vagas, considere-se a seguinte fórmula lógico-normativa: $H \rightarrow C$ (“Se ‘H’, então ‘C’”), em que “H” é a hipótese normativa; “ $\rightarrow$ ” representa o modal deôntico (permitido, proibido, obrigatório) e “C” a consequência jurídica, apta a produzir efeitos jurídicos (aquisição, modificação, transferência e extinção de poderes e deveres).

Nas cláusulas gerais, a hipótese normativa (“H”) é caracterizada pela vagueza, amplitude e generalidade, permitindo variações interpretativas. Da mesma forma a consequência jurídica (“C”) também é aberta e depende da atividade intelectual do intérprete para ser completada²³⁷. Por isso, foi definida por Justus Wilhelm Hedemann como “*ein Stück offengelassener Gesetzgebung*”²³⁸.

A cláusula geral é um termo ou um sintagma. Sempre serão previstas a partir de palavras individuais, expressões ou pedaços de norma, que dependerão da associação com outro enunciado normativo para terem significados completos e aplicação²³⁹. Judith Martins-Costa relaciona os seguintes exemplos de cláusulas gerais no Código Civil brasileiro: honra, boa fama

²³⁵ Segundo Judith Martins-Costa, as normas vagas, enquanto gênero, tem origem na expressão alemã “*Generalklauseln*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135).

²³⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 113.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158-159. No mesmo sentido: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 114-115.

²³⁸ Tradução livre: “um pedaço de lei deixado em aberto” (HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933, p. 58).

²³⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 115.

e respeitabilidade (art. 20); vida privada (art. 21); justa causa ou justo motivo (arts. 57, 335, I, 602, *caput* e parágrafo único, 603, 604, 605, 624, 705, 717, 834, 884, 1.019 e 1.648); motivos graves (arts. 1.069 e 1.586); segundo a boa-fé e conforme os ditames da boa-fé (arts. 113, 128, 187 e 422); boa-fé (arts. 242, 286, 307, 309, 523, 606, 607, 637, 686, 689, 765, 814, §1º, 856, parágrafo único, 878, 879, 896, 925, 1.049, *caput*, 1.149, 1.201, *caput* e parágrafo único, 1.202, 1.214, *caput* e parágrafo único, 1.217, 1.219, 1.222, 1.228, §4º, 1.238, *caput*, 1.242, 1.243, 1.247, 1.255, 1.257, parágrafo único, 1.258, 1.259, 1.260, 1.261, 1.268, *caput* e §1º, 1.270, 1.561, *caput* e §1º, 1.563, 1.741, 1.817, *caput*, 1.827 e 1.828); bons costumes (arts. 122, 187, 1.336, IV), obrigação excessivamente onerosa ou onerosidade excessiva (arts. 156, 478, 480, 621, 625, II e 1.286); excessiva desproporção (art. 944, parágrafo único), prestação manifestamente desproporcional (arts. 157 e 317); desorna própria (art. 229, I); culpa (arts. 238, 239, 240, 248, 250, 254, 255, 256, 263, §§ 1º e 2º, 279, 279, 392, 458, 459, 697, 718, 735, 927, parágrafo único, 931, 933, 936, 945, 1.016, 1.408, 1.410, VII, 1.752, 2.020, 2.025); equitativamente (art. 413, 479, 738, parágrafo único, 944, parágrafo único, 953 parágrafo único); função social do contrato (art. 421 e 2.035, parágrafo único); proibidade (art. 422 e 1.735, V); risco (arts. 461, 492, § 2º e 494); razoavelmente (arts. 402, 466 e 696); razoabilidade (art. 720, parágrafo único); extrema vantagem para a outra [parte] (art. 478); abuso (art. 570); manifestamente excessivo (art. 575, parágrafo único); cuidado (...) de todo homem ativo e probo (art. 1.011, *caput*); fim imoral (art. 883); interesse público (art. 1.278); comunhão plena de vida ou comunhão de vida (arts. 1.511 e 1.513); honra e boa-fama (art. 1.557, I); [crime ou doença ou violação de deveres] que torne(m) insuportável a vida em comum (art. 1.572, *caput*); insuportabilidade da vida comum (art. 1.557, I, II e 1.572, *caput*); motivos graves (arts. 1.069, V e 1.586); justo interesse (art. 1.615); ordem pública (arts. 606, parágrafo único e 2.035, parágrafo único)²⁴⁰.

As cláusulas gerais possuem natureza valorativa caracterizada pela indeterminação, ou seja, o termo sempre será indeterminado, enquanto o sintagma anunciará um valor. A indeterminação implica que o termo ou a expressão vaga da formulação normativa tenha diversos significados. O valor, por sua vez, indica que o sintagma pretende “incorporar um determinado padrão axiológico à conduta das pessoas e ao cotidiano da sociedade”²⁴¹.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158-159.

²⁴¹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 114.

Por isso, as condições para a aplicação do termo ou sintagma não são individualizáveis, pois a aplicação das cláusulas gerais é abrangente, o que não significa dizer que as situações em que serão aplicadas serão igualmente abrangentes²⁴².

Há, ainda, a necessidade de recorrer a critérios e parâmetros internos e externos ao Direito, a fim de garantir operabilidade às cláusulas gerais. O intérprete poderá se valer de fatores, critérios ou juízos, que podem ser internos ou externos. Os internos seriam as próprias normas, definições e precedentes do próprio ordenamento jurídico, enquanto os externos seriam verificados quando o intérprete se vale de elementos morais, religiosos, culturais, sociais, geográficos, econômicos *etc.*, para dar sentido às cláusulas gerais²⁴³. Há potencial competição entre os critérios e parâmetros internos e externos ao Direito. Contudo, segundo Gilberto Fachetti Silvestre, apesar de Pierluigi Chiassoni não esclarecer o que entende por essa conclusão, afirma que parece fazer menção aos casos em que há conflito entre o ordenamento jurídico e os parâmetros externos ao Direito²⁴⁴.

Quando se trata de cláusulas gerais, o legislador, intencionalmente, não positiva a definição de boa-fé, tampouco prevê quais seriam as consequências decorrentes de sua violação. Veja-se que a utilização do sintagma “boa-fé” pode remeter a diversos significados, uma vez que apresenta um baixo grau de precisão semântica.

Isso porque, nas cláusulas gerais, a consequência jurídica ou sanção (“C”) é aberta e construída pelo juiz da forma que lhe parece mais adequada a solucionar o litígio. Em outras palavras, o juiz desempenha uma função interpretativa em relação às expressões e termos da cláusula geral, conferindo-lhes concretude ao criar direitos e consequências para os casos concretos²⁴⁵. Logo, o juiz cria a sanção a ser imposta às partes e dessa criação decorrem os efeitos jurídicos que recairão sobre elas.

²⁴² SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 115.

²⁴³ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 114.

²⁴⁴ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 114.

²⁴⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 115.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, a hipótese normativa (“H”) é igualmente vaga, ampla e genérica, mas a consequência jurídica (“C”) é predeterminada pelo legislador. Ao contrário do que ocorre com as cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados, o juiz não constrói a solução para aplicá-la ao caso concreto. Em vez disso, identifica se a norma vaga é aplicável à situação levada ao juízo, cuja consequência normativa já se encontra prevista na norma jurídica e não depende de interpretação criativa do juiz²⁴⁶.

A vagueza das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados proporciona uma abertura da legislação, que permite que as leis acompanhem com maior facilidade as mudanças sociais. Além disso, parte da literatura jurídica destaca como vantagem da utilização das normas vagas a insuficiência da lei para, de antemão, prever todas as situações de conflito e acompanhar as transformações sociais²⁴⁷. Mesmo assim, a presença de normas *open texture* na legislação não exclui a previsão de formulações normativas redigidas a partir do método da casuística, que busca maior especificação dos elementos que compõem a *fattispecie*²⁴⁸.

Para Judith Martins-Costa, ao se deparar com uma cláusula geral, o juiz é remetido a outro elemento apto a concretizar a aplicação da norma. Isso implica que, necessariamente, será “reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração” não descritos no enunciado normativo pelo legislador, de modo que caberá ao juiz proferir uma decisão “vinculada à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta”²⁴⁹. Segundo a autora, esses elementos para os quais o julgador

²⁴⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 114.

²⁴⁷ A respeito da vagueza das normas, Judith Martins-Costa assevera: “A padronização da linguagem não constitui, no entanto, um *desideratum* a ser perseguido por si só. Há uma polaridade dialética que permeia todo o Direito e que se constitui entre a *necessidade de certeza e precisão*, de um lado, e a *necessidade de alguma imprecisão*, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. Ocorre, por isso, em todo o Ordenamento, uma composição entre textos caracterizados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 152). No mesmo sentido: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago: Olejnik, 2019, p. 23.

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 144-145; e DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 172.

²⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158-159.

é reenviado podem estar dentro do próprio sistema — outro enunciado normativo — ou, até mesmo, fora do sistema, como padrões de comportamento e valores morais²⁵⁰.

Não se pode permitir, contudo, que esse reenvio a critérios extrajurídicos para preenchimento da hipótese e do consequente seja fonte de um subjetivismo que traga insegurança jurídica ao sistema. Não parece razoável admitir que o juiz fundamentar suas decisões em critérios desprovidos de base jurídica para solucionar os casos levados a juízo²⁵¹. Também por tal razão, o legislador parece ter estabelecido um maior ônus argumentativo ao juiz, nas hipóteses em que emprega conceitos jurídicos indeterminados (art. 489, § 1º, II do Código de Processo Civil).

Ou seja, as cláusulas gerais são verdadeiras normas, que possuem como traço distintivo das demais a sua indeterminação e a possibilidade de reenvio a regras ou critérios não positivados ou metajurídicos²⁵².

Independentemente disso, vale ressaltar que o propósito desta pesquisa não é fornecer uma resposta definitiva sobre se as cláusulas gerais podem ou não implicar o reenvio do intérprete a elementos extrajurídicos. Isso se deve ao entendimento de que essa é uma questão de cunho filosófico e de Teoria Geral do Direito.

Esta pesquisa adota o marco teórico das cláusulas gerais para tratar da boa-fé processual, o que não impede que outros autores a tratem como princípio²⁵³. Seja cláusula geral ou princípio, haverá a necessidade de concretização. A boa-fé foi positivada na legislação processual civil pelo art. 5º do CPC, que a prevê no rol de normas fundamentais do processo. Dessa cláusula geral decorrem regras de conduta para todos aqueles que de alguma forma participam do processo: autor, réu, juiz, terceiros intervenientes, assistentes, Ministério Público, defensores públicos, auxiliares do juízo *etc*²⁵⁴. O legislador, todavia, não apresenta uma definição de boa-fé, não descreve quais seriam os comportamentos a serem adotados pelos sujeitos processuais

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 173. Conferir: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago: Olejnik, 2019, p. 25.

²⁵¹ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 71.

²⁵² WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago: Olejnik, 2019, p. 25.

²⁵³ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 142 e ss.

²⁵⁴ Em raciocínio semelhante a respeito da “função social”: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 100.

para agirem segundo a boa-fé, não indica qual é a extensão desse dever, tampouco predefine as consequências de sua infração²⁵⁵. Somente diante do caso concreto é que o juiz atribui sentido à boa-fé e estabelece as consequências de sua violação.

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça revelam como os sentidos atribuídos à cláusula geral da boa-fé processual resultaram em regras de condutas para as partes e para os juízes²⁵⁶:

JULGADO	DEVER/REGRA DE CONDUTA
REsp nº. 1.997.722/SP, Terceira Turma, relatora Min. Nancy Andrichi, julgado em 06/09/2022.	Proteção a terceiros. Considerou que a realização de acordo sobre o bem objeto do leilão em curso, objetivando seu cancelamento, teria o potencial de prejudicar eventual arrematante, de modo que, tal atitude violaria a boa-fé processual do art. 5º do Código de Processo Civil. “Em homenagem à segurança jurídica e estabilidade dos leilões judiciais, ao dever de boa-fé processual das partes, ainda que realizada de forma consensual entre exequente, executado e terceiro adquirente, a alienação particular do imóvel objeto de leilão judicial em andamento, embora seja válida entre eles, é ineficaz em relação ao arrematante, que, de boa-fé, ofertou o

²⁵⁵ Judith Martins-Costa chega às mesmas conclusões ao analisar o art. 422 do Código Civil (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161). Acerca da dificuldade em se construir um conceito prévio e estanque de boa-fé processual, Francesco Carretta Munõz afirma: “Podemos decir que la buena fe alude muy en general a un comportamiento correcto. La dificultad es que el concepto de lo correcto es tan genérico como el de buena fe por lo que definirla así resulta casi una tautología. Cualquier otra definición a priori que se intente, puede caer en la misma cuestión. Sin embargo, no se puede desconocer que cuando se alude a lo correcto, dentro del proceso, al menos en la tradición de cultura de los operadores jurídicos, existe una significación que dice relación con el comportamiento leal. Atendida la generalidad del término, nociones más precisas, sólo pueden lograrse a través de la creación de patrones por la vía inductiva jurisprudencial o legislativa”. Tradução livre: “Podemos dizer que a boa-fé se refere de forma muito geral ao comportamento correto. A dificuldade é que o conceito de correção é tão genérico quanto o de boa-fé, de modo que defini-lo dessa forma é quase uma tautologia. Qualquer outra definição a priori que seja tentada pode cair na mesma questão. Entretanto, não se pode ignorar que, ao se referir à correção, dentro do processo, pelo menos na tradição da cultura dos operadores do direito, há um significado que está relacionado ao comportamento leal. Dada a generalidade do termo, noções mais precisas só podem ser alcançadas mediante a criação de padrões por meio da jurisprudência indutiva ou da legislação” (MUÑOZ, Francesco Carretta. *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno*. *Revista de Derecho*, vol. XXI, n. 1, p. 101-127, jul./2008, p. 117).

²⁵⁶ Os julgados utilizados como exemplos foram resultados de pesquisa com o termo de busca “boa-fé processual” e “dever” no sistema do site do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>). Ressalta-se que não foram analisados todos os julgados que apareceram como resultado da busca, pois, neste ponto, há intenção meramente exemplificativa.

	lance vencedor, tempestivo e em conformidade com as regras do edital”.
AgInt nos EAREsp nº. 1.630.586/TO, Corte Especial, relator Min. Herman Benjamin, julgado em 22/03/2022.	Dever de colaboração das partes e do juiz. Entendeu-se que “[...] a divulgação do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos advogados em relação aos trâmites do feito [...]”, de modo que, todos os envolvidos no processo devem se comportar à luz da boa-fé processual e, por isso, o Poder Judiciário não pode se furtar dos erros procedimentais que deu causa. Logo, devem ser considerados os prazos que constam nos sistemas judiciais eletrônicos, para fins de verificação da tempestividade dos atos processuais.
RHC nº. 99.606/SP, Terceira Turma, relator Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018.	Boa-fé processual como forma de imposição de deveres de conduta relacionados à noção de “ordem pública” e à de “função social de qualquer bem ou atividade jurídica”. O julgado considerou “o princípio da cooperação” como um “desdobramento do princípio da boa-fé processual”. Além disso, firmou entendimento de que “A boa-fé objetiva gera, pois, deveres recíprocos para as partes de uma relação jurídica protegida pelo direito, o que também é capaz de produzir reflexos sobre a relação jurídica processual, tanto na fase da tutela de conhecimento, quanto na tutela executiva”.
REsp nº. 1.705.703/SP, Terceira Turma, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 02/10/2018.	Dever do réu de indicar o real legitimado por meio da nomeação à autoria, quando o réu originalmente indicado é aparentemente o legitimado passivo. Nesse julgado, a cooperação também foi relacionada à boa-fé processual. “Diante da admissão da correção do polo, por expressa determinação legal, em casos de equívoco decorrente de uma situação aparente, o aproveitamento dos atos deve alcançar também a interrupção do prazo prescricional e sua retroação ao momento da propositura da demanda. Nesses casos, deve-se admitir que o prazo para promoção da citação seja contado, não

	a partir da data em que proposta a demanda, mas da data em que aceita a nomeação”.
AgInt no AREsp nº. 1.271.032/GO, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2018.	Boa-fé processual como forma de impossibilitar que o sujeito da relação processual se beneficie de máculas causadas por ele. “Além disso, verifiquei que em mais de uma oportunidade a ora insurgente deixou de recolher as despesas necessárias para a tramitação do feito, destacando que, em uma dessas situações, mesmo após intimada para correção, comprovou-se, após 85 dias, apenas o recolhimento parcial. É notório, pois, que a parte autora deu causa ao prolongamento da demanda, pois praticou reiterados atos desidiosos no decorrer do trâmite processual, o que atenta contra os deveres de lealdade e da boa-fé processual, positivados no art. 14, II, do CPC/1973, não sendo admissível que o sujeito da relação processual se beneficie de máculas que por ele mesmo foram causadas”.

Embora o art. 5º do Código de Processo Civil tenha sido redigido mediante a técnica das cláusulas gerais, não se pode admitir, que a boa-fé processual seja encarada como uma licença irrestrita para que o juiz preencha o consequente da norma de acordo com sua preferência pessoal, baseando-se em seus juízos subjetivos de conveniência²⁵⁷. A boa-fé não pode servir como subterfúgio para derrogar regras jurídicas aplicáveis, mas que não contam com a “simpatia” do julgador, nem deve ser utilizada como mero instrumento de abuso retórico²⁵⁸.

²⁵⁷ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 817, p. 50-78, nov. 2003. Lucas Buril de Macêdo chega a afirmar que “as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, portanto, seriam um espaço incontrollável no qual os juízes decidiriam livremente” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 37).

²⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 58-59. Acerca da “superutilização da boa-fé, Anderson Schreiber afirma: “Com a esta expressão, *superutilização da boa-fé objetiva*, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções. [...] “Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil, mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente são próprios” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 79-82). Nesse mesmo sentido, César Augusto Luiz Leonardo: “Os institutos devem ser bem compreendidos por seus aplicadores, para que não se solape a segurança jurídica. Por isso, desnecessário recorrer à boa-fé e à lealdade para a aplicação de normas positivadas” (LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 99).

Por isso, entende-se que a formulação normativa do art. 5º enuncia a cláusula geral da boa-fé processual, que, por sua vez, será utilizada para a criação regras de conduta para os sujeitos processuais, parciais e imparciais, diante do caso concreto²⁵⁹. No entanto, há balizas a serem observadas no momento dessa criação de deveres, destinados a impedir exercícios abusivos de posições jurídicas²⁶⁰. Essa premissa é indispensável para a compreensão a respeito da função da boa-fé processual e de sua relação com o tema das invalidades.

2.3 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

A boa-fé foi positivada na legislação infraconstitucional privada, enquanto cláusula geral, pelo art. 422 do Código Civil. No Direito Processual Civil, a boa-fé, que era prevista como dever das partes e de todos aqueles que de alguma forma participassem do processo no *Codex* de 1973, passou a figurar como norma fundamental do processo, no art. 5º no Código de Processo Civil de 2015.

No ordenamento jurídico brasileiro, distinguem-se a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Embora ambas tratem da boa-fé, essas concepções possuem aplicações distintas.

A boa-fé subjetiva é um estado anímico do sujeito que realizou ou deixou de realizar uma conduta específica²⁶¹. Para determinar se uma conduta é de boa-fé, é necessário examinar a intenção ou o estado psicológico do agente que a executou. Isso significa dizer que, ao agir com boa-fé (subjetiva), o sujeito tem a convicção de que não está infringindo nenhuma norma jurídica do ordenamento²⁶². É o que Ejan Mackaay define como um comportamento não oportunista²⁶³.

²⁵⁹ Neste sentido, orientou-se o Enunciado n. 1 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do animus do sujeito processual”.

²⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279. Ver também: MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 27.

²⁶² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 190. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no Direito Processual Civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 73.

²⁶³ MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal-economic analysis. *Vrank en vrij-Liber amicorum Boudewijn Bouckaert*. Brugge: Juridische Uitgaven, p. 105-134, dez. 2011.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca ainda a distinção frequentemente apontada pela literatura jurídica entre a boa-fé subjetiva ética e a boa-fé subjetiva psicológica²⁶⁴. Segundo a corrente ética, a boa-fé subjetiva somente se configura se houver ignorância ou se o erro for escusável. Em outras palavras, a boa-fé ética estará configurada quando o sujeito toma as devidas precauções e acredita na retidão de sua conduta. Caso o sujeito atue com negligência e não interprete as circunstâncias da mesma forma que um homem médio o faria, a boa-fé é afastada²⁶⁵. Ou seja, a boa-fé subjetiva ética impõe ao agente um dever de cautela, cuja não observância resulta na sua descaracterização.

Na perspectiva da boa-fé subjetiva psicológica, a concepção difere, pois segundo essa visão, a boa-fé se relaciona a simples ignorância da ilegitimidade da sua posição ou no desconhecimento do impedimento de exercê-la. Mesmo quando a pessoa age com culpa, a boa-fé é mantida²⁶⁶. O essencial é que o sujeito acredite estar agindo em conformidade com o ordenamento jurídico, e isso é suficiente para configurar a boa-fé. Somente em casos de dolo ou culpa grave é que a boa-fé seria afastada; do contrário, ela permanece intacta²⁶⁷.

Em algumas situações, o ordenamento jurídico brasileiro parece privilegiar a boa-fé psicológica, ao exigir tão somente a ignorância do sujeito. Nesse sentido, a título de exemplo,

²⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 193. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 74.

²⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 193. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 74.

²⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 193.

²⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 193. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 74. A esse respeito, Emilio Betti afirma: “*En un primer grupo la buena fe aparece como actitud de la conciencia, que es objeto de una interpretación psicológica; actitud consistente en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el Derecho. La interpretación psicológica, empero, no es un fin en si mismo: se halla sometida a una valoración normativa del comportamiento para conducirse según el criterio de la corrección, que consiste en la observancia del precepto del “alterum non laedere” es decir, del respeto al interés ajeno tutelado por el Derecho en las relaciones de derecho real o de otra naturaleza y también a propósito de status de la persona*”. Tradução livre: “No primeiro grupo, a boa-fé aparece como uma atitude de consciência, que é objeto de uma interpretação psicológica; uma atitude que consiste na ignorância de prejudicar o interesse de outrem protegido por lei. A interpretação psicológica, no entanto, não é um fim em si mesma: ela está sujeita a uma avaliação normativa do comportamento para se conduzir de acordo com o critério de correção, que consiste na observância do preceito de “*alterum non laedere*”, ou seja, o respeito aos interesses de outros protegidos por lei em relações reais ou outras e também com relação ao status do indivíduo”. (BETTI, Emilio. *Teoria General de las obligaciones*. T. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 74).

Ruy Rosado de Aguiar elenca as seguintes formulações normativas: arts. 1.201; 1.217; 1.219; 1.827, parágrafo único; 309; 1.255; 1.561; 1.817; 1.242; e 879, todos do Código Civil²⁶⁸. Excepcionalmente, a lei exige a verificação de que o erro ou a ignorância tenha partido de uma negligência escusável. Para esses casos, o autor relaciona como exemplos os arts. 1.268; 989; 159, todos do Código Civil²⁶⁹.

Aferir a boa-fé psicológica é uma tarefa complexa, pois requer uma investigação interna do agente, baseada em elementos não externados pelo indivíduo. Introduzir a concepção da boa-fé meramente psicológica no contexto do processo civil representaria impor ao Judiciário uma tarefa quase impossível.

Assim, no âmbito processual, a boa-fé subjetiva contrasta com a má-fé²⁷⁰. Isso significa que aqueles que agirem em oposição à boa-fé subjetiva estarão sujeitos às consequências art. 80 do Código de Processo Civil, que estabelece um rol de situações em que o litigante será considerado de má-fé.

Entretanto, não é possível verificar apenas intenções. Por esse motivo, o art. 5º positivou a boa-fé objetiva, na qual não se analisa a intenção subjacente ao sujeito, mas a conduta — positiva ou negativa — adotada por ele. Ou seja, a boa-fé objetiva está atrelada a um elemento externo ao sujeito, especificamente à existência de uma norma jurídica que prescreve uma determinada conduta. Essa norma servirá como parâmetro para avaliar o comportamento do sujeito diante

²⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 195. Judith Marins-Costa também relaciona a boa-fé subjetiva com uma condição psicológica: “Em todas as situações, há um estado de fato, a crença legítima, de modo que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280).

²⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 195. Também acerca dessa distinção, conferir: DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 817, p. 50-78, nov. 2003. Acerca das distinções entre a boa-fé subjetiva, em suas acepções psicológica e ética, conferir: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 415-442.

