



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Subjetivação da análise das nulidades no Processo Civil: Possibilidade de aproveitamento dos atos processuais quando não há configuração de prejuízo

Natália Bitencourt de Lorena Maia

Rio de Janeiro
2014

NATÁLIA BITENCOURT DE LORENA MAIA

Subjetivação da análise das nulidades no Processo Civil: Possibilidade de aproveitamento dos atos processuais quando não há configuração de prejuízo

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2014

SUBJETIVAÇÃO DA ANÁLISE DAS NULIDADES NO PROCESSO CIVIL: POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS QUANDO NÃO HÁ CONFIGURAÇÃO DE PREJUÍZO

Natália Bitencourt de Lorena Maia

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A análise das nulidades no Processo Civil vem passando, ao longo do tempo, por constantes mutações e discussões doutrinárias. Antigamente, a decretação da nulidade era vista sob um ângulo objetivo, devendo o juiz decretar de ofício as nulidades absolutas, e as relativas deveriam ser arguidas pelas partes. Atualmente, a tendência majoritária da doutrina e jurisprudência é de se entender que os atos processuais, quando eivados de nulidades, sejam elas absolutas ou relativas, podem ser aproveitados quando não acarretarem prejuízo para as partes e quando atinjam a sua finalidade. A descrição desse tema passa pela verificação de alguns princípios norteadores da análise das nulidades no Processo Civil, sendo os principais para este exame o princípio da transcendência, da instrumentalidade das formas e o da fungibilidade. O objetivo primordial deste artigo é chamar a atenção para a tendência de subjetivação da análise das nulidades no Processo Civil, uma vez que podem ser aproveitados atos processuais, dependendo da análise única e exclusiva do magistrado.

Palavras-chave: Processo Civil. Nulidades. Atos Processuais. Aproveitamento.

Sumário: Introdução. 1. A instrumentalidade do processo. 2. Instrumentalidade das formas. 3. Nulidade e alcance da plena efetividade jurisdicional. 4. Possibilidade de aproveitamento dos atos processuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A regulamentação da análise das nulidades no Processo Civil representa a espinha dorsal do processo, visto que o estabelecimento das formas dos atos processuais, e a consequente possibilidade de decretação de nulidade dos atos que não respeitem tal forma previamente definida, expressam maior garantia para as partes.

No entanto, é preciso que essa análise seja realizada com temperança, com objetivo de que a decretação da nulidade, através de uma simples análise objetiva, baseada apenas na fria interpretação da lei, sem que haja sopesamento com a real situação do processo, não seja instrumento de arbítrio.

Dessa forma, a evolução da percepção do processo fez que com que não mais o identifiquemos como simples forma de solução de conflitos, mas como instrumento eficiente de realização da justiça, uma vez que passou a ter importante função social e política na sociedade. Nesse ensejo, passou-se a predominar a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no processo civil, visto que é a melhor maneira de se obter a plena efetivação da justiça, uma vez que os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que tem a alcançar e não através de um formalismo exacerbado.

A análise das nulidades deve ser realizada em conformidade com as peculiaridades do processo, posto que para que haja o alcance da plena efetividade processual, deve-se buscar a real intenção das partes que buscaram a prestação jurisdicional, aplicando-se, dessa forma, o princípio da transcendência no âmbito do processo civil.

Verifica-se, portanto, que, principalmente com a aplicação dos princípios da transcendência e instrumentalidade das formas, houve uma constante mutação na análise das nulidades, passando de um exame eminentemente objetivo, preocupado apenas com a

interpretação literal, para uma análise subjetiva, onde o magistrado irá decidir de acordo com o seu livre convencimento, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Busca-se, com esse trabalho, chamar a atenção para o fato de que, atualmente, não há mais lugar para um formalismo exacerbado em detrimento dos valores de justiça, em nosso sistema processual, uma vez que a tendência contemporânea é a de subjetivação da análise das nulidades, sendo possível o aproveitamento de atos processuais eivados de nulidade, quando não acarrete prejuízo para as partes e atinjam a finalidade inicialmente esperada.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, histórica, qualitativa e parcialmente exploratória.

1 – A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O direito processual civil deve ser analisado de acordo com as perspectivas metodológicas indicadas pela doutrina, tal como o sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade. Para a perspectiva sincretista não há separação de planos no ordenamento jurídico, havendo confusão entre o direito processual e material; para a perspectiva autonomista, o direito processual goza de total autonomia com relação ao direito material, sendo o processo um fim em si mesmo, ou seja, a aplicação da técnica pela técnica; para a perspectiva da instrumentalidade, o processo visa tutelar o direito material, a técnica existe a serviço de um fim, qual seja, a pacificação social.