²⁷⁰ Para Judith Martins-Costas: “A expressão *boa-fé subjetiva* indica um estado de fato, traduzindo a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé, razão pela qual essa acepção comumente é expressada como «agir de boa-fé», o contrário a «agir de má-fé»”. Em outra passagem, a autora afirma “Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279 e 281). No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59-81, ago. 2005. Segundo Lucas Buril de Macêdo, “há boa-fé subjetiva sempre que não ocorre má-fé, ‘agir de boa-fé’ seria o contrário de ‘agir de má-fé’” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 28); e LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil*: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 40.

do caso concreto e se a litigância daquele sujeito processual pode ser considerada proba, adequada e ética²⁷¹.

Ao traçar as diferenças entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, Ruy Rosado de Aguiar Júnior relaciona a primeira a um “fato (intelectivo, ou volitivo, como querem alguns)” e a segunda a um critério de comportamento. Assim, ao se afirmar que um sujeito agiu “em boa-fé”, está-se referindo à sua percepção subjetiva e, quando se diz que o sujeito “agiu segundo a boa-fé”, refere-se ao comportamento de acordo com um padrão de conduta²⁷².

A boa-fé objetiva visa a tutelar as expectativas criadas na outra parte a partir dos comportamentos do sujeito objetivamente considerados, sem qualquer relevância a existência ou não da intenção de agir conforme determina o ordenamento jurídico²⁷³. Embora tanto a boa-fé subjetiva quanto a objetiva estejam associadas à confiança²⁷⁴, a acepção subjetiva está vinculada à avaliação da lealdade do sujeito em relação ao ordenamento jurídico, enquanto na acepção objetiva, a lealdade tutelada é a estabelecida em relação a terceiros, pois se manifesta perante a sociedade²⁷⁵.

Judith Martins-Costa foi a responsável por sistematizar a aplicação da boa-fé objetiva a partir do ordenamento jurídico brasileiro²⁷⁶. No Código Civil, a boa-fé objetiva desempenha três

²⁷¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 191; MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 78.

²⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 191. Ver também: CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 198-200.

²⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59-81, ago. 2005; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012, p. 191; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 75.

²⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 1.238.

²⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, junho 2012, p. 191-192. Adotando a mesma premissa: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.

²⁷⁶ Para a autora: “Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atual

funções principais²⁷⁷: no art. 113, funciona como cânone interpretativo; no art. 187, é parâmetro para a aferição da licitude no exercício de direitos; no art. 422, serve como elemento de integração dos contratos. Também atua de maneira específica em outras formulações normativas, por exemplo, nos arts. 128, 473, parágrafo único, 619, 765 e 769.

No processo civil, a literatura jurídica costuma sintetizar as três funções assumidas pela boa-fé objetiva da seguinte forma²⁷⁸: 1) função hermenêutica; 2) função integrativa, supletiva ou criadora de deveres anexos; e 3) função corretiva ou delineadora de posições jurídicas inadmissíveis²⁷⁹.

Para o processo, a função hermenêutica da boa-fé está relacionada ao sentido dos atos, envolvendo a análise do contexto em que foram praticados e da cadeia de expectativas formadas^{280,281}. A boa-fé também cria deveres processuais anexos, como o dever do devedor de indicar bens à penhora e do juiz de adotar o meio menos oneroso para promover a execução²⁸², assim como o dever de considerar o adimplemento substancial no requerimento e na aplicação

funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para correção do conteúdo contratual)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 44-45).

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 45.

²⁷⁸ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 210.

²⁷⁹ VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 23; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista dos Tribunais*, vol. 245, p. 79-119, jul. 2015; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 254, p. 45- 71, abr. 2016; BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil. Normas fundamentais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 360; RODRIGUES, Marco Antonio. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 177; LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018, p. 92 e ss. LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 42.

²⁸⁰ LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 43.

²⁸¹ A função hermenêutica da boa-fé já foi expressamente mencionada pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria contratual: REsp n. 1.881.149/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 10/6/2021.

²⁸² LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 46.

de medidas executivas ou coercitivas típicas e atípicas^{283,284}, o dever de veracidade, o dever de completude e o dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*)^{285,286}. Também possui a função limitadora, responsável por vedar o exercício abusivo de situações jurídicas processuais.

O art. 5º do Código de Processo Civil é uma cláusula geral que trata da boa-fé objetiva como norma fundamental do processo civil, pois vincula todos aqueles que participarem de alguma forma do processo a comportarem-se de acordo com a boa-fé. É importante notar que essa formulação normativa não faz menção ao estado psicológico dos sujeitos ou a qualquer outro fator que não seja o comportamento adotado por eles no âmbito processual.

Essa abordagem do art. 5º é diversa daquela empregada no art. 322, § 2º do Código Processo Civil, quando este determina que a interpretação do pedido deverá considerar o conjunto da postulação e observar o princípio da boa-fé. Também se distancia da interpretação extraída do art. 489, § 3º, que prevê que as decisões judiciais devem ser interpretadas a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé²⁸⁷. Repare-se que o sintagma “boa-fé”, previsto nos arts. 322, § 2º e 489, § 3º, é precedido pela palavra “princípio”. Essa escolha linguística sugere que, em ambas as formulações normativas, a boa-fé serve para interpretar o pedido e as decisões judiciais, respectivamente. A atuação dos sujeitos processuais está vinculada à observância da boa-fé e, por isso, não se admite a livre atribuição de sentidos, ao se interpretar um ato ou um conjunto de atos processuais²⁸⁸. Essa atividade interpretativa está vinculada ao papel hermenêutico da boa-fé, atrelado aos arts. 322, § 2º e 489, § 3º²⁸⁹.

²⁸³ LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 46.

²⁸⁴ A esse respeito, conferir: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 176, p. 335-340, out. 2009.

²⁸⁵ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 210.

²⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, p. 35-48, mai. 2009.

²⁸⁷ LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023, p. 43.

²⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 487.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 488. Acerca da interpretação da sentença, de acordo com a boa-fé, ver: KEMMERICH, Clóvis Juarez. A interpretação da sentença judicial no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 551-591.

Por outro lado, no art. 5º, a ausência do sintagma “princípio” antes de “boa-fé” indica uma intenção diferente. O legislador dá um indicativo de que pretende, a partir desse dispositivo, estabelecer deveres de conduta para os participantes do processo em vez de criar um padrão hermenêutico, que é a função típica dos princípios.

Neste ponto, tem razão João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque quando ressalva que a classificação tripartite (função hermenêutica, função integrativa e função corretiva) costumeiramente proposta em relação à boa-fé pode gerar confusões, uma vez que elas podem se sobrepor parcialmente e impedir a distinção entre uma função e outra no caso concreto. *Verbi gratia*, no caso em que, ao interpretar um ato processual, o juiz contradiz uma interpretação anteriormente dada pelo próprio órgão julgador, não será possível distinguir as funções hermenêutica e limitadora da boa-fé²⁹⁰.

Diante da perspectiva de tratar a boa-fé processual do art. 5º do Código de Processo Civil como uma cláusula geral destinada a balizar o comportamento processual das partes, esta pesquisa tem como objetivo analisar as regras de comportamento estabelecidas pela boa-fé objetiva, mais especificamente aquelas limitam o exercício de determinadas posições jurídicas, enquanto tutelam a confiança e fundamentam a existência de abusos processuais atípicos²⁹¹.

2.4 A aplicação da boa-fé objetiva no processo civil: *venire contra factum proprium* e *supressio processuais*

Somente diante do caso concreto é que se poderá verificar se houve violação à boa-fé²⁹². É o que António Menezes Cordeiro chama de materialidade subjacente²⁹³, ideia que abre margem para a verificação real de condutas ofensivas à boa-fé, ou seja, se a conduta preenche o suporte fático de atos abusivos contrários à boa-fé, no caso, por exemplo, de *venire contra factum proprium*, *supressio* (*Verwirkung*), *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* ou *tu quoque*.

²⁹⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 211.

²⁹¹ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de processo*, vol. 177, p. 153-183, nov. 2009.

²⁹² Segundo António Menezes Cordeiro, “Nunca se poderá, pois, perguntar em abstracto, por uma solução imposta pela boa-fé: apenas perante uma ordem jurídica precisa e face ao caso concreto, aflorará a resposta” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 1.257).

²⁹³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 1.252.

Contudo, isso não significa dizer que a aplicação da cláusula geral da boa-fé processual pode, de forma arbitrária e desprovida de critérios, derrogar regras aplicáveis e suprimir estabilidades consagradas.

Esta pesquisa analisará a aplicação desses deveres anexos criados pela boa-fé processual, a fim de verificar se seria juridicamente viável aplicar a tese das “nulidades de algibeira” e, com base na boa-fé processual, impedir a alegação ou o reconhecimento de vícios que o Código de Processo Civil permite que sejam alegados ou reconhecidos a qualquer tempo.

A *regulæ juris* do *nemo potest venire contra factum proprium non valet* é um consectário da cláusula geral da boa-fé objetiva e está associada à vedação a comportamentos contraditórios, em razão da confiança criada pela primeira posição jurídica adotada pela parte²⁹⁴. Franz Wieacker chega a afirmar que, a partir dessa noção, seria possível compreender a totalidade da noção de boa-fé²⁹⁵. Essa proibição é aplicável quando forem constatados dois comportamentos de um mesmo sujeito, em que o primeiro — *factum proprium* —, caracterizado pelo exercício de um direito subjetivo, ou potestativo ou de uma faculdade, é contrário ao segundo comportamento²⁹⁶, o *venire contra*. Isso é proibido (*non valet*).

Ainda que ambos pudessem ser praticados de forma autônoma, pois lícitos, se praticados em sequência por um mesmo agente, estará configurada a contradição inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, caso lese legítimas expectativas. No entanto, a aplicação do *venire contra factum proprium* não depende tão somente da contradição entre as duas condutas. É preciso que a primeira tenha gerado uma legítima expectativa na contraparte, a ponto de ela confiar que aquela posição jurídica inicialmente adotada não seria contrariada. Não se trata de uma análise psicológica acerca da confiança criada no *factum proprium*, mas da verificação de um comportamento objetivamente externado diante do caso concreto²⁹⁷.

²⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 742-770. Ver também: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 674 e ss.

²⁹⁵ “Esta máxima expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ella se alumbró la totalidad del principio”. Tradução livre: “Essa máxima expressa tão imediatamente a essência da obrigação de se comportar de acordo com a boa-fé que todo o princípio é iluminado por ela”. (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago: Olejnik, 2019, p. 42.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 675.

²⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 92-93.

Assim, Judith Martins-Costa sintetiza os requisitos para a configuração do *venire* no âmbito do Direito Privado²⁹⁸:

- 1) uma ação que gere um benefício para alguém;
- 2) contrariedade a essa ação anterior, em detrimento daquele para quem o benefício foi originalmente concedido, através de uma segunda iniciativa pelo mesmo agente;
- 3) ligação entre as duas condutas contraditórias, que geraram um inconformismo no prejudicado;
- 4) criação, a partir de atos ou atividades, de uma confiança por parte do lesado;
- 5) a contraparte exercer algum ato em razão da confiança criada por ela sobre a primeira ação, ocasionando um dano ou criando a possibilidade da ocorrência de um dano;
- 6) inexistência de vinculabilidade obrigacional da primeira ação;
- 7) ausência de justo motivo para a alteração da conduta;
- 8) lesão da legítima confiança investida em razão da alteração comportamental; e
- 9) imputabilidade do ato a quem, deslealmente, alterou sua conduta inicial e voltou atrás.

Ao aplicar esses requisitos ao contexto processual civil, a conduta processual inicialmente adotada (*factum proprium* processual), configurada pelo exercício de posições jurídicas processuais, é suficiente para criar uma confiança tal que será rompida por uma conduta processual posterior²⁹⁹. Ou seja, o suporte fático do *venire contra factum proprium* processual apresenta quatro elementos: 1) um ato praticado por um agente; 2) uma legítima expectativa criada no sentido de que o comportamento inicial será mantido; 3) a adoção pela contraparte de comportamentos baseados na confiança despertada pela conduta inicial; e 4) o rompimento da confiança legitimamente despertada, a partir da prática de um ato processual contrário à conduta inicialmente adotada³⁰⁰.

Para que o *factum proprium* seja capaz de criar expectativas legítimas é preciso que se configure a partir do exercício de situações subjetivas processuais ou de atos praticados pelas partes fora do processo, mas que possam produzir efeitos endoprocessuais. Isso significa que para a incidência do *venire* processual, é necessário que a contradição ocorra no processo, com a

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 680.

²⁹⁹ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 280.

³⁰⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 236.

frustração de expectativas processuais legítimas³⁰¹. Por isso, segundo Larissa Gaspar Tunalá, o *factum proprium*, que gerará a confiança, poderá ter sido praticado: 1) dentro do mesmo processo em que houve a prática do ato contraditório; 2) dentro de uma sede processual diversa (processo anterior ou em processo conexo); ou 3) fora da sede processual, desde que sua prática produza efeitos no processo³⁰². Por sua vez, o segundo comportamento deve, necessariamente, ser praticado dentro da sede processual, caso contrário não haverá que se falar em *venire contra factum proprium* processual³⁰³.

O julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.179.785/MS ilustra a situação em que a contradição é observada dentro da mesma sede processual. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que estaria configurado o *venire contra factum proprium* processual da parte a quem foi atribuído o ônus da prova. Essa parte, inicialmente, havia requerido o julgamento antecipado da lide e, posteriormente, alegou cerceamento de defesa em razão da ausência de provas³⁰⁴.

No Recurso Especial nº 1.894.715/MS, a Terceira Turma reconheceu a frustração da confiança a partir de conduta adotada em processo anterior. Na ocasião, uma das partes havia ajuizado anteriormente ação cautelar de sustação de protesto referente a faturas cobradas em ação monitória. Em seguida, ajuizou ação declaratória de inexigibilidade da dívida, postulando a declaração de nulidade do mesmo débito da monitória originária perante a Justiça Estadual. A Terceira Turma entendeu que a parte, ao propor ações perante a Justiça Comum, renunciou tacitamente ao compromisso arbitral e criou na contraparte a crença de que o litígio seria resolvido pelo Poder Judiciário e não mais pelo juízo arbitral. Assim, essa mesma parte não poderia, posteriormente, alegar a existência de convenção de arbitragem, em contradição com os atos anteriormente praticados por ela³⁰⁵.

³⁰¹ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282.

³⁰² TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282.

³⁰³ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282. No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 237.

³⁰⁴ AgInt no AREsp n. 2.179.785/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/3/2023.

³⁰⁵ REsp n. 1.894.715/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020.

O Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a ocorrência de *venire contra* processual, em ação de arbitramento de honorários. Na ocasião, o réu alegou em defesa que não havia contratado os advogados autores para a prestação de serviços advocatícios até o final do procedimento fiscal. Contraditoriamente, esse mesmo réu havia oferecido uma quantia a eles para tentar compor a ação durante a audiência de conciliação, além de ter remunerado advogado que participava da sociedade de advogados pelos serviços prestados até então em âmbito administrativo³⁰⁶. Ou seja, o reconhecimento do *venire contra* processual levou em conta tanto ato praticado dentro do processo (oferecimento de acordo na audiência de conciliação) quanto o ato extraprocessual (pagamento de honorários para advogado membro da sociedade ao final do procedimento administrativo).

No caso em que a parte ajuíza uma reclamação trabalhista contra uma pessoa jurídica, sustentando ser empregado, enquanto simultaneamente propõe outra ação perante a Justiça Comum argumentando não ser empregado, mas prestador de serviço, utilizando essa via para reivindicar seus direitos de natureza civil, é evidente que há uma contradição juridicamente inaceitável no comportamento da parte. A sentença que acolhe os pedidos formulados na reclamação trabalhista pode ser utilizada como fundamento para o indeferimento dos pedidos formulados na Justiça Comum e vice e versa.

O *venire contra factum proprium* processual também é aplicável ao órgão julgador, em função do disposto no art. 5º do Código de Processo Civil. Os juízes possuem uma margem interpretativa ao exercerem seus poderes-deveres, e, por isso, deve recair sobre eles a vedação de condutas contraditórias na condução do processo. Para Larissa Gaspar Tunala, a incidência do *venire contra* processual sobre a atividade do órgão julgador ocorrerá em quatro situações³⁰⁷:

- 1) no campo das exceções à preclusão para o juiz;
- 2) quando, pelo enfrentamento de questão não idêntica, o juiz acaba por contradizer decisão anterior;
- 3) para tutelar legítimas expectativas extraídas da não-decisão, ou seja, da omissão do juiz;
- e
- 4) nos casos em que o órgão julgador rompeu a confiança perante partes coincidentes em processos distintos, porém reunidos.

³⁰⁶ REsp n. 1.641.575/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/5/2017, DJe de 1/6/2017.

³⁰⁷ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 295.

Ticiano Alves e Silva defende a possibilidade de oposição de embargos de declaração nos casos em que for verificada a contradição externa, ou seja, quando houver uma contradição injustificada entre as decisões prolatadas por um mesmo órgão julgador. Isso porque, ao decidir, o órgão julgador se autovincula à decisão anteriormente prolatada pelo juízo e cria uma legítima expectativa nas partes de que aquela postura não será alterada. Para o autor, “decidir em dias (às vezes em horários) diferentes não é critério razoável para tratar desigualmente os jurisdicionados, se o ato decisório não vem acompanhado de devida fundamentação”, de modo que a boa-fé serviria como fundamento para impedir a contradição dos magistrados, incluídas as decisões proferidas em outros processos³⁰⁸.

Ronaldo Cramer cita os seguintes exemplos de vedação ao comportamento contraditório no processo³⁰⁹: o juiz saneia o processo, defere a produção de prova pericial. A prova é produzida e, em seguida, o juiz sentencia o processo com base em uma questão processual conhecida de ofício por ele. Depois da produção da prova pericial, as partes esperavam que o mérito fosse julgado; o magistrado saneia o processo, indeferindo todas as preliminares. Após a instrução, o juiz julga o processo com base em uma das preliminares que não havia acolhido. Há contradição entre a decisão saneadora e a sentença; o juiz defere a tutela antecipada com base em um suporte fático e, depois, com base nesse mesmo suporte fático, revoga a medida; as partes realizam negócio jurídico processual e indicam o perito para atuar no feito. Mais à frente no processo, uma das partes alega que esse mesmo perito não possui formação técnica na matéria objeto da perícia; juiz indefere as provas requeridas pelo autor e julga improcedente o pedido por ausência de provas dos fatos constitutivos do direito do autor.

A divulgação do andamento processual por meio dos sistemas eletrônicos dos tribunais também é capaz de despertar uma confiança legítima nas partes, podendo ser considerada um *factum proprium*. Isso implica que se a parte praticar um ato em conformidade com a informação disponibilizada pelo sistema, ela não poderá ser prejudicada por eventual imprecisão da informação disponibilizada, uma vez que esses dados são presumidamente verdadeiros e

³⁰⁸ SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, vol. 238, p. 199-211, dez. 2014.

³⁰⁹ CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 207.

confiáveis (art. 197)³¹⁰. Logo, a parte que confiou no prazo informado pelo sistema não pode ter seu recurso inadmitido em razão da intempestividade³¹¹.

A legitimidade da confiança, segundo Antonio do Passo Cabral, é principalmente avaliada pela (im)previsibilidade da mudança no comportamento que deu origem à legítima expectativa³¹². Isso implica que, nas situações em que se espera a alteração no comportamento por parte do sujeito processual, a confiança legítima não será estabelecida. Cabral exemplifica mencionando casos nos quais o litigante explicitamente declara a possibilidade de reavaliação do comportamento durante o curso do processo. Nessas situações, a manutenção de um estado de imprevisibilidade impede a criação de um padrão estável capaz de fundamentar a tutela da confiança³¹³. Da mesma forma, as decisões judiciais de caráter provisório também não possuem o condão de gerar confiança a ser protegida³¹⁴.

Para que ocorra o preenchimento do suporte fático do *venire contra factum proprium* processual, também é necessário que aquele que depositou sua confiança no *factum proprium* praticado pelo *alter* tenha adotado determinada conduta com base na confiança depositada³¹⁵. Em outras palavras, a verificação do *venire* processual requer que a parte que agiu em confiança no comportamento anterior do outro sujeito tenha tomado uma decisão ou realizado uma ação com base nessa confiança, antes que ocorra a mudança injustificada no comportamento do *alter* (*venire contra*).

Essa confiança poderá ser manifestada por meio da adoção de uma conduta, seja ela comissiva (realização de uma ação) ou omissiva (abstendo-se de agir), tanto dentro quanto fora do contexto processual³¹⁶. João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque cita como exemplo de ato caracterizador de investimento de confiança fora do âmbito processual a

³¹⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 237.

³¹¹ AgInt nos EAREsp n. 1.630.586/TO, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 22/3/2022, DJe de 23/6/2022.

³¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 163.

³¹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 163.

³¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 499-500.

³¹⁵ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 240-241.

³¹⁶ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 241.

efetivação de gastos por parte daquele que confiou. No que diz respeito ao comportamento omissivo, o autor menciona o não exercício de uma posição jurídica ou a não realização de atividade rentável pela parte, resultando em lucros cessantes³¹⁷.

No contexto processual, concorda-se com a posição de João Otávio Terceiro, quando sugere que a simples prática de um ou mais atos processuais poderia caracterizar o exercício da confiança, uma vez que as condutas (comissivas ou omissivas) subsequentes do litigante podem ter sido diretamente pautadas no *factum proprium*³¹⁸.

Por último, a aplicação do *venire contra factum proprium* implica a identificação de uma “incoerência pragmática”, que se manifesta por meio da realização de um ato processual cujos efeitos são incongruentes com o propósito da conduta anterior³¹⁹.

É possível transportar e aplicar ao processo civil a *regulæ juris* do *nemo potest venire contra factum proprium*, que é um consectário da cláusula geral da boa-fé objetiva. Essa aplicação, entretanto, somente poderá ser feita em casos nos quais o *factum proprium* é comissivo. Isso porque, ainda que ação e inação possam vir a caracterizar o exercício de direitos e de posições jurídicas, quando se fala em tutela da confiança os pressupostos para a verificação da existência ou não de uma confiança legítima são distintos, mormente no que diz respeito ao fator tempo.

Quando o sujeito processual assume, no curso do processo, uma conduta omissiva diante de uma posição jurídica ativa, não se deve falar em *venire contra factum proprium*, mas em *Verwirkung*. Esse conceito emergiu na experiência legislativa alemã, mais especificamente no § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)³²⁰, que instituiu a cláusula geral de boa-fé como um princípio geral de não-contradição no Direito Privado³²¹.

³¹⁷ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 241.

³¹⁸ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 241.

³¹⁹ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 242.

³²⁰ “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. Tradução livre: “O devedor é obrigado cumprir a obrigação de boa-fé, levando em conta os usos e costumes”.

³²¹ PATTI, Salvatore. *Verwirkung*. In: *Digesto delle Discipline Privatische*. T. XIX. 4ª ed. Turino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999, p. 728.

Portugal também incorporou o instituto ao ordenamento jurídico do país, que, no art. 334 do Código Civil, estabeleceu: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Nesse contexto, o fenómeno jurídico denominado pelos juristas alemães como *Verwirkung* recebeu de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro a designação de *supressio*³²². Para o autor, a *supressio* pode ser definida como “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”³²³.

A inação da parte é *conditio sine qua non* para a *Verwirkung* e, por isso, há de se destacar suas diferenças em relação ao *venire contra factum proprium*. A *supressio* é verificada quando o titular de um direito exercitável retarda injustificadamente o exercício desse direito, criando assim uma confiança legítima na contraparte de que o direito não será mais exercido. Se esse direito for eventualmente exercido no futuro, isso frustrará a confiança depositada anteriormente e seu exercício se torna ilícito³²⁴. O fundamento axiológico da *supressio* também é a proteção da confiança³²⁵.

Dado que não existe previsão legal expressa para a aplicação da *supressio* no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário definir os pressupostos para sua verificação, a fim de evitar

³²² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020), p. 797-798.

Ponce de León ainda define a *Verwirkung* da seguinte forma: “*La Verwirkung es un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, se si prefere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retardo desleal (illoyal verspätete Rechtsausübung). Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho. (...) No hay, pues, una verdadera extinción del derecho, sino simplemente una paralización de su ejercicio por medio de una excepción concedida al adversario*”. Tradução livre: “*Verwirkung é um caso especial de inadmissibilidade do exercício de um direito devido a uma violação da boa-fé ou, se preferir, um caso especial de abuso de direito, que pode ser definido como o abuso de um direito que consiste no exercício de um direito com um atraso injusto (illoyal verspätete Rechtsausübung). Um direito subjetivo ou uma reivindicação não pode ser exercido quando o titular não apenas não se preocupou por um longo tempo em reivindicá-lo, mas até mesmo deu origem, com sua atitude omissa, ao fato de que o adversário da reivindicação pode objetivamente esperar que ele não mais exerça o direito. (...) Não há, portanto, nenhuma extinção real do direito, mas simplesmente uma paralisação de seu exercício por meio de uma exceção concedida ao adversário*” (PONCE DE LEÓN, Luis Diez-Picazo. *La doctrina de los atos propios*. Barcelona: Bosch, 1963, p. 94; 100-101).

³²⁴ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 303-304.

³²⁵ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Supressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 52-54.

interpretações subjetivas do instituto e discricionariedades por parte juízes ao aplicá-lo. Júlio Gonzaga Andrade elenca os seguintes pressupostos a serem considerados simultaneamente³²⁶:

- 1) a existência de uma posição jurídica subjetiva reconhecida e exercitável ou razoável convicção de haver dita posição;
- 2) a abstenção ostensiva do exercício, capaz de criar a confiança legítima na outra parte;
- 3) a confiança investida ou confiança legítima, balizada pela análise do decurso do tempo e da ocorrência de atos inspiradores de confiança; e
- 4) o exercício contraditório à confiança investida.

A lógica do direito material aplicável à *supressio* é plenamente pertinente ao Direito Processual Civil. Antonio do Passo Cabral sustenta essa posição ao ressaltar que a *Verwirkung* poderá apresentar maior aplicação processual quando não houver prazo legal ou judicial fixado. Isso ocorre porque a existência ou ausência de um prazo fixado terá impacto direto na formação da confiança na parte contrária e na avaliação da legitimidade dessa confiança criada³²⁷.

Estabelecida essa premissa, é importante destacar o segundo aspecto relevante para diferenciar as duas situações: o tempo. No *venire contra factum proprium*, o fator tempo chega a ser irrelevante, bastando que a primeira conduta comissiva anteceda uma segunda contraditória àquela, independentemente de quando foram praticadas. Por outro lado, no caso da *Verwirkung*, o tempo se torna elemento essencial para a sua verificação, uma vez que a legislação não estabelece um prazo capaz de ensejar a ocorrência da *supressio*.

Determinar quanto tempo deve passar para que se possa afirmar que o lapso temporal foi capaz de gerar expectativas legítimas no outro sujeito processual é uma questão complexa. A relação entre o lapso temporal e a confiança gerada foi sintetizada por Julio Gonzaga de Andrade Neves: “quanto maior o tempo de inércia, maior a confiança; e quanto maior o número de atos inspiradores, menor o tempo necessário”³²⁸. Se há prazo legal ou judicial para a prática do ato, não incidirá a *supressio*, pois a omissão não será capaz de gerar legítimas expectativas, caso a

³²⁶ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Supressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 102 e ss.

³²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 164.

³²⁸ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Supressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 109.

parte ainda disponha de prazo para praticar o ato. Por outro lado, transcorrido o prazo, haverá preclusão, de modo que igualmente não será aplicada a *supressio*³²⁹.

Em março de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou mandado de segurança impetrado contra ato coator do Tribunal de Contas da União. O TCU havia determinado que a impetrante optasse por uma das duas pensões que recebia, em virtude do falecimento de seu esposo, ao argumento de que a cumulação seria ilegal. Em 10/11/2004, foi deferido o pedido liminar da impetrante, para reestabelecer o pagamento da pensão que havia sido suprimida pelo TCU. No entanto, quando o colegiado do STF foi julgar a ação, constatou-se que o acórdão do TCU havia sido publicado no dia 03/03/2004, enquanto o mandado de segurança foi impetrado apenas em 13/10/2004, ou seja, fora do prazo decadencial de 120 dias. Isso deveria conduzir o processo à extinção sem resolução do mérito³³⁰.

O Ministro relator Gilmar Mendes ressaltou em sua decisão que “o processo não é um fim em si mesmo”. Considerando que a impetrante havia sido favorecida por decisão liminar desde 10/11/2004, o Ministro argumentou que a decadência não deveria ser reconhecida em virtude dos princípios da segurança jurídica, da eficiência, da primazia do julgamento de mérito e das normas fundamentais incorporadas pelo Código de Processo Civil³³¹.

Ao acompanhar o voto do relator, o Ministro Luiz Edson Fachin, apesar de igualmente reconhecer o descumprimento do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança, entendeu que o transcurso do lapso temporal de mais de 12 anos da concessão da liminar “grosso modo, quiçá, faria até emergir uma espécie de *supressio* em relação à própria decisão já concedida”. Segundo o Ministro, acolher a preliminar de decadência levaria a Corte a “uma decisão ainda que formalmente adequada, mas substancialmente injusta em relação a tal circunstância”. Ou seja, a decisão que concedeu a liminar, seguida da omissão do Poder Judiciário em analisar a ação em caráter definitivo, teria criado na impetrante a confiança

³²⁹ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 252.

³³⁰ Mandado de Segurança. 2. Ato do TCU. Suposta cumulação indevida de proventos. Suspensão dos pagamentos. 3. Decadência. Verificação de impetração do mandamus em data posterior ao prazo de 120 dias da ciência do ato impugnado. Superação. Medida liminar concedida há mais de doze anos. Preservação da segurança jurídica. Precedentes do STF. 4. Cumulação de proventos e pensões. Cargos públicos inacumuláveis em atividade. Regimes civil e militar. Concessão anterior à Emenda Constitucional 20/1998. Possibilidade. Precedentes. 5. Segurança concedida (MS nº 25097, relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017).

³³¹ MS nº 25097, relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017.

legítima de que a situação obtida liminarmente seria mantida. Isso impossibilitaria o Supremo Tribunal Federal de proferir decisão em sentido contrário³³².

O raciocínio adotado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não se revela adequado à aplicação da *supressio* ou do *venire contra factum proprium*. Foram adotadas duas condutas pelo STF, sendo a primeira comissiva (concessão da liminar) e a segunda omissiva (inação do Poder Judiciário por mais de doze anos)³³³. No entanto, nem a concessão da liminar nem a omissão em analisar o *meritum causae* seriam suficientes para criar uma expectativa legítima de que a primeira decisão proferida em caráter perfunctório não poderia ser alterada no momento da decisão de mérito. A própria natureza provisória do primeiro pronunciamento impede a formação de confiança nesse sentido. Portanto, a parte não poderia legitimamente esperar que, necessariamente, o mérito seria julgado, e ainda menos que o processo não teria uma decisão em sede cognição exauriente.

Em outro julgado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ocorrência de *venire contra factum proprium*. Na ocasião, a parte recorrente pagou parcialmente o preparo recursal, mas requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita³³⁴. No caso, a Corte determinou que o recorrente recolhesse o valor remanescente em dobro (art. 1.007, § 4º), em razão da contradição existente entre o *factum proprium* (recolhimento parcial das custas) e o segundo (requerimento da concessão da justiça gratuita) comportamento processual adotado pela parte. Também na aludida situação, o *venire* processual foi indevidamente aplicado, por três razões principais: 1) não se admite a prática de *venire* em atos concomitantes; 2) não há como se falar em confiança legítima gerada nos outros sujeitos processuais; 3) o pagamento parcial das custas sequer é incompatível com o pedido de gratuidade da justiça, em razão da previsão do art. 98, § 5º)³³⁵.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também julgou um processo em que as partes, na fase de liquidação e em conjunto com a perita, chegaram a um acordo, por meio do qual foi fixada a metodologia de cálculo, a forma e os prazos para pagamento. Por envolver mais de 250

³³² MS nº 25097, relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017.

³³³ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 174-175.

³³⁴ AgInt no AREsp nº 1.164.394/PE, relator Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/3/2018.

³³⁵ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 247.

autores e um valor econômico próximo a setecentos milhões de reais, o acordo foi sendo pago com atraso — de 3 a 11 meses — e em partes. Os exequentes, por sua vez, levantaram as quantias depositadas, sem qualquer manifestação de oposição aos valores levantados³³⁶.

Mais de um ano após o levantamento, os exequentes pretenderam cobrar correção monetária e juros de mora, referentes ao lapso entre o cálculo pericial e o efetivo depósito. A Quarta Turma aplicou a *supressio*, impedindo que os exequentes cobrassem, quase dois anos depois o levantamento do depósito, o saldo residual. Para a Corte, “o entendimento acerca da irrazoabilidade do pleito se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, que coíbe omissões prolongadas no tempo, que suscitam, no devedor, a legítima expectativa de que não sofreria mais nenhuma cobrança, a configurar a *supressio*”³³⁷.

Na verdade, a análise da *ratio decidendi* do acórdão indica que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela ocorrência de preclusão, de modo que a *supressio* seria apenas um reforço argumentativo. Não se pode confundir *supressio* com preclusão, sob risco de inviabilizar a correta aplicação dos institutos, que possuem pressupostos de aplicação distintos³³⁸.

A aplicação do *venire contra factum proprium* e da *supressio* no âmbito processual requer uma abordagem criteriosa, evitando-se a utilização indiscriminada baseada unicamente na identificação de comportamentos processuais contraditórios. A aplicação indistinta desses institutos compromete a tutela da confiança, limitando-se apenas a evitar contradições flagrantes. É como afirma João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque, em raciocínio que também se aplica à *supressio*³³⁹: “o *venire contra factum proprium* acaba deixando de servir à tutela da confiança, para sancionar a mera incoerência, o que não encontra fundamento no conteúdo teleológico da boa-fé processual”.

2.5. A relação entre a *supressio* e as invalidades processuais

Conforme assentado nesta pesquisa, as considerações gerais feitas em relação ao *venire contra factum proprium* são aplicáveis à *supressio*, com exceção da constatação de que, na *supressio*,

³³⁶ REsp nº 1.426.413/RJ, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1/12/2016.

³³⁷ REsp nº 1.426.413/RJ, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1/12/2016.

³³⁸ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 253.

³³⁹ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 251.

o *factum proprium* é omissivo, conferindo maior relevância para o fator tempo neste caso³⁴⁰. Ao estabelecer uma relação entre a *supressio* e as invalidades processuais, surge a indagação acerca da possibilidade de invalidades processuais não sujeitas à preclusão (art. 278, parágrafo único), como a incompetência absoluta, estarem impedidas de serem reconhecidas e pronunciadas devido à incidência da incidência da *supressio*.

Em um julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, considerou-se inadmissível a alegação tardia de incompetência absoluta. Na ocasião, uma ação de usucapião foi ajuizada em 1965 perante a Justiça Estadual de São Paulo. Após longas discussões acerca da competência para julgar a matéria, o processo foi remetido à Justiça Federal, onde foi proferida sentença favorável aos autores, no ano de 1997. Foi então que os réus alegaram a incompetência absoluta da Justiça Federal. Em 2009, o STF decidiu que acolher a alegação de incompetência absoluta seria contrário à duração razoável do processo³⁴¹. Conforme destacou João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque ao analisar a decisão, embora o julgado não faça menção direta à boa-fé processual ou à *supressio*, o Superior Tribunal Federal entendeu que o comportamento omissivo, adotado em um primeiro momento, em relação à alegação da incompetência absoluta implicaria na perda da possibilidade da parte em fazê-la posteriormente. Para a Corte, as regras de competência e os critérios de distribuição do exercício da jurisdição não poderiam prevalecer tantos anos após a propositura da ação³⁴².

Ao tecer comentários sobre o julgado, Antonio do Passo Cabral entende que “a omissão em alegar qualquer matéria por tempo significativo faz gerar um padrão de conduta estável que impede, pela preclusão lógica ou pela proibição do *venire contra factum proprium*, a alegação em momento posterior”. Segundo Cabral, quanto maior o tempo transcorrido entre a primeira oportunidade de falar nos autos e o momento da alegação da invalidade, mais evidente será a expectativa criada³⁴³.

O julgado em questão representa mais um caso em que se busca coibir o comportamento contraditório, ao invés de tutelar a confiança legítima. Não há como sustentar que a omissão

³⁴⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 252.

³⁴¹ RE nº 433.512, relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009.

³⁴² ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 259.

³⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335.

dos réus em alegar a incompetência absoluta, assim como a omissão do juiz em exercer seu poder-dever de pronunciar a invalidade (art. 64, § 1º), teriam o condão de criar nos autores uma confiança capaz de impedir a alegação tardia do vício. Isso porque o próprio Código de Processo Civil permite a alegação pelas partes e exige intervenção do juiz a qualquer tempo no reconhecimento da incompetência absoluta (art. 278, parágrafo único). Além disso, o próprio Antonio do Passo Cabral sustenta que as regras de competência absoluta em razão da matéria não poderiam ser flexibilizadas, pois “possuem alguma função de aumentar a produtividade, permitir maior celeridade, e outras questões de eficiência processual”³⁴⁴.

Somado a isso, conforme assentado no capítulo anterior, no caso de atos proferidos pelo juízo absolutamente incompetente, presume-se o prejuízo, uma vez que as regras de competência absoluta estão intrinsecamente ligadas à cláusula constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII da Constituição da República). Eventual decisão transitada em julgada do juízo absolutamente incompetente também estaria sujeita a ação rescisória (art. 966, II do Código de Processo Civil), de modo que não se sustentam os argumentos de que impedir a alegação e o reconhecimento da incompetência absoluta em momento processual ulterior favoreceria, por exemplo, a celeridade e a eficiência. Ao contrário.

As reflexões acerca do julgado indicam que, no caso de invalidades não sujeitas à preclusão, a omissão dos sujeitos processuais em relação ao vício não resulta na ocorrência de *supressio*, pois esse comportamento inicial não desperta uma confiança legítima de que a invalidade não seria mais arguida ou reconhecida. João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque chega a enunciar uma fórmula geral para tratar das invalidades não sujeitas à preclusão: “quanto mais grave o vício ensejador da invalidade, menor a confiança gerada pela inércia e, conseqüentemente maiores o tempo e/ou o exercício da confiança necessários à formação de expectativas legítimas”³⁴⁵.

Entretanto, a esse respeito, defende-se a linha de argumentação de Heitor Vitor Mendonça Sica, que se posiciona contra a ideia de que a boa-fé processual pode impedir a pronúncia de invalidades cognoscíveis de ofício a qualquer tempo. Segundo o autor, “se a própria lei autoriza

³⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 334.

³⁴⁵ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 260.

a arguição e análise a qualquer tempo, qualquer expectativa que se crie contrariamente a isso não é legítima (é *contra legem*)³⁴⁶. Além disso, assim como destacado no Capítulo 1, a distinção das invalidades a partir do critério da gravidade do vício não se mostra adequada à sistemática do Código de Processo Civil, razão pela qual a proposição feita por João Otávio Albuquerque não merece acolhida.

2.6 O modelo cooperativo de processo e as condutas dos sujeitos processuais

Para parte da literatura jurídica, está vigente o que se passou a chamar de modelo “cooperativo” ou “comparticipativo”³⁴⁷ de processo, conceito que sugere a existência de uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro*³⁴⁸) entre o tribunal e as partes na formação do mérito da causa (*Sammlung des Prozessstoff*)³⁴⁹. Nesse contexto, a prestação jurisdicional não é mais centrada no do juiz ou nas partes, mas em todos os sujeitos envolvidos no processo, que são instados a contribuir para a realização dos objetivos da função jurisdicional. Esse modelo cooperativo se situa entre os modelos adversarial, no qual as partes desempenham papel central no desenvolvimento do processo, e o inquisitivo, onde o juiz é o protagonista³⁵⁰.

Evidentemente, o modelo cooperativo de processo não deve ser associado à noção de harmonia entre as partes ou à imagem do juiz como um “terapeuta social”³⁵¹. Não se pode perder de vista que o processo é um ambiente essencialmente combativo, no qual uma parte atuará para ver a contraparte derrotada³⁵². Em outras palavras, a cooperação processual não representa uma mera aspiração utópica de que todos cooperem voluntariamente entre si.

³⁴⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

³⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 82-92.

³⁴⁸ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, vol. XXII, p. 580-609, 1966.

³⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-116; GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual (Tradução de Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

³⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-226, ago. 2011; REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista dialética de direito processual*, vol. 133, p. 9-14, abr. 2014; e MACÊDO, Lucas Buriel de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 91.

³⁵¹ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual (Tradução de Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

³⁵² SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 170. Ver também: DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 104.

Para Daniel Mitidiero, o modelo cooperativo adotado pelo sistema jurídico processual brasileiro engloba o princípio da cooperação processual como uma norma fundamental do processo (art. 6º)³⁵³. Esse princípio estabelece para o juiz a “necessidade de ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão”, atuando para garantir que os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio sejam preservados ao longo procedimento³⁵⁴.

O dever de esclarecimento diz respeito à necessidade de o juiz buscar entender com as partes pontos nebulosos a respeito dos fatos ou dos pedidos (art. 321). O dever de diálogo implica garantir às partes a oportunidade de se manifestar e influenciar suas decisões (arts. 7º, 9º, 10, 11 e 489, §1º e 2º). O dever de prevenção imporia ao órgão jurisdicional o dever de alertar às partes quanto aos riscos de os pedidos formulados não serem acolhidos em razão da utilização equivocada do processo (arts. 317 e 932, parágrafo único). Por fim, o dever de auxílio criaria para o juiz a necessidade de ajudar as partes a exercerem suas posições jurídicas no processo (art. 772, III)³⁵⁵.

Ao se referir aos deveres que a cooperação cria para as partes, Fredie Didier Júnior cita os seguintes exemplos: i) os demandantes devem redigir sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (dever de esclarecimento); ii) as partes não podem litigar de má-fé,

³⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio* [livro digital]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.1; e MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

³⁵⁴ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista dialética de direito processual*, vol. 102, p. 62-74, set. 2011; FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; e REIS, Sérgio Cabral dos. Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa. *Revista Trabalhista*, n. 49, p. 100-121, nov. 2014; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais: Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353-356; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 82-92; AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 322, p. 41-72, dez. 2021. Ver também: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes: uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da Esmape*, vol. 5, n. 11, p. 247-273, jan./jun. 2000; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista dialética de direito processual*, n. 6, p. 47-59, set. 2003; e GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 172, p. 32-53, jun. 2009.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 165-166. Conferir também: AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 7-88.

observando a boa-fé objetiva (dever de lealdade); *iii*) a parte não pode causar danos à parte contrária (dever de proteção)³⁵⁶.

Leonardo Carneiro da Cunha também sustenta que a cooperação impõe deveres a todos os sujeitos processuais. De acordo com o autor, a cooperação das partes com o tribunal envolve: a ampliação do dever de litigância de boa-fé; o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas; o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade³⁵⁷.

Para ele, a cooperação do juízo com as partes, por sua vez, abrange: o poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada pelas partes; o poder-dever de o juiz suprimir obstáculos procedimentais à resolução de mérito; o poder-dever de auxiliar as partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; e a vedação às decisões surpresa³⁵⁸.

Na verdade, ao contrário do que parte da literatura jurídica sustenta atualmente, o Código de Processo Civil consagrou um modelo cooperativo de processo, o que não implica dizer que a cooperação processual, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, por si só, estabelece deveres para os sujeitos processuais.

Na Itália, por exemplo, Eduardo Grasso já chamava atenção para a “comunidade de trabalho”³⁵⁹ existente entre as partes e o juiz, ressaltando que “*In realtà, se è inteso ed applicato nei limiti tradizionali, e non è comunque integrato da una normativa adeguata, il principio del*

³⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20.

³⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista brasileira de Direito Processual*, vol. 79, p. 247-259, jul./set. 2012, p. 155.

³⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista brasileira de Direito Processual*, vol. 79, p. 247-259, jul./set. 2012, p. 156.

³⁵⁹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, vol. XXII, p. 580-609, 1966. Ver também: PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, vol. 53, n. 3, p. 673-681, lug./sett. 1998; LUISO, Francesco Paolo. Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. speciale: la disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant’anni doppio), p. 65-73, Marzo, 2011.

contraddittorio non può realizzare che sfumata imagine di un sistema di coolaborazione”³⁶⁰. Isso significa que apenas a correta e efetiva aplicação do contraditório seria capaz garantir um processo colaborativo.

No Brasil, ainda na década de 1990, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao tratar da aplicação do contraditório ao processo, já vislumbrava a necessidade de que essa garantia impusesse “permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual”³⁶¹. Ou seja, o exercício efetivo do contraditório seria capaz de promover a colaboração entre os sujeitos processuais³⁶².

Ada Pellegrini Grinover também defendia que “a plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças”³⁶³. Ou seja, para autora, a garantia ao contraditório efetivo seria o meio pelo qual se alcançaria a simetria na relação jurídica processual.

Em sentido semelhante, segundo Cândido Rangel Dinamarco, o contraditório possui uma dupla destinação, sendo um direito das partes e, ao mesmo tempo, um dever do juiz³⁶⁴. Dessa forma, o modelo processual concede às partes “oportunidades para participar pedindo, participar alegando e participar provando”³⁶⁵. A garantia do contraditório exige que a lei estabeleça meios pelos quais as partes participem da construção do resultado dos processos e que o juiz garanta que os sujeitos tenham acesso a esses meios³⁶⁶.

³⁶⁰ Tradução livre: “Na realidade, se for entendido e aplicado dentro dos limites tradicionais e não for, em nenhum caso, complementado por uma regulamentação apropriada, o princípio do contraditório só pode criar uma imagem sombreada de um sistema de colaboração legal” (GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile. Rivista di diritto processuale*, vol. XXII, p. 580-609, 1966, p. 590).

³⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

³⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 31-37, jul. 1993. Ver também: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, vol. 90, p. 55-84, jun. 2003.

³⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18. Conferir: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 24, p. 71-79, mar. 2005.

³⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517.

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 518.

³⁶⁶ Para José Carlos Barbosa Moreira: “L’art. 5, n° LV, de la nouvelle Constitution assure aux plaideurs la garantie du contradictoire et de l’ample défense, avec les moyens et les recours qui lui sont inhérents. La garantie du

Para o autor, que assim como Alvaro de Oliveira defende essas ideias desde a década de 1990, em relação à atividade do juiz, a garantia do contraditório compreende atos de direção, de prova e de diálogo³⁶⁷. Os atos de direção estão relacionados ao poder-dever do juiz de impulsionar oficialmente o processo (art. 2º) e à atividade de saneamento (arts. 139, IX, 317, 347, 357). Já os atos de prova estão ligados à exigência de que o juiz exerça seu poder-dever de suprir as deficiências probatórias do processo (art. 370), em consonância com a função pública que exerce no contexto processual. Além disso, na qualidade de destinatário do contraditório, o juiz também deve assegurar o diálogo no processo, cumprimento, por exemplo, com o seu dever de buscar a conciliação das partes (art. 359)³⁶⁸.

Dessa forma, é possível inferir que o Código de Processo Civil positivou um modelo cooperativo — também denominado participativo ou colaborativo — de processo, que promove um ambiente processual no qual as garantias do contraditório e da boa-fé³⁶⁹, assim

contradictoire signifie essentiellement que le demandeur et le défendeur doivent jouir tous les deux de la possibilité effective de participer au déroulement du proces, d'exposer leurs raisons au juge, d'apporter les preuves de leurs allégations, de présenter leurs observations sur les arguments de l'adversaire et sur les preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d'office. Elle implique pour le juge l'interdiction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d'appuyer ses décisions sur des faits et des résultats de l'instruction au sujet desquels elles n'auraient pu s'exprimer". Tradução livre: "O art. 5º, LV, da nova Constituição assegura aos litigantes a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos que lhes são inerentes. A garantia do contraditório significa essencialmente que tanto o autor como o réu devem gozar da possibilidade efetiva de participarem do desenrolar do julgamento, de explicarem as suas razões ao juiz, de fornecerem provas das suas alegações, de apresentarem as suas observações sobre os argumentos do oponente e sobre as provas por ele fornecidas ou ordenadas de ofício. Ela implica para o juiz a proibição de adotar medidas sem advertir as partes e de apoiar sua decisão sobre fatos e resultados da instrução em face daqueles que não tiveram a oportunidade de se manifestar" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: quinta série. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 72). Ver também: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, vol. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

³⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 525-528.

³⁶⁹ Parte da literatura jurídica entende que não há como dissociar a cooperação da boa-fé objetiva, uma vez que se trata de uma norma destinada a orientar o comportamento dos sujeitos processuais. Em última instância, a boa-fé surgiria como o fundamento normativo da cooperação. Para Brunela Vieira de Vicenzi: "O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora de deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito" (VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170). No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 88; e TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 135. Em sentido contrário, Daniel Mitidiero: "O processo civil é presidido normalmente pela existência de interesses divergentes entre as partes. A necessidade de colaboração entre as partes, portanto, seria uma imposição no mínimo contraintuitiva. Numa palavra: "ilusória". Fundamentá-la na boa-fé — e, pois, na confiança, seu elemento último — pode levar a um

como os deveres anexos a elas, são fortalecidos ou evidenciados. No entanto, *prima facie*, não se deduzem deveres do mencionado princípio da cooperação. Os deveres frequentemente relacionados à cooperação (dever de auxílio, dever de esclarecimento, dever de proteção, dever de diálogo) são, há muito, derivados do contraditório e da boa-fé processual.

Na melhor das hipóteses, o modelo cooperativo que se pretendeu estabelecer influenciou a elaboração de certas formulações normativas do Código de Processo Civil sem, contudo, eliminar a natureza rarefeita da cooperação enquanto princípio processual. É imperativo reconhecer o processo em jurisdição contenciosa como ele é: um ambiente que pressupõe a existência de crises, conflitos, disputas, no qual cada sujeito assume um polo de interesse distinto.

A essência conflituosa inerente ao processo, evidentemente, não impediu que o Código de Processo Civil contemplasse formulações normativas destinadas a promover (ou que tentassem promover) um ambiente processual menos hostil. Em um rol não exaustivo, tem-se: a vedação ao reconhecimento de matérias *ex officio* sem garantir a oportunidade de as partes se manifestarem (art. 10); a necessidade de o juiz comunicar as partes quanto à distribuição do ônus da prova (art. 357); a possibilidade de aprovação do calendário processual pelas partes (art. 191, §§ 1º e 2º); a previsão da possibilidade de saneamento compartilhado (art. 357, § 3º); a necessidade de o juiz indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completando, ao determinar a emenda a petição inicial (art. 321, *caput*); a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento pessoal das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa (art. 139, VIII); a necessidade de o juiz determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de

indevido esfumaçamento dos objetivos de cada uma das partes no processo civil. É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de interesses convergentes das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do juiz para com as partes – e jamais das partes entre si. Essa colaboração não está fundamentada na boa-fé. Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da natureza interpretativa do direito e da necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva. A colaboração – e os deveres cooperativos – no âmbito do processo civil decorrem da necessidade de equilibrada participação do juiz e das partes no processo por força da alteração do conceito de direito e do caráter instrumental do processo” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio* [livro digital]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-1.6).

outros vícios (art. 139, IX); e antes de inadmitir o recurso, o juiz deverá oportunizar que a parte sane o vício ou complemente a documentação exigível (art. 932, parágrafo único).

Esses são exemplos de regras que dão concretude ao modelo cooperativo de processo. A tipificação da cooperação processual, prevista no art. 6º Código de Processo Civil, apesar de, por si só, não criar deveres para as partes, reforça a necessidade de observância do contraditório³⁷⁰ e da boa-fé processual³⁷¹. Às partes, deve-se assegurar o direito de serem informadas e de terem condições de reagir e influenciar a decisão dos juízes (contraditório). Além disso, o comportamento dos sujeitos processuais deve estar pautado em padrões razoáveis de conduta, coibindo o abuso de posições jurídicas e em respeito às legítimas expectativas (boa-fé objetiva), vedada a litigância de má-fé (boa-fé subjetiva). O julgador, por sua vez, não deve conduzir o processo de forma passiva, tampouco autoritária, mas zelar para que o processo se desenvolva em conformidade com o devido processo legal, garantindo o exercício do contraditório e evitando formalismos desnecessários³⁷².

³⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, p. 7-20, 1998; TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, vol. 28, p. 55-95, out./dez. 1982; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 7, n. 38, p. 5-33, set./out., 2010; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 242-245.

³⁷¹ Nas palavras de Antonio do Passo Cabral: “*Invero, il principio del contraddittorio è invocato molto frequentemente come l’arma delle parti in causa per assicurare la loro manifestazione nel processo e non oseremmo sminuire l’importanza di questa garanzia. Certamente, fin quando esercitato, cioè fino al momento in cui la parte si pronuncia nel processo, il contraddittorio rappresenta il diritto di avere conoscenza degli atti processuali e vedere i suoi argomenti considerati e apprezzati dall’organo giudiziario. Tuttavia, una volta provocata la giurisdizione, la garanzia eccede tali limiti e dà spazio ad un obiettivo più grande, che è la partecipazione collaborativa alle decisioni statali, fatto che giustifica la repressione dei comportamenti in mala fede e degli atti offensivi della dignità della giustizia (art. 88 del Codice italiano; artt. 14 a 18 e 600, del Codice brasiliano). Se partecipare è garantito, la condotta deve essere etica, in consonanza con gli obiettivi statali della giurisdizione*”. Tradução livre: “De fato, o princípio do contraditório é invocado com muita frequência como arma das partes para assegurar sua manifestação no julgamento e não ousaríamos minimizar a importância dessa garantia. Certamente, enquanto for exercido, ou seja, até o momento em que a parte se pronuncia no julgamento, o princípio do contraditório representa o direito de ter conhecimento dos atos processuais e de ver seus argumentos considerados e apreciados pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa esses limites e dá lugar a um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão de condutas de má-fé e de atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 88 do Código Italiano; arts. 14 a 18 e 600, do Código Brasileiro)” (CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Revista di Diritto Processuale*, Anno 60, n. 2, p. 449-464, apr./giu. 2005, p. 460); POSADA, Giovanni Priori. El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal. *Revista Derecho y Sociedad*, n. 30, p. 325-341, 2008; AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 63-66.

³⁷² GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual (Tradução de Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

2.7 Conclusão parcial

A boa-fé processual prevista no art. 5º do Código de Processo Civil é uma cláusula geral que estabelece um padrão de conduta a ser seguido por todos aqueles que de alguma forma atuam no processo. Ao contrário do princípio da boa-fé mencionado nos arts. 322, § 2º e 489, § 3º, a boa-fé do art. 5º não orienta a interpretação de normas procedimentais, mas estabelece deveres anexos procedimentais aos sujeitos processuais, incluindo o *venire contra factum proprium* e a *supressio* (*Verwirkung*).

Com base nessas premissas, a boa-fé processual poderá impedir a alegação ou a pronúncia da invalidade somente se verificada a violação aos deveres anexos da boa-fé objetiva. Em outras palavras, a proteção da boa-fé é pautada na valoração objetiva das situações, visando a tutelar a confiança legitimamente estabelecida por um sujeito processual a partir da conduta (comissiva ou omissiva) adotada pelo outro.

Portanto, ao aplicar a boa-fé, o juiz deve exercer um juízo de ponderação para avaliar se a invocação dessa cláusula geral é o único meio viável para a resolução da demanda e se a aplicação da boa-fé processual está em conflito com outra regra do ordenamento jurídico. O que não se pode admitir é a banalização da fundamentação a partir da boa-fé processual, que pode levar ao seu esvaziamento³⁷³. É possível traçar um paralelo entre o que se propõe em relação à aplicação boa-fé processual no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento de Michele Fornaciari sobre abuso de direito no do ordenamento jurídico italiano³⁷⁴.

O fato de o juiz não simpatizar com determinadas formulações normativas do Código de Processo Civil não significa que poderá ignorá-la ou manipulá-la, a partir da boa-fé processual. A previsão do parágrafo único do art. 278 põe a salvo da preclusão as nulidades decretáveis de ofício. Assim, conforme assevera Fornaciari, não se pode admitir que “*in nome di un utopico senso di giustizia, si finisce per distruggere ogni certezza in merito a ciò che è conforme al*

³⁷³ FORNACIARI, Michele. L'abuso dell' abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017, p. 1.457.

³⁷⁴ FORNACIARI, Michele. L'abuso dell' abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017, p. 1.457.

diritto ed a ciò che non lo è, e per rendere pressochè impossibile, per il singolo, la previsione circa la liceità o meno dei propri atti/comportamenti”³⁷⁵.

Assim, embora a boa-fé processual, enquanto cláusula geral do ordenamento jurídico processual, represente uma abertura legislativa, não se pode admitir que todos os atos e comportamentos dos sujeitos processuais estejam sujeitos a um exame indiscriminado de violação à boa-fé, mesmo quando a lei permite que determinada conduta seja adotada pelo sujeito³⁷⁶.

Nesse contexto, Michele Fornaciari critica o entendimento da Corte de Cassação da Itália em relação à aplicação do art. 37 do *Codice di Procedura Civile* italiano, que permite ao juiz reconhecer a incompetência de ofício e a qualquer tempo. Segundo o autor, a jurisprudência italiana estabelece uma barreira a essa permissão, ao entender que um réu que alega a incompetência pela primeira vez em sede recursal não merece tutela³⁷⁷. Não se deve exercer juízo de valor sobre a opção legislativa adotada pelo Código de Processo Civil e, em nome do abuso de direito ou da boa-fé processual, derrogar essas disposições de forma arbitrária.

Além disso, a vigência do modelo cooperativo de processo, que sugere um ambiente processual de superfecundação do contraditório e da boa-fé, também não pode legitimar a aplicação, por exemplo, da *supressio* ou do *venire contra factum proprium*, em desacordo com os pressupostos delineados pela dogmática jurídica e sem uma fundamentação que demonstre o preenchimento

³⁷⁵ Tradução livre: “em nome de um senso utópico de justiça, acaba destruindo toda a certeza sobre o que está de acordo com a lei e o que não está, e torna quase impossível para o indivíduo prever a legalidade ou não de seus atos/comportamento” (FORNACIARI, Michele. L’abuso dell’ abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017, p. 1.463).

³⁷⁶ FORNACIARI, Michele. L’abuso dell’ abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017, p. 1.465.

³⁷⁷ Nas palavras do autor: “*Torno alla già citata giurisprudenza della Cassazione sull’art. 37 c.p.c.: a me fa paura un giudice che, a fronte di una norma chiaramente formulata nel senso che il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del processo, pone una barriera a tale rilievo ritenendo che il convenuto, il quale eccipisce il difetto di giurisdizione per la prima volta in cassazione, «non merita tutela». Può darsi. Anzi, come già detto, è sicuramente così. Ma purtroppo questa tutela il legislatore gliela dà e spetta a lui, non al giudice, limitarla*”. Tradução livre: “Volto à já citada jurisprudência do Supremo Tribunal de Cassação sobre o artigo 37.º do Código de Processo Civil: assusta-me um juiz que, perante uma regra claramente formulada no sentido de que a incompetência também pode ser suscitada *ex officio* em todas as fases e níveis do processo, coloca uma barreira a essa constatação ao considerar que o réu, que suscita a incompetência pela primeira vez em apelação, “não merece proteção”. É possível que assim seja. De fato, como já foi dito, merece certamente. Mas, infelizmente, o legislador dá-lhe essa proteção e cabe-lhe a ele, e não ao juiz, limitá-la”. (FORNACIARI, Michele. L’abuso dell’ abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017).

do suporte fático³⁷⁸. Observa-se que, não raras vezes, busca-se coibir comportamentos contraditórios — como a omissão inicial em relação à invalidade processual seguida de alegação em momento posterior, quando permitido pelo ordenamento — sem, no entanto, demonstrar a violação ao elemento central da proibição aos comportamentos contraditórios: a confiança.

A cooperação também não deve justificar um tratamento desigual e assimétrico entre os sujeitos processuais. Considerando que o modelo processual estabelecido visa à criação “comunidade de trabalho”, não é razoável admitir que apenas um dos sujeitos seja punido (impedido de alegar a invalidade) pela omissão em relação à invalidade processual não sujeita à preclusão. Afinal, o juiz tem o poder-dever de pronunciá-la a qualquer tempo e o autor que ajuizou o processo perante o juízo absolutamente incompetente, por exemplo, também descumpriu com as regras de atribuição de competência³⁷⁹. Na verdade, a conduta de qualquer sujeito processual que não esteja em conformidade com a boa-fé objetiva deve ser balizada pelo enquadramento em algum dos deveres anexos a ela, os quais poderão servir de evitar abusos de posições jurídicas.

Portanto, a partir das ideias de Michele Fornaciari, chega-se à seguinte conclusão parcial: não se deve recorrer à boa-fé processual 1) quando há outras regras aptas a disciplinar a situação; 2) como um atalho argumentativo, quando se poderia utilizar um outro argumento mais técnico e adequado à solução do caso; 3) como um reforço argumentativo desnecessário; e 4) como uma ferramenta para a não aplicação da lei positiva³⁸⁰.

³⁷⁸ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023, p. 251.

³⁷⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288-289.

³⁸⁰ FORNACIARI, Michele. L’abuso dell’ abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017.

CAPÍTULO 3

A “NULIDADE DE ALGIBEIRA” E SUA RELAÇÃO COM A BOA-FÉ PROCESSUAL E COM A PRECLUSÃO

3.1 Objetivos e limites do capítulo

Este capítulo tem como objetivo analisar a viabilidade da aplicação da tese das “nulidades de algibeira”, com base nas ideias propostas sobre as invalidades processuais e a boa-fé processual, a fim de que se possa chegar à conclusão da dissertação.

Conforme se procurou esclarecer no primeiro capítulo, as diferentes posições jurídicas assumidas pelos sujeitos processuais ao longo do procedimento exercem influência direta sobre o sistema de invalidades do Código de Processo Civil. Foi visto, ainda no Capítulo 1, que a classificação tradicional das nulidades, que as divide em nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades, por exemplo, não se sustenta sob a sistemática da legislação processual civil vigente.

Nesse contexto, constatou-se que os juízes possuem o poder-dever de reconhecer boa parte dos vícios de ofício e, portanto, a qualquer tempo, destacando ainda a importância da instrumentalidade das formas (observância do binômio finalidade-prejuízo) para a operacionalização das nulidades processuais.

No Capítulo 2, buscou-se compreender como a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º) repercute na esfera processual, entendendo-se que ela não representa uma carta branca para os juízes decidirem arbitrariamente. Ao contrário, a boa-fé processual somente poderá ser utilizada como fundamento para impedir a decretação de invalidades, por exemplo, se constada a violação aos seus deveres anexos, tais como o *venire contra factum proprium* e a *supressio*. Além disso, constatou-se que a cooperação (art. 6º) consagrou um modelo de processo, no qual o contraditório e a boa-fé processual — e os deveres anexos a eles — desempenham um papel de maior relevância.

Para este Capítulo 3, é importante compreender, de antemão, que a matéria da preclusão processual civil, por si, seria capaz de ser objeto de pesquisa própria e destinada a solucionar todas as controvérsias que recaem sobre ela e a compatibilizar todas as opiniões da literatura

jurídica e complexidades que circundam a matéria. Não se pretende, aqui, problematizar a definição de preclusão, uma vez que o escopo é enfrentar as questões que a relacionam às “nulidades de algibeira”.

É exatamente em torno da sistematização dessas noções, bem como da verificação de algumas de suas consequências, que se desenvolverá o Capítulo 3 desta pesquisa. Para tanto, será apresentada uma breve noção histórica a respeito da preclusão (3.2). Na sequência, será analisada a diferença entre as omissões adotadas pelas partes e pelos juízes, considerando-se as diferenças de posições jurídicas assumidas por eles e delineadas no Capítulo 1 (3.3). Posteriormente, será analisada a estabilidade decorrente da decisão de saneamento e organização do processo, relacionando-a às invalidades processuais (3.4).

Esclarecidas tais noções, a pesquisa fará uma incursão na tese das “nulidades de algibeira” (3.5), relacionando-as com as definições de preclusão lógica, boa-fé processual e com a noção de boa-fé no Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público (3.6). Finalmente, será realizada uma análise casuística de julgados que aplicaram a tese, no âmbito da Terceira e da Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (3.7).

3.2 A preclusão processual civil

A preclusão, enquanto fenômeno processual, foi concebida pelos ordenamentos jurídicos romano-canônico e germânico. Naquele contexto histórico, a preclusão surgiu como uma espécie de ameaça jurídica para os litigantes diretamente ligada às ideias de sanção ou de punição processual (*poena preclusi*)³⁸¹.

A partir do início do século XX, com base nas ideias de Oskar von Bülow e de outros autores alemães, Giuseppe Chiovenda passou a sistematizar o fenômeno, diferenciando-o da *cosa*

³⁸¹ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Proecosal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 195. No original: “*el vocablo preclusión es aún poco familiar em el lenguaje forense de origen español; pero pertenece a la más antigua tradición del procedimiento. Ya en las formas del processo romano-canónico ue fue fuente de nuestro, aparece como una espécie de amenaza jurídica: las defensas debían oponerse todas juntas ‘bajo pena de preclusión’*”. Tradução livre: “A palavra preclusão ainda não é familiar na linguagem forense de origem espanhola, mas pertence à tradição mais antiga de procedimento. Já nas formas do processo romano-canônico, que foi a fonte do nosso, ela aparece como uma espécie de ameaça legal: as defesas tinham que ser contestadas todas juntas ‘sob pena de preclusão’”. Acerca da evolução do fenômeno da preclusão: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6-68.

giudicata e delineando contornos próprios para a preclusão. Segundo Chiovenda, era necessário reconhecer um instituto que garantisse maior precisão ao processo e que assegurasse uma rápida prestação jurisdicional, a partir da limitação do exercício do que ele denominou de “faculdades processuais”. Buscava-se dar efetividade ao processo, por meio de uma consequência jurídica (preclusão) que impedisse o exercício de faculdades processuais, distanciando-se da ideia de pena para a parte³⁸².

Para Chiovenda, a preclusão seria “*la perdita, o estinzione, o consumazione di una facoltà processuale*”³⁸³. A perda, a extinção ou a caducidade de uma faculdade processual se verificaria a partir: 1) da inobservância da ordem prescrita na legislação para o seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atuações ou das exceções; 2) da realização de um ato incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com a outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; ou 3) do exercício já de uma vez pela parte de uma determinada faculdade processual³⁸⁴.

Essas espécies de preclusão identificadas pelo autor passaram a ser denominadas, respectivamente, como preclusão temporal, preclusão lógica e preclusão consumativa³⁸⁵. Embora parte da literatura jurídica reconhecesse a contribuição de Giuseppe Chiovenda para a compreensão da preclusão, havia quem considerasse que o conceito poderia ser insuficiente para definir o fenômeno, pois parecia não abordar, por exemplo, a preclusão relacionada à atividade do Estado-juiz e à preclusão de questões³⁸⁶.

³⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusionione. *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 3, p. 231-283, 1993, p. 232-233; CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. T. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, p. 223-279. E há quem defenda a subsistência da associação entre preclusão e sanção, caracterizando o que se chama de “preclusão-sanção”. Ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 167-171. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, vol. 169, p. 331-346, fev. 2009.

³⁸³ Tradução livre: “a perda, a extinção ou a consumação de uma faculdade processual” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusionione. *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 3, p. 231-283, 1993, p. 233).

³⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusionione. *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 3, p. 231-283, 1993, p. 233.

³⁸⁵ Humberto Theodoro Júnior, ao sistematizar o tema da preclusão processual civil no Brasil, além de dividi-la nas espécies de preclusão temporal, lógica e consumativa, afirmou que essas categorias conviveriam no sistema com a preclusão *pro judicato*, direcionada a impedir que o juiz reveja questões incidentais já solucionadas (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica*, vol. 48, n. 273, p. 5-23, 2000).

³⁸⁶ BARROSO, Alexandre de Alencar. *Acesso à Justiça e preclusão civil*. Dissertação (mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p. 83; e GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

Mesmo que pareça seguro afirmar que o fenômeno da preclusão está diretamente associado à celeridade processual, à duração razoável do processo e à segurança jurídica³⁸⁷, não há consenso sobre sua definição. Celso Agrícola Barbi afirma que “toda definição é perigosa. Mas certas definições, além de perigosas, são extremamente difíceis. E, no caso particular da preclusão, o problema ainda mais se completa, porque uma definição capaz de dar idéia do instituto seria necessariamente muito longa ou incompleta”³⁸⁸.

Ainda diante da inexistência de unanimidade acerca da definição de preclusão, é importante estabelecer os pressupostos necessários para seu reconhecimento no âmbito processual civil. Stefano Riccio identificou os seguintes pressupostos para o reconhecimento desse fenômeno em relação à atividade das partes: a existência de uma faculdade processual; a limitação a seu exercício imposta pela lei; a ineficácia da atividade praticada após o advento da preclusão; e o poder-dever do juiz de declará-la³⁸⁹.

Ao examinar os pressupostos delineados por Riccio, Heitor Vitor Mendonça Sica sugere uma adequação do primeiro requisito e vincula a preclusão à existência de ônus processuais, argumentando que a preclusão somente ocorrerá se houver um ônus anterior³⁹⁰.

Nesta pesquisa, serão consideradas as seguintes premissas: 1) a preclusão, conforme delineado por Giuseppe Chiovenda no século XX, incorporada pela legislação processual civil brasileira nas espécies temporal, lógica e consumativa³⁹¹; 2) o sistema jurídico processual civil foi concebido, primordialmente, para estabelecer ônus às partes e poderes-deveres para o juiz; e 3) o ato processual praticado após a ocorrência da preclusão não produz efeitos jurídicos.

3.3 A omissão das partes e do juiz: a (não) incidência da preclusão e o poder-dever de controlar a regularidade dos atos processuais

³⁸⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 304; e DIDIER JÚNIOR; Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 161.

³⁸⁸ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, vol. 52, n. 158, p. 59-66, abr. 1955.

³⁸⁹ RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 11-12.

³⁹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. 2ª ed. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. 2008, p. 91-92; Maurício Giannico (GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

³⁹¹ Maurício Giannico defende a existência do que chamou de “preclusão hierárquica”, quando há perda do poder processual em razão da existência de ato do órgão jurisdicional de grau hierárquico superior. Confira-se: GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-61.

O procedimento consiste na concatenação de atos processuais que tem como objetivo preparar o processo para a sua decisão final³⁹². Assim, tanto os sujeitos parciais quanto os imparciais atuam para o desenvolvimento da marcha processual, de modo que o exercício das posições jurídicas assumidas por eles repercute diretamente no resultado do processo.

Conforme assentado anteriormente, o sistema processual civil brasileiro foi estruturado para atribuir, essencialmente, ônus para os sujeitos parciais. Isso implica que a atuação das partes ocorre sob a perspectiva da oportunidade: os atos processuais serão praticados por elas, quando, ao avaliarem sua conveniência, entenderem que a realização do ato contribuirá para alcançar seus interesses pessoais³⁹³. Portanto, com exceção do ato de interposição da demanda pelo autor, todos os atos subsequentes das partes são dispensáveis para que o processo atinja seu desfecho.

A omissão do autor em relação à prática de atos processuais poderá culminar, por exemplo, na extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, II e III), quando a parte não cumpre com seu ônus de impulsionar o processo. Por outro lado, a omissão do réu poderá resultar na decretação da revelia (art. 344), com a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial, nos casos em que o ônus de contestar a demanda não é adimplido³⁹⁴. A omissão de ambas as partes, em relação à decisão de mérito, por sua vez, poderá levar à formação da coisa julgada material (art. 502), na hipótese em que não apresentam recurso contra a sentença, por exemplo³⁹⁵.

Além disso, a inatividade das partes em relação aos seus ônus também pode fazer recair sobre elas a preclusão, o que permite concluir que o alcance da prestação da tutela jurisdicional não depende da atividade das partes. O processo terá um desfecho — diverso, é verdade, a depender da parte adotou o comportamento omissivo — a despeito das eventuais omissões das partes.

³⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986; SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 161.

³⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. II. Madrid: Reus, 1925, p. 209.

³⁹⁴ BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 47.

³⁹⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 155.

Nesse contexto, a preclusão, além de conduzir o processo ao seu desfecho, resultará na inadmissibilidade do ato praticado pela parte após sua ocorrência. Há uma relação de causa e efeito, em que a preclusão — seja qual for a modalidade — representa a causa da inadmissibilidade do ato praticado pela parte³⁹⁶.

Portanto, o recurso intempestivamente interposto pela parte se distancia da forma prevista em lei, no que diz respeito ao aspecto temporal, de modo que incidirá a preclusão. O ato posterior à ocorrência da preclusão será inadmissível. Assim como o ato praticado mediante incompatibilidade em relação ao comportamento inicialmente adotado será inadmissível, em razão da incidência da preclusão lógica³⁹⁷.

Por outro lado, a atuação dos juízes não está sujeita à avaliação de oportunidade, uma vez que assumem, primordialmente, poderes-deveres na condução do processo. Isso significa que não poderão deixar de praticar um ato processual, em razão de juízo de conveniência, pois a efetiva prestação da tutela jurisdicional depende diretamente do cumprimento dos poderes-deveres pelos juízes.

Um dos poderes-deveres assumidos pelos magistrados é o de zelar pela regularidade formal de seus próprios atos e dos atos de seus auxiliares, bem como de assegurar a regularidade dos atos das partes no processo³⁹⁸. Nesse sentido, a regra geral determina que o juiz exerça o controle da regularidade formal do processo, podendo pronunciar a invalidade qualquer seja o momento processual.

Assim, a preclusão não incidirá apenas nos casos em que a lei explicitamente autoriza o reconhecimento do vício *ex officio*, a qualquer tempo (art. 485, IV, V, VI e IX c/c § 3º do art. 485 e art. 337, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII c/c § 5º do art. 485), mas também nos casos em que a legislação não estabelece o *dies ad quem* para a prática do ato pelo magistrado, uma vez que os juízes não estão sujeitos à incidência da preclusão temporal³⁹⁹.

³⁹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 159.

³⁹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158.

³⁹⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135 e ss.; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69.

³⁹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67-71; BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 82.

Salvo os casos de incompetência relativa^{400,401} (art. 65 c/c art. 485, § 5º) ou de convenção de arbitragem (§ 3º do art. 485), todos os requisitos processuais, sejam eles de natureza formal (forma em sentido estrito, tempo e lugar) ou de fundo (v. g., ausência de capacidade processual de algum dos litigantes), estão compreendidos nos “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (art. 485, IV) e devem ser reconhecidos pelo juiz de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição⁴⁰².

Por essas razões, embora o Código de Processo Civil não estabeleça a cominação da nulidade do vício de intimação (art. 269, *caput*), por exemplo, o juiz tem o poder-dever de decretá-la, mesmo sem provocação da parte e a qualquer tempo, pois representa um pressuposto para o desenvolvimento válido do processo (art. 485, IV). Da mesma forma, podem (e devem) ser objeto de análise *ex officio* o vício de representação (art. 76), os casos de litisconsórcio necessário (art. 115, parágrafo único) e a hipótese de morte do procurador das partes (art. 313, § 3º)⁴⁰³.

Na verdade, o Código de Processo Civil prevê uma cláusula geral para sanabilidade de vícios processuais, nos arts. 9º, 10, 139, IX e 317, a partir da qual, ao se deparar com um vício processual, o juiz proporcionará à parte a oportunidade de saná-lo, na busca pela preservação dos atos processuais⁴⁰⁴.

Contudo, haverá situações em que, diante da omissão das partes, o juiz também se manterá silente quanto ao vício processual. De acordo com Marcelo Mazzola, esse silêncio do juiz pode ser categorizado em três tipos: inércia, omissão *stricto sensu* e a inobservância⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

⁴⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: quinta série. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 109-124.

⁴⁰² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68; BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83.

⁴⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: quinta série. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 147-158; BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83.

⁴⁰⁴ BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 149-150.

⁴⁰⁵ MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão stricto sensu e inobservância) e seus mecanismos de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 74.

A inércia se caracteriza por uma completa inatividade, um não agir, cuja configuração requer análise da complexidade e da natureza do ato não realizado, a existência de prazo para a sua realização, a duração da inatividade, e outros fatores. Dessa forma, a inércia não é passível de constatação apriorística. Mazzola exemplifica a inércia processual pelo juiz: a recusa injustificada em analisar tutela provisória; não expedição de mandado de levantamento após o trânsito em julgado; abstenção quanto à remessa dos autos para o tribunal para processamento do recurso de apelação; retenção dos autos para inviabilizar o julgamento de incidente de suspeição ou impedimento *etc*⁴⁰⁶.

Ainda segundo Marcelo Mazzola, a omissão *stricto sensu* ocorre quando o conteúdo decisório está aquém do que deveria ter sido decidido. Isso se evidencia nos casos de sentença *citra petita* (arts. 141 e 492), nas hipóteses de ausência de fundamentação da decisão (art. 489, § 1º), ou quando o juiz deixa de se manifestar acerca de questão que deveria se pronunciar de ofício⁴⁰⁷.

Por fim, a inobservância está relacionada ao descumprimento de uma norma processual cogente ligada ao procedimento. Por exemplo, quando o juiz acolhe a alegação de incompetência absoluta e, ao invés de determinar a remessa dos autos para o juízo competente (art. 64, § 3º), extingue o processo sem resolução de mérito. Isso configura um caso de inobservância. Da mesma forma, quando se reconhece a deserção do recurso sem intimar previamente o recorrente para efetuar o recolhimento em dobro (art. 1.007, § 4º), ocorre outro exemplo de inobservância⁴⁰⁸.

Portanto, quando o julgador deixar de decidir acerca de um vício processual cognoscível de ofício e a qualquer tempo, estará caracterizada a omissão *stricto sensu* ou omissão indireta. No entanto, esse silêncio não o exime do exercício de seu poder-dever de reconhecer e pronunciar a invalidade, nem faz incidir sobre ele a preclusão, dada a necessidade de garantir a regularidade formal do processo, a despeito da conduta omissiva adotada por ele inicialmente. Assim, não se aplica a preclusão nem ao juiz nem às partes em relação a questões que possam ser suscitadas de ofício e conhecidas a qualquer tempo.

⁴⁰⁶ MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão stricto sensu e inobservância) e seus mecanismos de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 75.

⁴⁰⁷ MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão stricto sensu e inobservância) e seus mecanismos de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 77.

⁴⁰⁸ MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão stricto sensu e inobservância) e seus mecanismos de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 81-82.

3.4 A estabilidade da decisão declaratória de saneamento e organização do processo e as invalidades processuais

A análise sistemática do Código de Processo Civil revela que o juiz desempenha o papel de saneamento do processo desde o momento em que recebe a petição inicial (arts. 319, § 1º, 321, *caput*) e a defesa (art. 352), até o desfecho do processo (arts. 352 e 932, parágrafo único)⁴⁰⁹. No entanto, a legislação processual civil estabelece um momento em que essa atividade de saneamento será mais intensa⁴¹⁰, especificamente na fase de saneamento e organização do processo, prevista no art. 357.

Nessa fase processual, o juiz: realizará o controle de invalidades e a análise a respeito da necessidade de produção de outras provas além das documentais apresentadas pelas partes na petição inicial e na contestação; e, caso entenda por essa necessidade, deverá organizar a forma de produção dessas provas (delimitando as questões de fato sobre as quais recairá atividade probatória, definindo a distribuição do ônus da prova, delimitando as questões de direito relevantes para a resolução do mérito), mediante eventual designação de audiência de instrução e julgamento. Ao final da fase de saneamento, o juiz proferirá decisão declaratória de saneamento⁴¹¹.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, o saneamento e a organização do processo⁴¹² apresentam duas dimensões distintas. A primeira é retrospectiva, destinada a verificar vícios capazes de impedir a decisão de mérito (art. 357, I). A segunda

⁴⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, vol. 86, p. 76-111, abr./jun. 1997.

⁴¹⁰ BUFULIN, Augusto Passamani; ARAÚJO, Caio Souto. Julgamento conforme o estado do processo no Código de Processo Civil de 2015 — parte 2: saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 327, p. 43-63, mai. 2023.

⁴¹¹ Heitor Vitor Mendonça Sica explica as razões pelas quais se deve utilizar “decisão declaratória de saneamento” e não “despacho saneador”: “Apegada às tradições lusitanas, o art. 331 do CPC/1973 em sua redação original, tratava do “despacho saneador”. A denominação era imprópria por três razões: (a) o provimento tinha conteúdo decisório (e, portanto, não poderia ser catalogado como mero despacho); (b) a decisão não saneava o processo, mas apenas declarava que os vícios que existiam já haviam sido sanados; (c) não se limitava a dispor sobre vícios, mas sim deferia as provas a serem produzidas” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo*. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016); GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 594.

⁴¹² Que para eles deveria ser chamada apenas de organização (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 90 [livro digital]).

dimensão é prospectiva, onde prepondera a atividade de organização do processo, que tem por objetivo preparar o processo para a decisão meritória⁴¹³.

Para os propósitos desta pesquisa, o foco está na relação entre a estabilidade da decisão declaratória de saneamento e organização do processo e a função de controle de invalidades processuais inerente a ela (arts. 357, I e § 1º). Essa relação indica que o exercício da função de controle de invalidades, apesar de sugerir um viés retrospectivo para a decisão de saneamento, acarreta efeitos para o prosseguimento do processo devido à carga preclusiva que ela carrega consigo.

Conforme estabelecido pelo § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil, a decisão de saneamento e organização se torna estável caso as partes não venham a solicitar esclarecimentos ou ajustes, no prazo de cinco dias após a publicação da decisão. Dessa formulação normativa, há que se esclarecer: (i) a dimensão da “estabilidade” a que se refere o § 1º do art. 357; e (ii) se as matérias relativas à regularidade formal do processo já decididas podem ser reapreciadas ou estão sujeitas à preclusão.

Galeno Lacerda defendia a inexistência de preclusão em relação às questões alheias à disponibilidade das partes, desde que a decisão não pusesse fim ao processo, esgotando a jurisdição. Para Lacerda, estariam incluídas nessa esfera de indisponibilidade as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades absolutas ou relativas. Nessas circunstâncias, não haveria que se conceber a existência de “decisão implícita”. De outro lado, se a matéria envolvesse apenas os interesses das partes, a decisão saneadora teria eficácia preclusiva tanto para o que foi decidido quanto para as questões não decididas explicitamente⁴¹⁴.

Em sentido semelhante, José Rogério Cruz e Tucci afirma que “se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa”⁴¹⁵. Portanto, para o autor, a preclusão

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 90 [livro digital]. BUFULIN, Augusto Passamani; ARAÚJO, Caio Souto. Julgamento conforme o estado do processo no Código de Processo Civil de 2015 — parte 2: saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 327, p. 43-63, mai. 2023.

⁴¹⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 156-177.

⁴¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 285.

durante o curso do processo está intrinsecamente relacionada à disponibilidade da parte em relação à matéria a ser (re)decidida. Caso se trate de matéria indisponível, a ausência de recurso pela parte não obstará o reexame pelo juiz. Por outro lado, se for matéria disponível, a ausência de impugnação implicará em concordância tácita, recaindo o efeito preclusivo para as partes, mas também para o juiz⁴¹⁶.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o “despacho saneador” acarreta a preclusão das questões decididas pelo juiz, quer seja de ofício ou a partir de requerimento das partes, assim como das questões não decididas, desde que tenham sido suscitadas no processo, sejam passíveis de serem suscitadas ou apreciadas *ex officio*, e cuja solução seria cabível no “despacho saneador”. Nesses casos, não se trataria de “decisões implícitas”, mas sim da impossibilidade de apreciação posterior. As exceções seriam as matérias que pudessem ser resolvidas em momento processual posterior, *v.g.*, a incompetência absoluta ou alguma invalidade que a parte prove não ter alegado anteriormente por justo impedimento⁴¹⁷.

De acordo com a compreensão de Eduardo Talamini, as questões relacionadas aos pressupostos processuais, às condições da ação e às nulidades absolutas, mesmo que tenham sido expressamente examinadas pelo juiz durante o saneamento, podem ser decididas novamente, inclusive na mesma instância. Por isso, não haveria preclusão sobre essas matérias. Por outro lado, as questões decididas que dizem respeito aos interesses das partes estariam sujeitas à preclusão se não forem objeto de recurso. No entanto, se essas questões não forem decididas, poderão ser analisadas posteriormente, independentemente de recurso⁴¹⁸.

Apesar de amplamente debatida pela literatura jurídica desde — pelo menos — a década de 1980, a questão ainda merece reflexões.

Na busca pela efetiva prestação da tutela jurisdicional, o processo se utiliza do sistema de preclusões para racionalizar a marcha processual e as atividades do juiz e das partes. Estabelecer

⁴¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 275-290.

⁴¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1593-1617 [livro digital].

⁴¹⁸ TALAMINI, Eduardo. Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, vol. 86, p. 76-111, abr./jun. 1997. Ver também: SOUZA, Gerson Amaro de. Do saneamento do processo. *Revista dos Tribunais*, vol. 679, p. 36-45, mai. 1992. Mais recentemente: LIBARDONI, Carolina Uzeda. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 289, p. 167-188, mar. 2019.

uma fase destinada à realização do saneamento e organização do processo, cujo propósito é solucionar questões processuais pendentes e preparar o processo para as próximas etapas, parece uma escolha legislativa apropriada⁴¹⁹. No entanto, a decisão declaratória de saneamento não pode ensejar a preclusão de todas as questões, pois isso poderia comprometer o exercício do poder-dever geral do juiz de assegurar a regularidade formal do processo. Ao mesmo tempo, também não pode estar desprovida de uma carga preclusiva significativa, sob o risco de comprometer a sequência do processo em direção à decisão de mérito, sem prejuízo da celeridade, da eficiência e da economia processual.

Entende-se que a eficácia preclusiva derivada do § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil não recai sobre matérias não alegadas e não apreciadas pela decisão declaratória de saneamento. Isso porque não se admite a possibilidade de “decisão implícita” sobre vícios não examinados, uma vez que tal decisão seria considerada nula pela ausência de fundamentação. Portanto, questões relativas a vícios cognoscíveis *ex officio*, poderiam ser reconhecidas a qualquer tempo (arts. 337, § 5º e 485, § 3º), mesmo que não apreciadas na fase de saneamento do processo⁴²⁰.

É possível que, ao declarar que o processo está saneado, o juiz reconheça expressamente vícios que comprometem a regularidade formal do processo. Nesse cenário, a preclusão incidirá sobre as matérias efetivamente decididas, caso não haja pedido de esclarecimentos ou interposição do recurso cabível⁴²¹.

No entanto, esse efeito não é absoluto, mesmo nos casos em que o juiz decidir acerca da matéria atinente à regularidade formal⁴²². Quando se trata de questão processual passível de ação rescisória (art. 966), nem mesmo a coisa julgada material (art. 502) impediria a rediscussão da matéria. Logo, o juiz de primeira instância também não estaria impedido de decidir novamente a matéria em momento posterior à prolação da declaratória de saneamento. Além disso, não

⁴¹⁹ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 586.

⁴²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

⁴²¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

⁴²² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016; GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 599.

estão preclusas as questões que, por lei, podem ser alegadas supervenientemente (arts. 342, I e 493)⁴²³.

Heitor Vitor Mendonça Sica cita como exemplo a situação em que o juiz profere decisão declaratória de saneamento, na qual rejeita a alegação de incompetência absoluta e acolhe a preliminar de incorreção do valor da causa. A primeira matéria poderá ser revista a qualquer tempo e de ofício, uma vez que não restará preclusa com a coisa julgada material (art. 966, II). Já a segunda matéria somente poderá ser revisitada se for alegada em preliminar de apelação ou nas contrarrazões do recurso (art. 1.009, § 1º), sob o risco de preclusão até mesmo para o tribunal⁴²⁴.

Essa possibilidade de decidir novamente matérias já analisadas na fase de saneamento do processo não viola o disposto no *caput* do art. 505 do Código de Processo Civil. Isso porque essa formulação normativa que impede o juiz de decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide diz respeito apenas às questões de direito material e não a questões processuais. Até por isso está localizada na seção da coisa julgada na legislação processual civil⁴²⁵.

Esse foi o posicionamento adotado por Galeno Lacerda quando analisou o art. 289 do Código de Processo Civil de 1939, que corresponde ao art. 471 no CPC/73 e ao art. 505 no CPC/15, “indiscutivelmente, o que se veda no art. 289 é o duplo julgamento da questão relativa ao mérito do pedido, ressalvadas as exceções que menciona”. Além disso, o autor destaca com acerto que esse dispositivo — assim como o correspondente a ele no CPC/15 — se utiliza do sintagma “lide”, justamente para indicar que se refere ao conflito material de interesses, qualificados pelos pedidos contraditórios das partes^{426,427}.

⁴²³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

⁴²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

⁴²⁵ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 585 e 597.

⁴²⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 165-166. Ver também: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 485 ao 538*. Vol. VIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 220.

⁴²⁷ O Superior Tribunal de Justiça vem adotando posicionamento divergente: “1. Conforme destacado no julgado singular, as matérias de ordem pública estão sujeitas à preclusão *pro judicato*, razão pela qual não podem ser revisitadas se já foram objeto de anterior manifestação jurisdicional” (AgInt no REsp nº 1.756.189/SP, relator

Portanto, é possível afirmar que as seguintes matérias estão isentas da eficácia preclusiva estabelecida pelo § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil: as questões não decididas na fase de saneamento, sobre as quais o juiz tem o poder-dever de se manifestar de ofício; as questões tratadas na decisão declaratória de saneamento, mas que podem ser impugnadas por meio de ação rescisória (art. 966); e as questões que, por disposição legal, podem ser revistas posteriormente, como é o caso dos arts. 342, I e 493⁴²⁸.

3.5 A insubsistência da tese das “nulidades de algibeira”

O Superior Tribunal de Justiça, a partir do Recurso Especial nº 756.885/RJ, julgado em 14 de agosto de 2007, passou a aplicar a tese da “nulidade de algibeira”⁴²⁹. No primeiro julgado em que a tese foi utilizada com essa denominação, uma das partes era representada por sua assessoria jurídica interna, que sempre observava e cumpria as intimações feitas em nome da pessoa jurídica representada, independentemente do nome do advogado que constasse na intimação. Posteriormente, a parte passou a ser representada por um outro escritório de advocacia e, em algumas ocasiões, as intimações foram feitas em nome de um estagiário, mas, mesmo assim, continuaram sendo cumpridas. Entretanto a intimação que dava ciência à parte de um laudo pericial manifestamente contrário aos interesses dela, não foi atendida. A parte, a princípio, não alegou a nulidade. Essa alegação surgiu apenas em embargos de declaração contra a sentença que julgou o processo de liquidação de sentença. A Terceira Turma não reconheceu a nulidade, pois entendeu que a parte havia guardado essa alegação para empregá-la em momento processual mais conveniente.

A partir de então, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que a boa-fé processual (art. 5º), associada à cooperação (art. 6º), seria capaz de impedir a alegação das partes e o reconhecimento pelo juiz de certas invalidades, ainda que existam invalidades cognoscíveis *ex officio* e alegáveis a qualquer tempo. Isso significa que poderia haver a preclusão da alegação ou do reconhecimento de um vício, como a incompetência absoluta, caso

Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 08/06/2020); “2. As questões de ordem pública, a exemplo da legitimidade de parte para figurar no polo passivo da demanda, não estão sujeitas à preclusão e podem ser apreciadas a qualquer tempo, inclusive de ofício, desde que não tenham sido decididas anteriormente” (AgInt no REsp nº 1.733.365/TO, relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2020).

⁴²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

⁴²⁹ REsp nº 756.885/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/8/2007.

não seja arguido em momento processual oportuno, apesar da previsão do parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil.

A “nulidade de algibeira” não representa, portanto, uma espécie de invalidade ou de vício processual, mas uma estratégia da parte de omitir a alegação do vício no primeiro momento e retirar a alegação do “bolso” em momento posterior. “Algibeira” advém da palavra árabe “*al-jibārâ*” (“الجيب”), que representa um pequeno saco de couro com vários bolsos, usados por cavaleiros islâmicos e integrado a roupa, geralmente cosido pelo lado de dentro da vestimenta⁴³⁰. Ou seja, para o Superior Tribunal de Justiça, a parte “esconde a nulidade” e depois a retira do “bolso escondido” para surpreender seu adversário, com o objetivo de obter alguma vantagem no curso do processo.

Mesmo sem mencionar expressamente, ao propor a tese, o Superior Tribunal de Justiça parece ampliar a aplicação da preclusão lógica ou criar uma espécie de preclusão pela (ausência de) boa-fé.

A relação entre a preclusão e as nulidades processuais é estabelecida pelo *caput* do art. 278 do Código de Processo Civil, que atribui às partes o ônus de alegar a invalidade na primeira oportunidade que tiverem para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão. O parágrafo único do art. 278 excepciona a regra prevista no *caput* e afasta a preclusão nas hipóteses em que o juiz deve reconhecer o vício de ofício. Ou seja, a nulidade se refere ao ato viciado e a preclusão ao momento em que a invalidade deverá ser arguida⁴³¹, podendo impedir a pronúncia da invalidade.

É necessário saber, portanto, quais seriam os vícios passíveis de conhecimento somente por provocação da parte — e, por isso, sujeitos à preclusão — e quais seriam os vícios que podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz, em relação aos quais não há prazo para alegação.

⁴³⁰ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; COUTINHO, Patricia Ribeiro; FREIRE, Deborah Azevedo. A “nulidade de algibeira” e a sua alegação pela parte a quem beneficia: estratégia processual abusiva e lesiva da boa-fé processual e do contraditório substancial. In: PINHEIRO, Guilherme César; BATISTA, Sílvio de Sá (Orgs.). *Direito Processual Civil: perspectivas teóricas e contribuições práticas*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2022, p. 24.

⁴³¹ BARBOSA, Antônio Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 132.

O Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de conhecimento de ofício das seguintes matérias: a inexistência ou nulidade da citação, a incompetência absoluta, a incorreção do valor da causa, a inépcia da petição inicial, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a conexão, a incapacidade da parte, o defeito de representação ou a falta de autorização, a ausência de legitimidade ou de interesse processual, a falta de caução ou de prestação que a lei exige como preliminar e a indevida concessão do benefício da gratuidade da justiça, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a morte da parte (arts. 337, § 5º e 485, § 3º) e a validade dos negócios jurídicos processuais (art. 190, parágrafo único).

Entretanto, conforme premissa adotada por esta pesquisa, a regra geral extraída do Código de Processo Civil é a cognoscibilidade de ofício dos vícios processuais, dada a natureza do Direito Processual enquanto instrumento por meio do qual o Estado presta uma função essencial aos jurisdicionados. Logo, nas situações em que o Código de Processo Civil não prevê expressamente a possibilidade de reconhecimento *ex officio* do vício processual, a preclusão, via de regra, não incidirá. Isso ocorre, por exemplo, com o vício de intimação. Embora o Código não estabeleça textualmente a possibilidade de reconhecimento de ofício desse vício, o juiz poderá fazê-lo a qualquer tempo. Considere-se a título de exemplo a hipótese em que há uma audiência de conciliação agendada, porém o réu não foi citado com a devida antecedência para o ato (art. 334). Parece evidente que o juiz poderá suspender a realização da audiência para regularizar a comunicação do réu.

Ou seja, o Código de Processo Civil estabelece como regra a não incidência da preclusão sobre a alegação ou reconhecimento dos vícios processuais. Ainda assim, o Superior Tribunal de Justiça e parte da literatura jurídica defendem a incidência da preclusão nos casos de vícios cognoscíveis de ofício, em razão da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º).

A boa-fé processual incide sobre os atos jurídicos, tenham sido eles praticados pelas partes ou pelo juiz. Essa incidência da boa-fé sobre o regime preclusivo fica evidente quando se trata da preclusão lógica, verificada quando a parte adota um comportamento processual incompatível com outra conduta anteriormente adotada, de modo que, ao assumir uma primeira conduta, a parte desiste de adotar postura contrária a ela⁴³². Em última análise, a preclusão lógica é um

⁴³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

fenômeno processual destinado a tutelar as legítimas expectativas criadas ao longo do processo, a partir dos comportamentos adotados pelos sujeitos parciais e imparciais.

A aplicação da tese das “nulidades de algibeira” decorre de situações em que as partes ou o juiz adotam condutas omissivas diante de um vício processual. Nesse contexto, busca-se entender se a omissão na alegação ou no reconhecimento de vícios processuais cognoscíveis *ex officio* seria capaz de criar expectativas legítimas no sentido de que a invalidade não mais seria arguida ou reconhecida.

Antonio do Passo Cabral defende a incidência da preclusão sobre qualquer espécie de vício, em razão dos deveres anexos criados pela boa-fé processual, que visam à tutela das expectativas legítimas criadas na contraparte e no juiz pelos comportamentos dos litigantes. Sustenta que figuras como o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *supressio*, o *tu quoque* e outros deveres derivados da boa-fé são aplicáveis ao processo e, por isso, determinados atos não deveriam ser invalidados em função da incidência de preclusões lógicas⁴³³.

Cabral ainda afirma que, sob a sistemática do Código de Processo Civil, não se pode tolerar que a parte se omita por anos e, nas instâncias recursais, alegue a existência de vícios de ordem pública, uma vez que essa postura seria antiooperativa e contrária à boa-fé processual, além de implicar na incidência da preclusão lógica⁴³⁴. Na realidade, Cabral, apesar de não externar isso, defende a existência apenas de — sob a classificação tradicional das invalidades — nulidades relativas, pois todos os vícios estão sujeitos à preclusão.

Leonardo Carneiro da Cunha também defende a preclusão para todas as espécies de vício, em decorrência da aplicação da cooperação, da boa-fé e do contraditório, princípios que exigem que as partes atuem com lealdade e aleguem, desde logo, os vícios que entendem existir no processo⁴³⁵.

⁴³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335-341; e CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

⁴³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335-341; e CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

⁴³⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. Vol. III. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 292-293.

Da mesma forma, Alexandre Freitas Câmara entende pela viabilidade da aplicação da tese das “nulidades de algibeira”, com fundamento na boa-fé objetiva, mais especificamente em razão da ocorrência de *supressio*. Para Câmara, o parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de modo que “a nulidade pode ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo, desde que isso seja conforme a boa-fé”⁴³⁶.

Essa tese, contudo, não se sustenta, por diversas razões.

Quando o Código de Processo Civil prescreve expressamente vícios a serem reconhecidos de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, recai sobre ele o poder-dever de decretar essas invalidades, ainda que sejam verificadas tardiamente. Somado a isso, mesmo nos casos em que não há previsão expressa, identificou-se um poder-dever geral do magistrado de preservar a regularidade formal do processo. Não cabe ao juiz exercer um juízo de conveniência acerca da aplicação ou não da norma prevista no parágrafo único do art. 278. Logo, verificada a existência do poder-dever do juiz de reconhecer vícios *ex officio*, estará resguardada às partes a possibilidade de suscitá-los, mesmo que não o tenham feito na primeira oportunidade que tiveram para se manifestar nos autos.

Ou seja, o juiz somente estaria impedido de reconhecer a invalidade cognoscível *ex officio* caso já tivesse proferido ato decisório a respeito da matéria, ressalvadas as matérias em que o juiz poderia decidir novamente a respeito (matérias que ensejam ação rescisória, por exemplo). Por sua vez, as partes apenas estariam impedidas de suscitar a invalidade se incidisse sobre as condutas adotadas por elas a preclusão lógica, caracterizada somente em caso de violação aos deveres anexos à boa-fé processual. Como se trata de um comportamento omissivo, poder-se-ia cogitar — como feito por Antonio do Passo Cabral — a incidência da *supressio*, cujos pressupostos para o reconhecimento são:

- 1) a existência de uma posição jurídica subjetiva reconhecida e exercitável ou razoável convicção de haver dita posição;
- 2) abstenção ostensiva do exercício, capaz de criar a confiança legítima na outra parte;
- 3) confiança legítima, balizada pela análise do decurso do tempo e da ocorrência de atos inspiradores de confiança; e
- 4) exercício contraditório à confiança investida.

⁴³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da boa-fé no processo civil e as “nulidades de algibeira”. *Revista Jurídica*, n. 16, p. 5-64, jul. 2017.

A expectativa criada por um sujeito processual de que uma invalidade não seria alegada ou reconhecida, não merece tutela quando o ordenamento jurídico processual permite sua arguição ou reconhecimento a qualquer tempo. Qualquer expectativa criada nesse sentido é ilegítima, pois *contra legem*, de modo que não se verifica a incidência da *supressio*⁴³⁷.

Quando se trata da *Verwirkung*, o tempo passa a ser elemento chave para sua verificação, exatamente pelo fato de a legislação não definir qual seria o período necessário a ensejar o reconhecimento da *supressio*. Afinal, quanto tempo haveria de passar para que se pudesse afirmar que o lapso temporal foi capaz de criar expectativas legítimas na contraparte? A cláusula geral da boa-fé processual não é capaz de tornar a omissão da parte em relação a uma posição jurídica ativa um comportamento ilícito, pois serão ilícitos apenas comportamentos que resultam no descumprimento de um dever.

Quando o Código de Processo Civil permite que um comportamento seja adotado, não há que se falar em ilicitude. Aliás, se se entender que a parte maliciosamente não alegou a nulidade para prejudicar o deslinde do processo, ela poderá ser punida a partir das hipóteses de litigância de má-fé, de acordo com a previsão dos arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil. Não se cogita, contudo, deixar de reconhecer a invalidade, até mesmo em razão do interesse público que justifica a previsão da regra prevista no parágrafo único do art. 278⁴³⁸.

Além disso, no âmbito do Direito Civil, a proteção à boa-fé, no sentido de preservar a segurança jurídica das relações privadas e as legítimas expectativas, objetiva proteger as partes das variadas condutas que podem ser adotadas no cumprimento das obrigações, em razão da liberdade inerente às relações civis. Por outro lado, no Direito Processual Civil, a despeito da liberdade das formas (art. 188), o Código de Processo Civil prevê formas e formalidades a serem seguidas a todo tempo, além de prescrever invalidades que devem ser reconhecidas de ofício e a qualquer tempo. Ou seja, antes mesmo da formação da relação jurídica processual, as partes sabem de antemão quais são os vícios a respeito dos quais não se pode criar qualquer expectativa quanto à não alegação da invalidade.

⁴³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

⁴³⁸ Para Eduardo Scarparo: “nas nulidades associadas a um prejuízo público, há dever incondicional de decretação pelo magistrado” (SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 225).

A aplicação da tese das “nulidades de algibeira”, portanto, torna ilícito um comportamento que é pautado na lei e alarga a preclusão com o objetivo de punir a parte que se omitiu em alegar a nulidade — cognoscível de ofício e alegável a qualquer tempo — na primeira oportunidade que teve de se manifestar nos autos.

Em outras palavras, a aplicação da tese atribui à preclusão, fenômeno jurídico destinado a garantir segurança ao processo, uma carga de insegurança. Isso porque, ao mesmo tempo em que se verifica a conduta adotada por aquele que alegou a invalidade tardiamente de forma objetiva — se o comportamento é ou não contraditório e se viola os deveres anexos à boa-fé processual — analisa-se, a partir de aspectos subjetivos, se a outra parte criou expectativas que fossem legítimas e, portanto, passíveis de serem tuteladas pelo ordenamento jurídico, mesmo que essa expectativa tenha sido baseada no descumprimento da lei pela contraparte e pelo juiz⁴³⁹.

Não se verifica, tampouco, a violação de outros deveres anexos à boa-fé processual, tais como o *venire contra factum proprium*, o *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* ou o *tu quoque*, conforme assentado no Capítulo 2.

Heitor Vitor Mendonça Sica parece ter razão quando afirma que impedir a alegação tardia de invalidades processuais cognoscíveis de ofício seria, em última análise, fazer prevalecer um ambiente antiooperativo no processo, uma vez que “restaria sancionado *apenas* aquele que teria interesse em alegar determinada matéria tardiamente, ignorando completamente a omissão da parte contrária em fazê-lo ou a inércia do juiz em conhecê-la *ex officio* (quando expressamente autorizado a tanto)”⁴⁴⁰.

Para ilustrar a atecnia da aplicação da tese, Sica cita o seguinte exemplo: imagine que o autor descumpra com as regras de atribuição de competência e ajuíze uma demanda perante o juízo absolutamente incompetente. O réu não alegou a incompetência em preliminar de contestação, tampouco o juiz reconheceu o vício em um primeiro momento. De acordo com a tese das

⁴³⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

⁴⁴⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

“nulidades de algibeira”, haveria a preclusão em relação à arguição ou ao reconhecimento do vício, de modo que o réu não mais poderia suscitá-lo. Ora, o autor descumpriu com as regras de competência, bem como o juiz não cumpriu o poder-dever atribuído a ele, mas somente o réu seria punido, ainda que a conduta dele possua respaldo legal⁴⁴¹. Não se pode admitir essa desigualdade de tratamento entre os sujeitos processuais.

Além disso, ao aplicar as “nulidades de algibeira”, o Superior Tribunal de Justiça parece alargar a ideia de primazia do julgamento de mérito (art. 4º do Código de Processo Civil), ideia segundo a qual a partes possuem o direito à solução integral do *meritum causae*, em detrimento do reconhecimento de nulidades processuais ou de outros fatores que obstaculizem o resultado normal do processo⁴⁴². Essa ideia está associada ao conceito de economia processual, evitando-se o desperdício de tempo e de recursos públicos⁴⁴³.

Não há dúvidas quanto à natureza excepcional da decisão sem julgamento de mérito, uma vez que a aspiração final do exercício da atividade jurisdicional deverá ser a solução da controvérsia trazida ao Poder Judiciário⁴⁴⁴. Entretanto, a tese das “nulidades de algibeira” parece privilegiar uma posição no sentido de que o mérito deve ser julgado quase que a qualquer custo, sem preocupações com as formalidades processuais.

O Direito Processual Civil, enquanto instrumento do Direito Público para a realização do direito material, não pode preterir as formalidades, tal qual as “nulidades de algibeira” sugerem. É como se a tese das “nulidades de algibeira” fosse um instrumento para a aplicação da primazia do julgamento de mérito. Contudo, esta deve ser aplicada em convergência com a instrumentalidade das formas, de modo que a decisão de mérito somente impedirá a decretação de um vício processual, nas hipóteses em que não se verificar a ocorrência de prejuízo para alguma das partes ou para o próprio desempenho da função jurisdicional.

⁴⁴¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

⁴⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, vol. 18, n. 70, p. 42-50, set./out. 2015. Ver também: ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. Sanear para julgar. O princípio da primazia do julgamento de mérito sob a ótica do gerenciamento do processo no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 314, p. 89-115, abr. 2021.

⁴⁴³ BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento de mérito. *Revista da Faculdade de Direito Da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 8-11, p. 148-158, 1971; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁴⁴⁴ MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. O princípio da primazia da decisão de mérito no novo CPC como instrumento de efetividade da jurisdição. *Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 21, n. 2, p. 411-441, mai./ago. 2016.

3.6 A boa-fé no Direito Administrativo e a sua relação com a tese das “nulidades de algibeira”

O Direito Processual Civil constitui um ramo do Direito Público, onde os juízes desempenham o papel de representantes do Estado responsáveis por exercer uma função pública, que envolve os agentes do litígio e a necessidade de observância da correta aplicação da ordem jurídica⁴⁴⁵.

Em outras palavras, os magistrados são agentes estatais investidos de jurisdição que recebem do ordenamento jurídico poderes apropriados ao exercício de suas funções.

Neste ponto, ao traçar um paralelo entre o Direito Processual Civil e o Direito Administrativo, esta pesquisa pretende esclarecer se o juiz, enquanto representante do Estado, estaria suscetível à perda do poder-dever de invalidar atos processuais eivados de vícios, caso não tenha inicialmente exercido o juízo de invalidação. A resposta a essa indagação passa pela análise da tutela da segurança jurídica no juízo de invalidação dos atos estatais, em compasso com a tutela da confiança.

Para Humberto Ávila, a segurança jurídica pode ser um fato, na medida em que for empregada para realizar “um juízo de fato a respeito daquilo que se julga existir no plano da realidade”. Ou seja, quando a segurança jurídica é utilizada para dizer se aquela realidade a que se refere existe ou não⁴⁴⁶.

A segurança jurídica também pode ser um valor, ao expressar um estado desejável, algo que merece ser buscado, em razão de um juízo axiológico relacionado ao que se considera benéfico dentro de um sistema de valores específicos⁴⁴⁷.

Pode ser, ainda, uma norma-princípio, quando denotar uma prescrição imperativa, pela qual se determina um estado de coisas a ser alcançado⁴⁴⁸. Esta pesquisa adotará o viés da segurança

⁴⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processual Civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 84-85. Ver também: CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 5, pt. 1, p. 23-51, 1950; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

⁴⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 126.

⁴⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 126.

⁴⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 126-127.

jurídica como norma-princípio, que, segundo Humberto Ávila é uma “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”⁴⁴⁹.

A cognoscibilidade está relacionada à ideia de que não é possível garantir o exercício da liberdade pelas pessoas sem que elas conheçam plenamente as normas jurídicas que preveem as consequências de seus atos⁴⁵⁰. A legislação, contudo, não é suficiente para garantir o grau de cognoscibilidade desejado pelo ordenamento jurídico, pois existem regras difusas, de difícil compreensão e que, por isso, não trazem segurança jurídica ao sistema⁴⁵¹. É por essa razão que as decisões — sejam elas proferidas em âmbito administrativo ou judicial — devem buscar incrementar “a cognoscibilidade ao ambiente normativo, ao reduzir por meio da interpretação a complexidade jurídica que decorre da equivocidade dos textos legais”⁴⁵².

A estabilidade e a durabilidade do ordenamento jurídico são fundamentais para assegurar o segundo elemento estruturante da segurança jurídica: a confiabilidade. Para Humberto Ávila, o sistema jurídico deve manter uma estabilidade mínima, ser duradouro, contínuo e permanente. Caso contrário, os cidadãos não compreenderão suficientemente qual norma devem seguir em virtude das mudanças frequentes do sistema jurídico. Essas alterações constantes ainda acabariam por desestimular o cumprimento das normas, já que as pessoas não saberão quais delas continuam vigentes⁴⁵³.

A calculabilidade também é elemento estruturante da segurança jurídica, na medida em que representa a “capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissos, próprios ou alheios, de modo que a

⁴⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 130.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 118.

⁴⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 268-269. Ver também: PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada* (arts. 525, §15 e 535, § 8º do CPC/2015). Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2023, p. 17-21.

⁴⁵² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 120.

⁴⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 368. Ver também: PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada* (arts. 525, §15 e 535, § 8º do CPC/2015). Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2023, p. 17-21.

consequência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente”⁴⁵⁴. Ou seja, será a partir da calculabilidade que o indivíduo poderá antever o futuro a partir do sistema jurídico que se apresenta a ele no presente.

Diante desse cenário, tem-se que a segurança jurídica possui a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade como pilares estruturantes. Assim, a partir de atividades interpretativas, o sujeito: poderá ter conhecimento das normas jurídicas (cognoscibilidade); deverá ter a confiança de que as normas jurídicas vigentes serão respeitadas, sabendo que o descumprimento delas importará na aplicação de consequências (confiabilidade); e, por fim, poder antever as possíveis consequências dos atos por ele adotados (calculabilidade)⁴⁵⁵.

O exercício (ou não) do juízo de invalidação, tanto no contexto administrativo quanto no judicial, deve sempre buscar promover a tutela da segurança jurídica.

No âmbito administrativo, Almiro do Couto e Silva entende que a segurança jurídica (art. 2º, *caput* da Lei de nº 9.784/1999⁴⁵⁶) é um conceito que, assim como a boa-fé, apresenta uma acepção objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira abrange os limites à retroatividade dos atos estatais e está relacionada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Já a acepção subjetiva está relacionada à confiança que os sujeitos depositam nos atos praticados pelo Estado⁴⁵⁷. Segundo o autor, a proteção da confiança no direito administrativo está diretamente relacionada à preservação de atos — ou dos efeitos produzidos pelos eles — administrativos, ainda que inválidos⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 635. Ver também: PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade*: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada (arts. 525, §15 e 535, § 8º do CPC/2015). Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2023, p. 17-21.

⁴⁵⁵ PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade*: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada (arts. 525, §15 e 535, § 8º do CPC/2015). Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2023, p. 21.

⁴⁵⁶ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁴⁵⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set., 2004.

⁴⁵⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set., 2004, p. 277.

Gustavo Binlenbojm, por sua vez, assevera que a segurança jurídica é indispensável à estabilidade das relações jurídicas, que será alcançada a partir de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade e limites à atuação estatal, “visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública”⁴⁵⁹.

Para o autor, ordinariamente na esfera administrativa, a segurança jurídica se confunde com a legalidade. O respeito à legalidade levaria, quase sempre à realização da segurança jurídica, uma vez que os indivíduos conhecem — ou pressupõe-se que conhecem — previamente as prescrições legais e, assim, podem antever as consequências de seus atos⁴⁶⁰.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago, a segurança jurídica a ser tutelada nas relações está diretamente atrelada a certeza e previsibilidade do direito. E somente seria possível garantir certeza e previsibilidade nas relações jurídicas se critérios objetivos fossem previamente fornecidos a eles, com clareza das normas jurídicas que incidirão sobre seus comportamentos, bem como sobre a conduta de terceiros⁴⁶¹.

Da análise da literatura jurídica que trata do tema, pode-se extrair que a segurança jurídica no âmbito administrativo é entendida como o equilíbrio entre a legalidade e a proteção à confiança. A previsibilidade e os limites à atuação estatal, necessários à estabilidade das relações jurídicas, serão proporcionados pela observância da legalidade. Contudo, a legalidade não pode prevalecer à revelia da confiança legítima criada pelos indivíduos na atuação da Administração Pública.

Sendo assim, na hipótese de ter praticado atos viciados, como deve proceder a Administração Pública, considerando-se as expectativas que podem ter sido criadas nos particulares? A Administração Pública deve exercer a autotutela e invalidar os atos praticados por ela mediante vício em detrimento da confiança despertada nos particulares?

⁴⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 186-187.

⁴⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 190.

⁴⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 281, p. 117-142, set./dez., 2022, p. 121.

O cerne para as respostas está relacionado ao fato de que Administração Pública é a responsável pela aplicação dos comandos legais e os atos praticados por ela possuem presunção de legitimidade, capaz de despertar uma confiança legítima nos particulares⁴⁶². Assim, eventuais mudanças de posição do Estado, a partir da invalidação posterior de um ato praticado por ele, podem frustrar a confiança criada pelo particular que agiu de boa-fé⁴⁶³.

Para Ingrid Garbuio Mian, a confiança se baseia, essencialmente, na consciência — seja ela correta ou equivocada — relacionada a uma situação jurídica ou de fato. Essa percepção se fundamenta nas expectativas originadas pela presunção de legitimidade dos atos do Poder Público, situando-se, conseqüentemente, “no plano das crenças e expectativas dos administrados”⁴⁶⁴. Por isso, um sujeito que deposita sua confiança em uma conduta legitimamente esperada da Administração Pública está de boa-fé⁴⁶⁵.

Em determinados casos, deve-se aplicar o que Judith Martins Costa denomina de “eficácia negativa do princípio da confiança”, que impõe à administração pública deveres de não fazer, dentre eles o de não invalidar atos ilegais, a depender das circunstâncias⁴⁶⁶.

Para Gustavo Binzenbojm, o aplicador da norma, na figura da Administração Pública ou do Estado-juiz, deverá considerar para aplicar o regime de invalidação do ato: 1) a gravidade da ilegalidade perpetrada; 2) a possibilidade de convalidação do ato em razão de novo ato praticado (sanatória voluntária) ou pelo decurso do prazo decadencial para a anulação do ato (sanatória involuntária); 3) a existência de uma confiança passível de ser considerada legítima; 4) a prática de atos pelo particular baseados na conduta da Administração Pública; 5) o grau de reversibilidade da situação do particular, considerada a legítima confiança criada com base na conduta da Administração Pública⁴⁶⁷.

⁴⁶² SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

⁴⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 192.

⁴⁶⁴ MIAN, Ingrid Garbuio. *A boa-fé no direito administrativo brasileiro*. Vol. 1. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 146.

⁴⁶⁵ MIAN, Ingrid Garbuio. *A boa-fé no direito administrativo brasileiro*. Vol. 1. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 147.

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 1, n. 22, p. 228-258, set. 2017, p. 237.

⁴⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 197-198.

A partir dessa avaliação preliminar, o agente estatal deve adotar diferentes providências em relação aos atos administrativos inválidos⁴⁶⁸:

- 1) atos administrativos não geradores de benefícios aos administrados: deve-se realizar a invalidação, com eficácia *ex tunc*, uma vez que não há prejuízo verificável por confiança legitimamente investida;
- 2) atos administrativos geradores de benefício:
 - a. sendo legalmente possível a convalidação do ato, esta deverá ser realizada, uma vez que privilegia a legalidade e, ao mesmo tempo, preserva a confiança legitimamente depositada;
 - b. se a convalidação do ato não for possível, o agente estatal deve avaliar a gravidade social da ilegalidade em relação à irreversibilidade do ato para o particular que confiou legitimamente na Administração, visando pelo menos a invalidação prospectiva (*ex nunc*) do ato viciado;
 - c. não sendo possível a convalidação, tendo decorrido o prazo quinquenal da decadência para a invalidação (art. 54 da Lei nº 9.784/99) e o administrado esteja de boa-fé, o ato será convalidado em razão da passagem do tempo;
 - d. caso o beneficiário do ato administrativo gerador de benefício tenha atuado com má-fé, sua confiança não possa ser considerada legítima ou na hipótese de o beneficiário não ter sofrido danos, deve-se invalidar retroativamente o ato (*ex tunc*).

Nessa lógica, de acordo com Judith Martins-Costa, indeniza-se o “interesse negativo” ou “interesse da confiança”. Isso significa que nas situações em que o particular adotou determinado comportamento com base na conduta da Administração Pública, deverá ser indenizado (danos emergentes e lucros cessantes), desde que o abalo patrimonial esteja direta e imediatamente relacionado à confiança frustrada⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 198-205.

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 1, n. 22, p. 228-258, set. 2017, p. 249-250.

Ou seja, em se tratando de um ato ilegal não passível de convalidação, a Administração Pública, a princípio, deverá anular o ato praticado por ela, dentro do prazo quinquenal de decadência previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99^{470,471}, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Esse dever de rever seus próprios atos, seja para anulá-los em razão de alguma ilegalidade ou para revogá-los por conveniência ou oportunidade, representa o que se define por autotutela administrativa. Ao anular um ato praticado por ela, a Administração Pública “está a efetuar pronúncia auto-incriminadora”, confessando que atuou em desacordo com a ordem jurídica vigente no momento da prática do ato. Também por isso, o particular que agiu de boa-fé e adotou comportamentos pautados na presunção de legitimidade dos atos praticados pelo Estado não pode ser prejudicado pela anulação posterior e deve ser indenizado⁴⁷².

Extrai-se, portanto, do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da autotutela administrativa, que cria para a administração pública o dever de anular seus atos viciados, impedindo que produzam efeitos. O exercício da autotutela administrativa, no entanto, está sujeito aos limites temporais impostos pela decadência, aplicável às relações públicas ou privadas⁴⁷³. Logo, em razão da necessidade de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, mesmo que a Administração Pública possua o dever de anular seus atos praticados mediante vício, tal dever não poderá ser exercido a qualquer tempo, em função da decadência da autotutela administrativa, conforme prevê o art. 54 da Lei de nº 9.784/1999.

O ato viciado praticado pela Administração Pública, quando não for convalidado, poderá ter o juízo de invalidação impedido pela decadência — a ser aplicada mesmo diante da ilegalidade do ato administrativo — ou em função da necessidade de se proteger a confiança criada de boa-

⁴⁷⁰ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

⁴⁷¹ Nas palavras de Almiro do Couto e Silva: “Atendidos os requisitos estabelecidos na norma, isto é, transcorrido o prazo de cinco anos e inexistindo a comprovada má fé dos destinatários, opera-se, de imediato, a decadência do direito da Administração Pública federal de extirpar do mundo jurídico o ato administrativo por ela exarado, quer pelos seus próprios meios, no exercício da autotutela, quer pela propositura de ação judicial visando a decretação de invalidade daquele ato jurídico” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set. 2004, p. 53).

⁴⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Anulação de ato administrativo e dever de invalidar. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 202, p. 69-73, out./dez. 1995, p. 126.

⁴⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 281, p. 117-142, set./dez., 2022, p. 120.

fé pelos administrados sobre a atuação da Administração Pública, por meio da proteção das expectativas legitimamente criadas⁴⁷⁴.

O Processo Civil, por sua vez, deve ser visto como um instrumento apto a proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados. Partindo-se dessa premissa, no âmbito processual o juiz, enquanto agente representante do Poder Público, também poderia ser impedido de exercer o juízo de invalidação sobre determinados atos processuais, em razão da boa-fé processual? Em outras palavras, em que medida a lógica que permeia o exercício da autotutela administrativa pode ser aplicada ao processo civil?

Pois bem, conforme premissa assentada nesta pesquisa, a atuação dos juízes está atrelada aos poderes-deveres conferidos a eles pelo ordenamento jurídico. Se não houver disposição em contrário que vede o reconhecimento a qualquer tempo de invalidades processuais pelo juiz, ele terá o poder-dever de “realizar *ex officio* o controle da regularidade da observância do formalismo processual, poder esse que não se sujeita à preclusão temporal”⁴⁷⁵.

Isso significa que o juiz não poderá se eximir do controle da regularidade do processo, sendo este um poder-dever que recai sobre ele.

Diversamente ao que é previsto para o âmbito administrativo, em que o art. 54 da Lei nº 9.784/99 prevê o prazo quinquenal da decadência do direito da Administração Pública de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados, o Código de Processo Civil, salvo exceções (v.g., incompetência relativa e correção do valor da causa), não estabelece prazo para o exercício pelo juiz do controle de regularidade do processo. O prazo geral de decadência aplicável aos atos da Administração Pública não afeta a atuação do juiz,

⁴⁷⁴ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set. 2004. Ver também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 281, p. 117-142, set./dez., 2022, p. 121.

⁴⁷⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 285. No mesmo sentido, Galeno Lacerda: “Considerando o caráter público das normas processuais e tendo em vista o poder judicial de direção do processo, pode-se afirmar, em princípio, que verificar a legitimidade da relação processual foge da disposição das partes para pertencer, exclusivamente, à atividade inquisitória do juiz. Com efeito, o órgão judicial deve inspecionar de ofício o processo, para sanear-lo de qualquer vício ou irregularidade” (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 106-107); CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135-137.

uma vez que a decadência impacta diretamente o direito. Quando se menciona o controle de regularidade, está-se aludindo a um poder-dever, distinto da temporalidade associada à decadência, instituto de direito material. O exercício desse poder-dever eventualmente estará sujeito à incidência da preclusão, mas não da decadência.

A concepção de autotutela administrativa encontra equivalência no processo na forma do poder-dever geral de controle de regularidade dos atos processuais pelo juiz. A distinção reside no fato de que, no âmbito administrativo, a decadência recai sobre a autotutela administrativa. Por outro lado, no processo civil, a regra geral estipula que o juiz deve exercer seu poder-dever de controle sobre a regularidade do processo a qualquer tempo.

Resta saber se, assim como ocorre no contexto administrativo, a boa-fé (processual) seria capaz de impedir o juiz — e, portanto, as partes — de conhecer e decretar a qualquer tempo vícios que a lei expressamente ressalvou da preclusão.

No Processo Civil, é necessário analisar se a omissão do juiz em relação a um vício processual poderia gerar expectativas legítimas nas partes, sugerindo que a invalidade correspondente ao referido vício não mais seria decretada pelo juízo.

Entretanto, nesse contexto, não há que se falar em expectativa legitimamente criada, uma vez que o juiz não pode se eximir do exercício de seu poder-dever de invalidação. Assim, ao considerar o dever geral do juiz de controlar a regularidade do processo, em conjunto com a previsão do parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil, o juízo de invalidação não apenas pode, como deve ser exercido a qualquer tempo. As expectativas criadas pelas partes, no sentido de que invalidade não decretada *prima facie* não mais seria reconhecida, são ilegítimas e não passíveis de tutela pelo ordenamento jurídico.

No contexto administrativo, a análise da boa-fé do administrado leva em consideração os atos legitimamente esperados da Administração Pública. De maneira análoga, essa lógica se aplica ao processo civil. As partes somente podem esperar que o juiz cumpra seu poder-dever de reconhecer as invalidades processuais a qualquer momento do processo. Qualquer expectativa contrária a essa premissa não se configura como legítima.

Dessa forma, o Estado, por meio do processo, pode contribuir para a tutela da segurança jurídica⁴⁷⁶, ao densificar a aplicação da cláusula geral da boa-fé processual. Somente assim será viável assegurar aos jurisdicionados o respeito aos pilares estruturantes da segurança jurídica. O sujeito processual possui conhecimento das normas jurídicas que prescrevem a necessidade de reconhecimento da invalidade a qualquer tempo (cognoscibilidade). Tal regra que estabelece esse pode-dever ao juiz deve ser observada pelos magistrados (confiabilidade). Assim, permite-se que as partes antecipem as consequências do comportamento processual adotado por elas (calculabilidade).

Por fim, sob a ótica do Direito Administrativo, quando a invalidação do ato representa uma resposta legítima da Administração Pública a um comportamento ilícito anterior, especialmente quando a sobreposição é procedida pela própria Administração, surge a responsabilidade pública pelos danos que afetem o administrado. Essa responsabilidade é estabelecida contanto que o administrado, ao agir em conformidade com o ato anulado, tenha procedido de boa-fé⁴⁷⁷.

Quando se resguarda o direito da Administração Pública de exercer a autotutela administrativa mediante a anulação de seus atos viciados, é possível que o Estado seja responsável por indenizar o particular que, agindo de boa-fé, confiou nos atos presumidamente legítimos praticados pela Administração. Em outras palavras, o sujeito que atuou de má-fé arcará com seus prejuízos decorrentes da anulação do ato pelo Estado.

No Processo Civil, a abordagem é similar. Porém, nesse âmbito, eventual má-fé será punida com a aplicação da sanção prevista nos arts. 80 e 81 de Código de Processo Civil. A parte que deixou de alegar a invalidade em um primeiro momento para suscitá-la posteriormente em momento processual mais conveniente, com o manifesto intuito de prejudicar o *alter* ou o próprio processo, sofrerá a sanção pecuniária da litigância de má-fé. O que não exime o juiz de

⁴⁷⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 118.

⁴⁷⁷ Nas palavras de Almiro do Couto e Silva: “Conquanto possa sempre o Estado alterar seus planos, há situações, contudo, em que a modificação causa tal prejuízo aos particulares e desmente de forma tão acentuada as promessas firmemente feitas pelo Poder Público que importaria grave lesão à justiça material não reconhecer direito à indenização” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set. 2004, p. 127) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Anulação de ato administrativo e dever de invalidar. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 202, p. 69-73, out./dez. 1995, p. 70.

exercer o poder-dever atribuído a ele pelo ordenamento de decretar a invalidade, ainda que não o tenha feito *prima facie*⁴⁷⁸.

3.7 Casuística no Superior Tribunal de Justiça

Primeiramente, é importante esclarecer que este tópico não possui como objetivo apresentar uma análise de caráter empírico ao leitor, uma vez que não recorre a uma metodologia empírica quantitativa, caracterizada por análises estatísticas. Em vez disso, a análise aqui realizada é de natureza casuística. Assim, a partir de critérios de busca predefinidos, adotou-se uma abordagem na qual são examinados casos individuais para extrair conclusões ou generalizações. Em outras palavras, buscou-se compreender como a Terceira e a Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça vêm aplicando a tese das “nulidades de algibeira”, a fim de verificar se essa aplicação é ou não condizente com as premissas e conclusões a que se chega a partir desta pesquisa.

A pesquisa jurisprudencial realizada não se propõe a exaurir as situações em que a tese das “nulidades de algibeira” foi empregada pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto do processo civil. A pretensão da pesquisa é destacar que a tese vem sendo significativamente aplicada gerando consequências das mais diversas. Portanto, a descrição é exemplificativa, visando a identificar os desafios a serem enfrentados em razão da aplicação da tese e justificar a pertinência dos demais temas enfrentados no decorrer da pesquisa.

Considerando o escopo definido, a análise foi limitada ao âmbito da Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se como parâmetros de pesquisa “algibeira”, “nulidade de algibeira” e “nulidade de bolso”. Eliminando-se os resultados coincidentes para cada um dos parâmetros, foram encontrados e analisados 73 (setenta e três) casos.

⁴⁷⁸ Em sentido semelhante, Calmon de Passos afirma: “Salvo essa hipótese, se é que ela existe, a arguição da nulidade pode ser feita a qualquer momento, todavia só prevalecerá diante da existência do prejuízo. Porque, há prejuízo, decreta-se a nulidade, penalizando-se a parte retardatária na arguição com o encargo das custas acrescidas ou do retardamento, como se pode inferir de quanto disposto nos artigos 29, 113, § 1º e 267, § 3º do CPC. (...) A arguição perdura, ou a provocação, se quisermos um nome diferente para a hipótese, punindo-se o omissor com as custas do retardamento, sem prejuízo das sanções pela litigância de má-fé” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 137). Ver também: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 287.

Diante dessas observações, os resultados obtidos foram os seguintes: dos 36 (trinta e seis) casos relacionados a tese das “nulidades de algibeira” encontrados na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 9 (nove) falam em preclusão, sendo que 4 (quatro) deles mencionam expressamente se tratar de preclusão temporal. 19 (dezenove) mencionam a violação da boa-fé como fundamento para a aplicação da tese. Apenas 2 (dois) falam em violação à colaboração processual e 9 (nove) em má-fé daquele que “guardou a nulidade”. Em 6 (seis) julgados, a Corte ou não utilizou diretamente a tese como fundamento ou não a enfrentou em razão da ausência de prequestionamento.

Na Quarta Turma, foram analisados 37 (trinta e sete) julgados que mencionaram algum dos critérios de busca utilizados pela pesquisa. 12 (doze) deles mencionam a preclusão, sendo que 1 (um) menciona a ocorrência de preclusão lógica e temporal simultaneamente e 1 (um) menciona as preclusões lógica e consumativa ao mesmo tempo. 17 (dezessete) utilizam a boa-fé como fundamento para a aplicação da tese. 5 (cinco) falam em violação à colaboração processual e apenas 1 (um) menciona a má-fé daquele que “guardou a nulidade”.

Nenhum dos julgados analisados na Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça aplicou multa por litigância de má-fé com fundamento no art. 81 do Código de Processo Civil para a parte que alegou tardiamente a nulidade.

Nota-se, portanto, a expressividade quantitativa da aplicação da tese das “nulidades de algibeira” em contexto processual civil pelo Superior Tribunal de Justiça, o que reforça a proposição do corte metodológico feito pela pesquisa, principalmente para analisar se houve uma aplicação apropriada da tese.

De maneira geral, as nulidades requeridas tardiamente pelas partes se deram em virtude de vícios relativos à: citação, ausência de intimação para a prática de atos processuais ou manifestação acerca de documentos novos juntados pela contraparte, inobservância da regra de litisconsórcio passivo necessário, sessão de julgamento de recurso, representação processual das partes, apresentação intempestiva de rol de testemunhas, ausência de intimação do Ministério Público, nulidade do procedimento executório e inobservância das regras de distribuição da competência.

A análise dos julgados revelou que em boa parte dos casos, a aplicação da tese das “nulidades de algibeira” não era necessária e nem o fundamento tecnicamente adequado. Isso porque a constatação de inexistência de prejuízo e a aplicação da instrumentalidade das formas seria suficiente e processualmente apropriada para a solução de boa parte das controvérsias.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.888.386/RJ⁴⁷⁹, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou caso que tratava de ação de exoneração de alimentos, ajuizada contra a ex-esposa do autor. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que o lapso temporal entre a homologação do acordo a respeito dos alimentos e a ação de exoneração não havia sido suficiente. Além disso, não haveria provas a respeito da diminuição da capacidade financeira do autor, assim como da recuperação da aptidão laboral da ex-mulher.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo autor, não atingiu a unanimidade na primeira sessão de julgamento. Dois desembargadores votaram pelo provimento e um pelo não provimento do recurso, o que ensejou a aplicação da técnica do julgamento estendido, prevista no art. 942 do Código de Processo Civil, com a convocação de outros dois desembargadores.

Em 25 de abril de 2017, foi iniciada a sessão ampliada. Na oportunidade, colheu-se o voto de apenas mais uma desembargadora convocada e única presente na sessão. Ambas as partes sustentaram oralmente suas razões perante os quatro julgadores presentes, não tendo sido arguida nenhuma nulidade decorrente do voto que instaurou à ampliação do colegiado. O voto se deu no sentido de aderir à divergência instaurada anteriormente. Com o empate (2 a 2), a sessão foi suspensa, com a determinação da reinclusão em pauta futura, a fim de que fosse proferido o voto do quinto desembargador.

A sessão final foi agendada para 09 de maio de 2017. O recorrente então questionou a inobservância do regimento interno do Tribunal, sem, no entanto, suscitar nulidade em relação ao início do julgamento ampliado em número par de julgadores. Foram opostos, em 09 de junho de 2017 e 12 de junho de 2017, embargos de declaração sucessivos em face das deliberações ocorridas na sessão de julgamento, sem suscitar a nulidade. Apenas em 29 de agosto de 2017, o recorrente arguiu a nulidade da sessão de julgamento, sustentando que o prosseguimento da

⁴⁷⁹ REsp nº 1.888.386/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020.

sessão somente poderia ocorrer se todos os cinco desembargadores estivessem presentes desde o início.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro rejeitou a alegação de nulidade, razão pela qual o recorrente interpôs Recurso Especial, sob a alegação de violação ao art. 942 do CPC.

Para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a alegação tardia da nulidade (mais de quatro meses após o início do julgamento) “guardada para o momento em que ingressou no processo o novo patrono por ele constituído, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que, na esteira da iterativa jurisprudência desta Corte, não se coaduna com o princípio da boa-fé que deve nortear todas as relações jurídicas”⁴⁸⁰.

Além disso, a Terceira Turma do STJ reconheceu que a cisão do julgamento não causou prejuízo às partes, uma vez que a possibilidade de apresentar sustentação oral por elas foi garantida em relação à quatro julgadores, ocasião em que a nulidade não foi alegada, e a finalidade da técnica do julgamento ampliado foi atingido.

Entretanto, sob a ótica da legislação processual civil brasileira, a decisão é questionável. O fracionamento da sessão de julgamento comprometeu a adequada prestação da tutela jurisdicional, pois impediu que o quinto julgador participasse da sessão em que as partes apresentaram sustentação oral, violando o contraditório substancial e a ampla defesa. No mais, o quinto julgador não esteve presente nos debates iniciais, e os outros quatro não tiveram acesso às razões do voto do último desembargador, o que afetou (ou pode ter afetado) diretamente no posicionamento adotado pela Câmara Cível.

Diante do exposto, extraem-se conclusões relevantes. A nulidade alegada pelo recorrente poderia ser manifestada a qualquer tempo e era cognoscível de ofício pelos julgadores, dada a violação ao contraditório e à ampla defesa do recorrente, além do poder-dever geral dos juízes de preservar pela regularidade formal do processo. Portanto, não se deveria considerar a incidência de qualquer forma de preclusão. Além disso, houve prejuízo à parte, uma vez que a cisão da sessão de julgamento impediu que o quinto julgador, responsável por desempatar a

⁴⁸⁰ REsp nº 1.888.386/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020.

votação, participasse ativamente das sustentações orais e influenciasse o voto dos demais desembargadores.

Por isso, não há como sustentar o atingimento da finalidade da norma extraída do art. 942 do Código de Processo Civil, cujo objetivo é justamente aprofundar a discussão a respeito da controvérsia. A ausência do quinto julgador na sessão inicial impediu esse aprofundamento.

Em situações que envolvem invalidades cognoscíveis de ofício a qualquer tempo, o julgador deve direcionar sua análise para o binômio finalidade-prejuízo, o qual constitui o verdadeiro cerne da controvérsia analisada pela Corte. No Recurso Especial nº 1.888.386/RJ a finalidade da norma não foi alcançada, resultando em prejuízo às partes. A natureza supostamente tardia da alegação de nulidade apresentada pelo recorrente era de pouca importância, tornando a aplicação da “nulidade de algibeira” um fundamento inadequado para a resolução da disputa.

No agravo interno dos embargos de declaração no agravo em Recurso Especial nº 1.790.001/RS⁴⁸¹, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também aplicou a tese das “nulidades de algibeira”.

Dessa vez, tratava-se ação declaratória com pedido de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Após a inadmissão do Recurso Especial pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o recorrente interpôs agravo em Recurso Especial e, posteriormente, embargos de declaração contra a decisão monocrática que não conheceu do agravo.

Nessa petição, o recorrente sustentou a nulidade do julgamento do agravo em razão da falta de capacidade postulatória dos advogados que o subscreveram, uma vez que, no dia 05 de junho de 2020, havia revogado as procurações que conferiam poderes de representação a eles, e somente constituía novos procuradores em 15 de janeiro de 2021. Por isso, requereu a decretação da nulidade processual, com o retorno do processo ao TJ/RS, a fim de que os autos fossem suspensos até a regularização da sua representação processual.

⁴⁸¹ AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.790.001/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021.

A Terceira Turma do STJ entendeu que a alegação tardia da nulidade guardada para o momento em que o recurso do recorrente não foi conhecido configura manobra processual que “não se coaduna com o princípio da boa-fé que deve nortear todas as relações jurídicas” e, por isso, tese da “nulidade de algibeira” seria aplicável⁴⁸².

Ocorre que o fundamento correto para rechaçar a alegação de nulidade trazida pelo recorrente era o de que a decretação da nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa, na forma do art. 276 do Código de Processo Civil.

Isso porque, de acordo com o art. 111 do CPC, “A parte que revogar o mandato outorgado a seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assumo o patrocínio da causa”. Apesar de o recorrente, conforme alegado por ele mesmo, ter revogado a procuração do escritório que o representava, não requereu a suspensão do processo, nem juntou ao processo substabelecimento sem reserva de poderes para outros advogados. Ou seja, o próprio recorrente deu origem à falta de representação adequada, então não poderia alegá-la posteriormente (art. 276 do CPC).

Existe uma norma processual aplicável à situação dos autos que impede a alegação tardia da nulidade, não pelo fato de o recorrente ter guardado a alegação no fundo de sua algibeira para alegação posterior, mas sim porque foi o próprio recorrente quem ensejou à nulidade, mediante comportamento processual contraditório. Embora a Terceira Turma tenha reconhecido a violação ao art. 111 do CPC, equivocadamente aplicou a “nulidade de algibeira”.

O Superior Tribunal de Justiça aplicou entendimento semelhante, por exemplo, nos seguintes casos: AgInt no AREsp nº 2.318.576/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/8/2023; AgInt no AREsp nº 1.522.859/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2021; e REsp nº 1.715.499/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018.

No Recurso Especial nº 1.714.163/SP⁴⁸³, a tese das “nulidades de algibeira” foi aplicada em virtude da alegação tardia de ausência de intimação do Ministério Público. *In casu*, a intenção do recorrente demonstra a necessidade de intervenção do órgão ministerial na ação de

⁴⁸² AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.790.001/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021.

⁴⁸³ REsp nº 1.714.163/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/9/2019.

adjudicação compulsória cumulada com anulação de negócio jurídico e indenização, na qual a parte faleceu no curso do processo e deixou herdeiros incapazes. Para o recorrente, a não participação do *Parquet* na ação ensejaria a nulidade do processo.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a alegação da nulidade processual após decisão desfavorável, quando evidente o vício, caracteriza a “nulidade de bolso e é incoadunável com a boa-fé processual, mesmo no caso de nulidade processual absoluta”⁴⁸⁴.

Novamente, o STJ aplicou a tese de maneira equivocada, pois bastaria a constatação da inexistência do prejuízo para que a alegação de nulidade processual não fosse acolhida. De fato, a intervenção do Ministério Público como *custus legis* era obrigatória (art. 178, II), de modo que a ausência de intimação do órgão, em um primeiro momento, ensejaria a nulidade do processo (art. 279, *caput* e § 1º). Porém, no caso não houve a demonstração de qualquer prejuízo aos menores que sucederam o falecido no polo ativo do processo, o que não impede a alegação tardia do vício (alegável a qualquer tempo e cognoscível de ofício), mas impede a pronúncia da nulidade, em razão do disposto no art. 282, § 1º.

Em sentido semelhante, decidiu a Quarta Turma, no julgamento do agravo interno no agravo em Recurso Especial nº 2.217.242/DF. Na ocasião, entendeu-se que a ausência de intimação deveria ter sido alegada na primeira oportunidade em que a parte se manifestou nos autos após a ocorrência do vício, pois “a suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça” e, por isso, aplicável a “nulidade de algibeira”⁴⁸⁵.

A Quarta Turma, todavia, confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal no sentido de que não houve prejuízo à parte, sendo este o fundamento adequado e suficiente para rechaçar a alegação de nulidade. O que impede a decretação de nulidade é a ausência de prejuízo e não a alegação em momento posterior, de modo que a aplicação da tese, além de insubsistente, era desnecessária, inclusive enquanto argumento de reforço.

⁴⁸⁴ REsp nº 1.714.163/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/9/2019.

⁴⁸⁵ AgInt no AREsp nº 2.217.242/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 26/6/2023.

Também seria necessária apenas a verificação da inexistência de prejuízo e da conseguinte convalidação do vício nos seguintes julgados: REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023; REsp nº 1.888.386/RJ, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020; REsp nº 1.707.324/MS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/6/2018; AgRg no REsp nº 1.391.006/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015; EDcl no REsp nº 1.424.304/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 12/8/2014; REsp nº 1.372.802/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 11/3/2014; AgInt no AREsp nº 1.135.702/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022; AgInt no AREsp nº 1.522.859/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2021; AgInt no AREsp nº 1.734.523/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021; AgInt no AREsp nº 1.401.347/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/3/2020; AgInt no AREsp nº 1.486.132/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/9/2019; AgInt no AREsp nº 1.410.289/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/9/2019; REsp nº 1.602.170/MT, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 15/5/2018; AgInt no REsp nº 1.363.217/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 1/3/2018; AgInt nos EDcl no AREsp nº 506.013/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 6/2/2018; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.591.085/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/10/2017; AgInt no AREsp nº 1.047.272/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017; AgInt nos EDcl no AREsp nº 539.070/PE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14/2/2017.

Identificou-se, ademais, a existência de julgados que contrariam o disposto no art. 505 do Código de Processo Civil, ao aplicarem a “nulidade de algibeira”. No Recurso Especial nº 2.033.239/SP⁴⁸⁶, constatou-se que, deliberadamente, a viúva coexecutada deixou de informar o juízo a respeito do falecimento de seu marido, coexecutado no processo, nas primeiras oportunidades em que poderia se manifestar no processo. A alegação da nulidade apenas surgiu pela via da exceção de pré-executividade, apresentada depois de prolação de decisão desfavorável.

⁴⁸⁶ REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023.

In casu, também havia outros fundamentos suficientes para afastar a alegação de nulidade e que demonstram a atecnia da “nulidade de algibeira”. Primeiramente, conforme reconhecido nas razões do voto vencedor, a nulidade processual não pode beneficiar a parte que a ela deu causa, na medida em que a coexecutada deixou de informar o falecimento de seu esposo e coexecutado (art. 276). Em segundo lugar, não houve prejuízo para o espólio, “já que a avaliação do imóvel, no valor de R\$ 1.158.000,00 no mês de setembro de 2019, foi atualizada a R\$ 1.256.097,88 em março de 2021 a ser atualizada até os leilões conforme o edital de hasta pública” (art. 282, § 1º).

A Terceira Turma também afirmou que a alegação de nulidade do processo em razão da inexistência de citação regular do espólio estaria preclusa, pois havia decisão anterior acerca da matéria. Segundo a Corte, “as matérias de ordem pública, mesmo que não sujeitas, em princípio, à preclusão, caso já decididas, não podem ser reexaminadas pelo Juízo, nos termos do art. 505 do CPC”⁴⁸⁷.

No entanto, o entendimento do STJ em relação à preclusão da matéria é equivocado, uma vez que, conforme delineado anteriormente (Capítulo 3, item 3.4), esse dispositivo legal que impede o juiz de decidir novamente as questões decididas anteriormente relativas à mesma lide diz respeito apenas às questões de direito material e não a questões processuais⁴⁸⁸. No julgado em questão, tratava-se de um vício processual transrescisório (art. 525, I do CPC) e que, por isso, não estaria sujeito à preclusão, nem à aplicação do art. 505 do CPC.

Há outro julgado em que o STJ exarou entendimento semelhante: REsp nº 1.637.515/AM, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/8/2020.

O Recurso Especial nº 1.938.743/SP⁴⁸⁹ também merece destaque, pois, no caso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação da “nulidade de algibeira”. O caso tratava de uma *querela nullitatis* ajuizada por um casal que adquiriu um imóvel que havia sido usucapido. Na ocasião, os usucapiantes venderam o bem para terceiros, que alienaram o imóvel ao casal adquirente (recorrentes). Após a procedência da usucapião, os herdeiros e a viúva do

⁴⁸⁷ REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023.

⁴⁸⁸ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 585 e 597.

⁴⁸⁹ REsp nº 1.938.743/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022.

proprietário do imóvel usucapido ajuizaram ação rescisória, sustentando a nulidade do feito. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a rescisória.

Além disso, os herdeiros e a viúva também ajuizaram ação de imissão na posse em face do casal adquirente do bem (recorrentes), que igualmente foi julgada procedente.

Nesse contexto, os recorrentes propuseram ação declaratória de nulidade em razão da ausência de citação deles na ação rescisória. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a demanda, utilizando como fundamento a boa-fé processual. Segundo o TJ/SP, seria incabível a anulação da ação rescisória, mesmo diante da ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários. Além disso, os recorrentes poderiam ter alegado a ausência de citação dez anos antes, no entanto, permaneceram deliberadamente inertes, razão pela qual seria aplicável a tese das “nulidades de algibeira”.

No julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, de fato, o casal era litisconsorte passivo necessário da ação rescisória que anulou a sentença de usucapião, pois eram sucessores nos direitos sobre o imóvel usucapido. Diante do vício processual, não seria aplicável a “nulidade de algibeira”, pois: 1) a regra do *caput* do art. 278 do Código de Processo Civil somente incide sobre as nulidades relativas e, por isso, no caso haveria de se aplicar a regra do parágrafo único do art. 278 do CPC; 2) a presença dos recorrentes no polo passivo da ação rescisória era inafastável, de modo que o litisconsórcio passivo necessário deveria ter sido reconhecido pelo juiz; e 3) houve, portanto, nulidade processual, pois como dispõe o art. 115, I do Código de Processo Civil, a sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo. Ou seja, a ausência de reconhecimento do litisconsórcio necessário corresponde à ausência de citação.

Por isso, a Terceira Turma concluiu que as nulidades de algibeira “apenas vedam a declaração de invalidades de atos processuais dentro da mesma relação processual. Se os adquirentes do imóvel não figuraram como parte na ação rescisória não poderiam ter, de má-fé, ocultado o vício processual ou maliciosamente retardado a sua invocação em juízo”⁴⁹⁰. Além disso, “Se o vício transrescisório pode ser alegado a qualquer tempo, sem que se possa cogitar de prescrição

⁴⁹⁰ REsp nº 1.938.743/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022.

ou decadência, não parece adequado admitir que a parte esteja impedida de propor a *querela nullitatis* quando melhor lhe aprouver”⁴⁹¹.

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do aludido julgado, acertadamente reconheceu que o vício não sujeito à preclusão e cognoscível de ofício (vício de citação, vício quanto às regras de litisconsórcio passivo necessário, v.g.) pode ser trazido ao exame do Poder Judiciário pela via da ação rescisória ou da *querela nullitatis*. Isso demonstra o contrassenso da Corte em relação aos outros julgados que reconhecem a “nulidade de algibeira”.

É um verdadeiro paradoxo processual impedir que a parte alegue tardiamente um vício cognoscível de ofício a qualquer tempo, sobre o qual o juiz tem o poder-dever de conhecer a nulidade em qualquer momento processo, e depois admitir que a mesma parte fundamente a rescisória ou a declaratória de nulidade com base nos mesmos vícios tidos anteriormente como “nulidades de algibeira”.

Essa posição do STJ atenta frontalmente contra a efetividade, a celeridade, a duração razoável do processo, o contraditório, a ampla defesa e a economia processual, pois a parte que foi impedida de alegar o vício em uma primeira demanda, em um segundo momento terá de ajuizar um novo processo trazendo o mesmo vício como fundamento principal.

Toda a análise da jurisprudência realizada teve como escopo demonstrar, primeiramente, que a tese das “nulidades de algibeira” é realidade incontestada no exercício da função jurisdicional, evidenciando-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica a tese de maneira muito mais expressiva do que se pode imaginar, *prima facie*.

Todavia, se certa a aplicação das “nulidades de algibeira” na jurisprudência do STJ, demonstrou-se bastante incerto o modo de aplicação da tese.

Destacam-se os seguintes pontos: (i) a aplicação de tese construída pelo Superior Tribunal de Justiça em 2007 não está de acordo com a legislação processual civil vigente; (ii) em boa parte dos casos analisados, a Corte invoca a “boa-fé processual”⁴⁹² para fundamentar a aplicação da

⁴⁹¹ REsp nº 1.938.743/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022.

⁴⁹² Por exemplo: AgInt no REsp nº 1.885.740/MT, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 18/9/2023; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp nº 2.220.571/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/6/2023; AgInt no AREsp nº 2.197.101/MS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira

“nulidade de algibeira” sem, contudo, fundamentar a sua aplicação. Em nenhum dos julgados, o STJ indicou qual seria a violação aos deveres anexos à boa-fé (art. 5º do CPC); (iii) nos casos em que o STJ fundamenta a tese na ocorrência de preclusão⁴⁹³, ainda que indique a espécie, não deixa clara a razão pela qual incidiria aquela modalidade de preclusão (temporal, lógica ou consumativa); (iv) em alguns casos⁴⁹⁴, o STJ entende que toda nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que a parte tem para falar nos autos, sugerindo que haveria preclusão em relação a arguição e reconhecimento de qualquer vício processual; (v) nas situações em que a Corte se utiliza da cooperação ou colaboração (art. 6º do CPC) na aplicação da tese⁴⁹⁵, não se explica porque apenas o comportamento da parte que omitiu a alegação da nulidade em um primeiro momento seria antiooperativa ou anticolaborativa; (vi) embora em alguns dos julgados se reconheça que o fato de a parte “guardar a nulidade”, “beira a má-fé”⁴⁹⁶, em nenhum dos casos analisados o STJ aplicou multa por litigância de má-fé, apesar de entender que a parte teria agido com malícia; (vii) a análise do cabimento da alegação de nulidade, na maioria dos casos, deveria se restringir ao exame do prejuízo-finalidade; (viii) os julgados indicam que, para

Turma, julgado em 3/4/2023; REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023; REsp nº 1.938.743/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022; REsp nº 2.000.959/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4/10/2022; AgInt no AREsp nº 2.318.576/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/8/2023; AgInt no AREsp nº 2.217.242/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 26/6/2023; AgInt no AREsp nº 1.135.702/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022; AgInt no AREsp nº 2.020.698/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/9/2022; AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp nº 1.828.921/AM, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021.

⁴⁹³ Por exemplo: AgInt no AREsp nº 2.315.295/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/9/2023; AgInt no REsp nº 1.845.419/CE, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/4/2023; AgInt no REsp nº 1.892.965/ES, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023; REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023; REsp nº 1.938.743/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022; AgInt no AREsp nº 1.561.078/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/6/2020; AgInt no AREsp nº 1.131.185/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 31/5/2021; REsp nº 1.637.515/AM, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/8/2020; AgInt no AREsp nº 1.486.132/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/9/2019; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp nº 1.065.681/SP, relator Ministro Marco Buzzi, relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma.

⁴⁹⁴ Por exemplo: AgInt nos EDcl no REsp nº 1.591.085/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/10/2017.

⁴⁹⁵ Por exemplo: REsp nº 2.033.239/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2023; AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp nº 1.842.537/MT, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12/12/2022; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.484.008/CE, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/11/2020; REsp nº 1.637.515/AM, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/8/2020; EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.517.514/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/5/2020; AgInt no AREsp nº 1.193.517/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 6/11/2018; AgInt no AREsp nº 1.181.699/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6/3/2018.

⁴⁹⁶ Por exemplo: AgInt no AREsp nº 1.561.078/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/6/2020; AgInt no AREsp nº 1.181.699/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6/3/2018.

o STJ, não há uma distinção clara entre os atos das partes e os atos dos juízes; (ix) igualmente não há uma distinção evidente entre o regime jurídico aplicável a cada um dos vícios identificados nos julgados.

Em razão do exposto, justifica-se o estudo teórico a respeito do tema, de modo a tentar evitar a referência descabida à tese das “nulidades de algibeira”, seja porque desnecessária sua incidência, seja porque equivocadamente invocada.

CONCLUSÃO

O Superior Tribunal de Justiça, através da Terceira Turma, criou a tese das “nulidades de algibeira”, segundo a qual todos os vícios processuais estariam sujeitos à preclusão, principalmente, em razão da boa-fé processual (art. 5º do Código de Processo Civil), mas também em virtude da cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil). Essa regra tem sido aplicada pelas Terceira e Quarta Turmas, mesmo diante do parágrafo único do art. 278, que cria uma exceção à regra prevista no *caput* do próprio art. 278 e impede a incidência da preclusão, nas hipóteses em que o juiz deve decretar a invalidade de ofício.

Como resultado, constatou-se a inconsistência e a atecnia da tese das “nulidades de algibeira”, uma vez que o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com as escolhas legislativas do Código de Processo Civil. Isso porque não é possível conformar a alegação tardia de determinada invalidade às vedações a abusos de posições jurídicas processuais criadas pela cláusula geral da boa-fé processual.

Impedir a alegação tardia da alegação da nulidade a partir do *nemo potest venire contra factum proprium* processual demandaria o preenchimento de seus quatro pressupostos: 1) ato praticado por um agente; 2) expectativa legitimamente despertada quanto à manutenção do comportamento inicial; 3) adoção pela contraparte de comportamentos baseados na confiança despertada pelo primeiro comportamento; e 4) o rompimento da confiança, a partir de uma conduta processual contrária àquela inicialmente adotada. A omissão inicial dos sujeitos processuais em relação à alegação ou à pronúncia do vício sugere que, neste caso, o *factum proprium* é representado por uma inação, o que impede a incidência do *venire processual*.

Na realidade, a inação como primeira conduta é um dos pressupostos do suporte fático da *Verwirkung* ou *supressio*, que pressupõe: 1) a existência de uma posição jurídica subjetiva reconhecida e exercitável ou razoável convicção de haver dita posição; 2) a abstenção em relação ao exercício dessa posição jurídica, capaz de despertar uma confiança legítima na contraparte; 3) a própria confiança legítima, balizada a partir da análise do decurso do tempo e de atos inspiradores de confiança; e 4) o exercício de uma posição jurídica em sentido contrário à confiança investida. Ocorre que, no caso de vícios processuais não sujeitos à preclusão (art. 278, parágrafo único), não se pode, a partir da *supressio*, impedir que a alegação seja feita tardiamente pela parte ou que o juízo o reconheça *ex officio*, caso não o tenha feito em um primeiro momento. O comportamento inicialmente omissivo não tem o condão de criar nos sujeitos processuais uma confiança capaz de impedir a alegação do vício em um segundo momento, pois a lei processual permite a adoção desse comportamento.

Reconhecer a possibilidade de impedir a pronúncia tardia da invalidade nesses casos, seria tornar morta a formulação normativa do art. 278, parágrafo único do Código de Processo Civil, a partir de uma compreensão superfetada da boa-fé processual. Conforme asseverado por Michele Fornaciari, os Tribunais não devem exercer juízo de valor sobre as opções legislativas adotadas pelo Código de Processo Civil e, em nome de cláusulas gerais como boa-fé processual, cooperação e abuso de direito, derrogar regras aplicáveis ao processo.

Além disso, essa análise a respeito da violação aos deveres anexos à boa-fé processual demanda a compreensão de que o processo é estruturado para atribuir poderes-deveres aos juízes, incluindo o poder-dever geral de zelar pela regularidade formal do procedimento, e ônus às partes. Isso implica que o juiz conhecerá todos os desvios formais *ex officio*, excetuados aqueles acerca dos quais a lei expressamente impede esse exercício pelo magistrado, como no caso da incompetência relativa (art. 337, § 5º).

Considerada essa regra geral, o retardamento na alegação de determinados vícios pelas partes ou de seu reconhecimento pelo juiz, não configura, *prima facie*, a violação de nenhum desses deveres anexos à boa-fé, pois não se verifica a frustração de uma confiança passível de ser considerada legítima. A boa-fé processual não pode ser utilizada para criar normas, derrogar outras e impor uma sanção não prevista em lei para as partes.

Além disso, exigir de um lado que o juiz cumpra com seu poder-dever e, de outro, proibir que as partes aleguem o vício, representa um contrassenso inadmissível para a técnica processual. Se a parte retardar a alegação do vício processual para um momento posterior e o juiz entender que houve má-fé (violação à boa-fé subjetiva), o juiz deverá decretar a invalidade e, eventualmente, sancionar a parte com base nas hipóteses de litigância de má-fé previstas no Código de Processo Civil, pois não pode haver pena sem prévia cominação legal que a defina (inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República).

O Superior Tribunal de Justiça parece estar introduzindo nova modalidade de preclusão, uma espécie de “preclusão pela falta de boa-fé”, como meio de punir a parte que retardou ou simplesmente não identificou no primeiro momento a invalidade processual, sem um respaldo legal claro para essa posição adotada.

Ao contrário do que sugere a tese aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé processual não cria uma regra de eventualidade para as partes. Não se impõe aos sujeitos parciais o ônus de apresentar em um único momento processual — *v.g.*, na contestação — todos os vícios processuais que entendem existir, sob risco de preclusão. A contradição entre a omissão inicial em relação ao vício e a alegação posterior, desde que permitida pela legislação processual civil, deve ser tolerada.

Vale lembrar que condutas contraditórias são admitidas no processo, desde que não violem expectativas legitimamente criadas. No entanto, inexistem expectativas legítimas quando se refere à não alegação de vícios processuais cognoscíveis de ofício, uma vez que o juiz não se exime do poder-dever de pronunciar essas invalidades. Vale lembrar que a atuação dos sujeitos imparciais não está sujeita a um exame de conveniência, de modo que o exercício dos poderes-deveres não representa uma opção para os magistrados.

Diante desse cenário, em que a aplicação das “nulidades de algibeira” é uma realidade, contribuição da pesquisa passa pela demonstração de que a aplicação da tese, além de inadequada à melhor técnica processual, é desnecessária, pois existem formulações normativas capazes de lidar com as questões com as quais a “nulidade de algibeira” pretende tratar.

A pesquisa de julgados revelou que, conforme assentado no Capítulo 1, a operabilidade das invalidades processuais requer a identificação de dois momentos distintos: 1) a identificação do

vício processual; e 2) a análise a respeito da possibilidade de decretação da invalidade. Esse segundo momento depende da aplicação da instrumentalidade das formas, com a conseguinte verificação do binômio prejuízo-finalidade. Se o ato atingiu sua finalidade ou não causou prejuízo, ocorre o que a literatura jurídica italiana conhece por *convalidazione oggettiva* ou convalidação objetiva, e a nulidade não será decretada. Assim, excetuados os casos em que o prejuízo é presumido, todos os vícios são passíveis de convalidação, impedindo-se a decretação da nulidade.

Apesar de se reconhecer que o processo civil brasileiro superou a fase da “forma pela forma” e que as invalidades processuais tendem a não serem pronunciadas, a pesquisa revelou que as formalidades são importantes para o procedimento, principalmente, para preservar a segurança jurídica. E se a forma não pode representar um fim em si mesmo, o julgamento do mérito também não. O processo não é concebido para buscar o julgamento do mérito a qualquer custo, com fundamento na boa-fé processual e na cooperação, em detrimento das formalidades previstas no Código de Processo Civil. É preciso garantir a operabilidade dos vícios processuais a partir das previsões legais já concebidas.

Nos julgados em que o Superior Tribunal de Justiça aplica a “nulidade de algibeira” como fundamento principal ou como reforço argumentativo, na intenção de impedir a alegação e o reconhecimento tardio da nulidade, bastaria proceder com a análise da existência de prejuízo e do atingimento da finalidade para evitar a pronúncia da nulidade. Não haveria que se recorrer à boa-fé processual, por exemplo, pois: há outras regras aptas a disciplinar a situação (arts. 276; 282, § 2º; 278, parágrafo único); a boa-fé processual estará sendo utilizada apenas como atalho argumentativo, quando se poderia utilizar de outros argumentos mais técnicos para a solução dos casos, ou enquanto reforço argumentativo desnecessário; a boa-fé processual não pode ser ferramenta para derrogar a aplicação da lei positiva.

No caso em que se constatou a existência de vício de intimação para a prática do ato processual, mas esse defeito não impediu, em nenhuma medida, o exercício do contraditório pela parte que não foi regularmente intimada. Caso a parte venha suscitar tardiamente o vício, não é a “nulidade de algibeira” que irá obstar a pronúncia da invalidade, mas a inexistência de prejuízo, na forma do art. 282, § 2º do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, no caso em que a parte dá causa ao vício, ao deixar de regularizar sua representação processual após revogar a procuração de seu antigo advogado. Não será a “nulidade de algibeira” a impedir a decretação da invalidade, caso a parte venha a alegar o vício, em sede de apelação, por exemplo. Bastaria o juízo aplicar o disposto no art. 276 do Código de Processo Civil e a nulidade não seria pronunciada, pois a parte que deu causa ao vício foi quem o suscitou.

O que se demonstrou, portanto, é que há mecanismos já previstos na lei para lidar com as hipóteses de alegação tardia de nulidade. Caso o ato processual não atinja sua finalidade ou cause prejuízo às partes ou à prestação da tutela jurisdicional, a nulidade deverá ser decretada, ainda que alegada em um segundo momento.

Não se pode permitir que o Poder Judiciário, na busca pela prestação da tutela jurisdicional, crie leis ou derogue a aplicação de formulações normativas válidas.

A pesquisa, portanto, não se limitou à sistematização do assunto e trouxe outras importantes contribuições, em especial para a ciência processual e para a sociedade. No aspecto processual, a pesquisa revelou possuir relevância prática. O modelo teórico proposto para os casos de alegação ou reconhecimento tardio de vícios processuais tem como objetivo solucionar um problema prático, observado quando da aplicação da tese das “nulidades de algibeira”.

Por sua vez, do ponto de vista social, a pesquisa contribuiu ao demonstrar que a insubsistência da tese das “nulidades de algibeira”, largamente aplicada pelas Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, quando a legislação processual vigente é capaz de lidar com as situações nas quais a tese é aplicada, evitando-se um ambiente processual de insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da Ajuris*, vol. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012.

ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *A boa-fé n processo civil: história, teoria e dogmática*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Espírito Santo, Recife, 2023.

ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. Sanear para julgar. O princípio da primazia do julgamento de mérito sob a ótica do gerenciamento do processo no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 314, p. 89-115, abr. 2021.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, p. 7-20, 1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 31-37, jul./set. 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, vol. 90, p. 55-84, jun. 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

AUBERT, Eduardo Herik. *A impugnação especificada dos fatos no Processo Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

AULETTA, Ferruccio. *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*. Padova: CEDAM, 1999.

AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 322, p. 41-72, dez. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, vol. 52, n. 158, p. 59-66, abr. 1955.

BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento de mérito. *Revista da Faculdade de Direito Da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 8-11, p. 148-158, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, vol. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 do CPC. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: quinta série*. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 147-158.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, p. 217-229, jul./set. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: quinta série*. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 109-124.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA, Antônio Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista dos Tribunais*, vol. 245, p. 79-119, jul. 2015.

BARROSO, Alexandre de Alencar. *Acesso à Justiça e preclusão civil*. Dissertação (mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, vol. 60, p. 31-43, out./dez. 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidades processuais e apelação. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 1, p. 225-254, ago. 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil. *Normas fundamentais*. Fredie Didier Jr. et. al. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2016.

BERIZONCE, Roberto Omar. Las formas de los actos procesales: sistemas. In: BERIZONCE, Roberto Omar e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

BETTI, Emilio. Dovere giuridico. In: CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 14. Milano: Giuffrè, 1965.

BETTI, Emilio. *Teoria General de las obligaciones*. T. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. *Revista de Processo*, vol. 145, p. 24-51, mar. 2007.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamento sobre as formalidades do processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.

BUFULIN, Augusto Passamani; ARAÚJO, Caio Souto. Julgamento conforme o estado do processo no Código de Processo Civil de 2015 — parte 2: saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 327, p. 43-63, mai. 2023.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Revista di Diritto Processuale*, Anno 60, n. 2, p. 449-464, apr./giu. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Invalidades processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; e CRAMER Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 117-140, mai. 2016.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 5, pt. 1, p. 23-51, 1950.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da boa-fé no processo civil e as “nulidades de algibeira”. *Revista Jurídica*, n. 16, p. 5-64, jul. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, vol. 18, n. 70, p. 42-50, set./out. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Buenos Aires: EJE, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1938.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 3, p. 231-283, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. T. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. 2, Sez. 1. Napoli: Eugenio Jovene, 1934.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. *Saggi di diritto processuale*, vol. 1, p. 353-378, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processual Civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1923.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. II. Madrid: Reus, 1925.

COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mogroni. A teoria das nulidades e o sobredireito processual. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 136, p. 37-53, out./dez. 1997.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Proecsal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 485 ao 538*. Vol. VIII. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 7, n. 38, p. 5-33, set./out., 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 275-290.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. Vol. III. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista brasileira de Direito Processual*, vol. 79, p. 247-259, jul./set. 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, p. 35-48, mai. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 176, p. 335-340, out. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-226, ago. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais: coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR; Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 817, p. 50-78, nov. 2003.

ENRICO, Noyelle. *Nouvo Digesto italiano*. Vol. VIII. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1939.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo*, vol. 48, p. 27-44, dez. 1987.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; e REIS, Sérgio Cabral dos. Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa. *Revista Trabalhista*, n. 49, p. 100-121, nov. 2014.

FORNACIARI, Michele. L’abuso dell’ abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, 2017.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos actos juridicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Tradução: Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista dialética de direito processual*, n. 6, p. 47-59, set. 2003.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes: uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da Esmape*, vol. 5, n. 11, p. 247-273, jan./jun. 2000.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, vol. XXII, p. 580-609, 1966.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 24, p. 71-79, mar. 2005.

GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo (Coord). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 579-532.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual (Tradução de Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln*: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933.

JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques*: essai d'une théorie nouvelle. Paris: Arthur Rousseau, 1909.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. A interpretação da sentença judicial no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção Novo CPC*: doutrina selecionada. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

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

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, vol. 28, p. 7-14, jul. 1983.

LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LAURENT, François. *Principes de Droit Civil français*. Vol. 2. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, 1870.

LENT, Frederick. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX, pt. 1, p. 150-158, 1954.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Boa-fé no Processo Civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio. 2023. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 289, p. 167-188, mar. 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1957.

LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

LUISO, Francesco Paolo. Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. speciale: la disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo), p. 65-73, mar. 2011.

LUTZESCO, Georges. *Teoria y practica de las nulidades*. 4ª ed. México: Porrúa, 1978.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal-economic analysis. *Vrank en vrij - Liber amicorum Boudewijn Bouckaert*. Brugge: Juridische Uitgaven, p. 105-134, dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018 [livro digital].

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 281, p. 117-142, set./dez. 2022.

MARTINS, Sandro Gilbert. Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 1, n. 22, p. 228-258, set. 2017.

MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão stricto sensu e inobservância) e seus mecanismos de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Anulação de ato administrativo e dever de invalidar. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 202, p. 69-73, out./dez. 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 1983 (5ª reimpressão de 2020).

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. Coimbra: Almedina, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Tratado de Direito Civil português*. Vol. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MIAN, Ingrid Garbuio. *A boa-fé no direito administrativo brasileiro*. Vol. 1. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970.

MIDIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. *Revista da AJURIS*, vol. 31, n. 96, p. 69-91, out./dez. 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio* [livro digital]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: quinta série. 2ª ed. Atualizado por: Teresa Arruda Alvim e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 69-78.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. O princípio da primazia da decisão de mérito no novo CPC como instrumento de efetividade da jurisdição. *Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 21, n. 2, p. 411-441, mai./ago. 2016.

MUÑOZ, Francesco Carretta. Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho*, vol. XXI, n. 1, p. 101-127, jul./2008.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, vol. 169, p. 331-346, fev. 2009.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PATTI, Salvatore. *Verwirkung. Digesto delle Discipline Privatische*. T. XIX. 4ª ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, vol. 53, n. 3, p. 673-681, lug./set. 1998.

PIGA, Emanuele. Nullità degli atti di procedura. *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VIII. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1939.

PISANI, Andrea Porto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2014.

POLI, Roberto. La nullità degli atti processuali: considerazione iniziali e principi sulla forma (parte 1/4). *Revista de Processo*, vol. 296, p. 317-349, out. 2019.

PONCE DE LÉON, Luis Diez-Picazo. *La doctrina de los atos propios*. Barcelona: Bosch, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade e anulabilidade*. T. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POSADA, Giovanni Priori. El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal. *Revista Derecho y Sociedad*, n. 30, p. 325-341, 2008.

PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada* (arts. 525, §15 e 535, § 8º do CPC/2015). Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2023.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Milão: Giuffrè, 1957.

REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista dialética de direito processual*, vol. 133, p. 9-14, abr. 2014.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 254, p. 45- 71, abr. 2016.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª ed. Padova: CEDAM, 1981.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, vol. 255, p. 435-460, mai. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, vol. 238, p. 199-211, dez. 2014.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; COUTINHO, Patricia Ribeiro; FREIRE, Deborah Azevedo. A “nulidade de algibeira” e a sua alegação pela parte a quem beneficia: estratégia processual abusiva e lesiva da boa-fé processual e do contraditório substancial. In: PINHEIRO, Guilherme César; BATISTA, Sílvio de Sá (Orgs.). *Direito Processual Civil: perspectivas teóricas e contribuições práticas*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2022.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Gerson Amaro de. Do saneamento do processo. *Revista dos Tribunais*, vol. 679, p. 36-45, mai. 1992.

TALAMIMI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, vol. 86, p. 76-111, abr./jun. 1997.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de processo*, vol. 177, p. 153-183, nov. 2009.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil brasileiro: Lei de Introdução e Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, vol. 28, p. 55-95, out./dez. 1982.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica*, vol. 48, n. 273, p. 5-23, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista dialética de direito processual*, vol. 102, p. 62-74, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica* [livro digital]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no Direito Processual Civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

VANONI, Daniel Bofill. *Nulidade de algibeira: a boa-fé processual como limite à invalidação de atos processuais no novo Código de Processo Civil*. Londrina: Thoth, 2021.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago: Olejnik, 2019.

ZACCARIA, Alessio. Nullità e annullabilità. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Vol. XII. Torino: UTET, 1996, p. 293-310.