Sob este prisma, verifica-se que, atualmente, vive-se um momento de transição de perspectivas: de autonomista para a da instrumentalidade do processo. O rompimento de padrões conceituais construídos ao longo dos anos fez surgir um novo direito processual, cujo

objetivo é de prestar uma tutela jurisdicional que atenda os escopos social, político e jurídico do processo.

Fala-se em transição, uma vez que ainda se vê um apego excessivo a aplicação rígida da técnica pela técnica, do processo como um fim em si mesmo, entretanto, o pensamento instrumentalista, de que a técnica serve para dar resultados, para promover efetivamente a justiça, vem ganhando espaço entre os operadores do direito.

Apesar de o processo não ser considerado como uma fonte geradora de direito, mas sim com a função de tutelar direitos, pode-se dizer que o processo é o instrumento da ordem jurídica material. Exemplificando esse escopo, é interessante citar o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.” Vê-se, dessa forma, que não se deve prender-se a um formalismo exacerbado, mas apenas buscar utilizar o processo como forma de efetivação de direitos, com o escopo de pacificação social. Nesse sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco, que “falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade, significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que a envolvem, com decisões justas.”¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já antevia que :

[...] em direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, enquanto trabalho de adaptação do geral ao concreto, a equidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma e da própria finalidade do processo e da tarefa afeita à jurisdição. Embora o princípio mais alto seja o da justiça, por meio de uma igualdade de todos perante a lei, não se pode esquecer o caráter essencialmente finalístico do direito processual. Finalismo esse não voltado para si mesmo, pois inexistente formalismo em si, senão voltado para os fins últimos da jurisdição. A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 303-304.

um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.²

Nesse ensejo, observa-se que a instrumentalidade do processo não significa desobediência às leis, mas sim, objetiva propiciar um processo civil efetivo. A visão da instrumentalidade pressupõe um sistema jurídico que inove, que acompanhe a dinâmica da vida social sem afetar a segurança jurídica. Vive-se em uma época em que os paradigmas vigentes têm cedido espaço para novas estruturas, com o objetivo de adequar o sistema processual às exigências de uma sociedade que reclama por uma prestação jurisdicional efetiva, onde o processo precisa ser visto como instrumento hábil à efetivação da justiça.

A visão instrumentalista adota como ponto de partida, o uso dos princípios constitucionais, uma vez que dão lastro à visão de processo como garantia fundamental dos cidadãos de acesso à justiça.

O princípio do devido processo legal, como direito fundamental regulamentado pelo art. 5º, XXXV da CRFB/88, tem a missão de organizar o processo, com o objetivo de se obter uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, o tempo que demora uma demanda pode se tornar um grande obstáculo para que o processo alcance os anseios de quem o está demandando.

Por muito tempo a concepção de acesso à justiça restringiu-se ao acesso do cidadão aos órgãos jurisdicionais, instituição estatal. Entretanto, é nesse cenário que a instrumentalidade do processo sugere a efetividade das decisões, uma vez que acesso à justiça não significa apenas ter seu processo distribuído, mas sim ver seu conflito solucionado, seja qual for o resultado, favorável ou não, com o objetivo de que os cidadãos tenham acesso à uma ordem jurídica justa.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 22-23.

Nesse sentido, Cândido Dinamarco ressalta que:

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. (...) O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.³

Verifica-se, portanto, que o processo deve ser analisado sob o viés constitucional, posto que somente assim iremos alcançar o objetivo de ter uma ordem jurídica justa efetiva.

A instrumentalidade prega a adoção de um método inovador de aplicação da técnica processual como ponto de partida para a efetiva satisfação do jurisdicionado, com respeito aos seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Sob esse mesmo enfoque, Carlos Alberto de Oliveira adverte que:

É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso concreto, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.⁴

Conclui-se, portanto, que não há mais lugar para um formalismo exacerbado em detrimento dos valores de justiça. No sistema processual deve preponderar o interesse público da instrumentalidade do processo, ou seja, o formalismo valorativo deve predominar sobre o formalismo excessivo. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

[...] o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo às suas reais metas. Mostra-se necessária, tão somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem. Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso a seu bel prazer. Por isso mesmo, a solução da situação problemática, gerada pela antinomia entre a justiça e o formalismo concreto encontra encaminhamento e solução apenas dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. (...) Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação

³ DINAMARCO, op. cit., p. 25-26.

⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 15.

adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil.⁵

A evolução da percepção do processo fez com que não mais se identifique como simples forma de solução de conflitos, mas como instrumento eficiente de realização da justiça, uma vez que passou a ter importante função social e política na sociedade.

O jurisdicionado não invoca o judiciário apenas para ter assegurado o seu direito material, mas, principalmente, para obter um resultado prático e efetivo na satisfação de seu direito pleiteado. O processo não deve ser um fim em si mesmo, porque ele é o instrumento de solução das crises. A manutenção de um mínimo de regras processuais objetiva resguardar a segurança jurídica e, como tal, é saudável para a plena efetividade jurisdicional. Entretanto, como já mencionado, o processo não deve ser extremamente formalista, sob pena de se afastar do alcance de uma ordem jurídica justa, que é almejada por toda a sociedade.

2 – INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Na fase de transição da perspectiva autonomista, onde o direito processual goza de total autonomia com relação ao direito material, para a perspectiva sincretista, onde não há separação de planos no ordenamento jurídico, havendo confusão entre o direito processual e material, onde a técnica existe a serviço de um fim, ganha relevo na análise do tema das nulidades dos atos processuais o princípio da instrumentalidade das formas.

As disposições legislativas estabelecem o padrão a ser observado para os atos processuais, com o objetivo de que o processo alcance as finalidades a que se propõe. Esse padrão determinado, analisado sobre a perspectiva da instrumentalidade, somente tem razão

⁵ Ibid, p. 31.

de ser por causa dessa finalidade que tem a alcançar, ou seja, a forma do ato processual não é um fim em si mesma, mas objetiva alcançar a plena efetividade jurisdicional.

Nesse sentido, Cândido Dinamarco destaca que:

No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultuar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado.⁶

Sob esse prisma, deve-se ter em mente que a nulidade processual não é uma sanção, apesar de haver posições doutrinárias em sentido contrário. Não é somente pelo fato da parte não ter observado a forma de determinado ato processual que se deve impor a sanção de nulidade do ato processual, uma vez que, como já mencionado, o processo não é um fim em si mesmo, mas deve ser analisado em conjunto com todos os atos do processo e com a finalidade almejada.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁷ comunga do entendimento de que não se deve compreender que a nulidade seja uma sanção. Para a autora, a nulidade é um estado de irregularidade que o leva, ou tende a levar, à ineficácia. Dessa forma, não é porque um determinado ato processual não seguiu a formalidade indicada na lei que deve ser declarado nulo de plano, com a correspondente decretação da sua ineficácia.

A liberdade das formas, entretanto, não deve ser confundida com arbítrio irrestrito do magistrado, uma vez que para que se reconheça que determinado ato é válido, apesar de não ter atendido a forma estabelecida em lei, deve-se verificar se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal foram atendidos. Mais ainda, o emprego do princípio da instrumentalidade das formas deve ser utilizado para amparar a

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 269.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 142.

aplicação desses princípios constitucionais, uma vez que objetiva atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais do sistema, com a finalidade de que a efetividade jurisdicional seja alcançada.

O formalismo processual, portanto, deve ser analisado à luz dos objetivos a serem alcançados. É preciso reconhecer que, muitas vezes, o fim é alcançado, embora não observada a forma destinada a garanti-lo. O princípio da instrumentalidade busca dar reconhecimento a esses atos processuais, uma vez que o que realmente importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo.

Deve-se ter em mente que a instrumentalidade das formas deve ser utilizada com o objetivo de atender à instrumentalidade do processo. A forma constitui um instrumento a serviço dos objetivos do processo.

Lições de Cândido Dinamarco nesse mesmo sentido:

A instrumentalidade do sistema processual consiste projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. Tem-se que a visão teológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingindo ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados.⁸

A forma delimitada na lei não pode ser colocada além da matéria, por não possui valor própria. A forma, conforme já mencionado, deve ser utilizada com a finalidade de concretizar o direito material. Deve-se ter cuidado para que o formalismo excessivo não aniquile o próprio direito ou determine um retardamento injustificável da solução do litígio. Nesse ensejo, se a finalidade do ato processual foi atingido em sua essência, sem prejuízo de interesses dignos de proteção da outra parte, o defeito de forma não deve prevalecer, devendo ser prestigiado o ato processual produzido.

⁸ DINAMARCO, op. cit, p. 272

A legalidade formal, o cumprimento do estritamente definido na norma, não deve ser utilizado como fundamento, isoladamente, para anulação dos atos processuais, posto que se deve observar se aquele ato atendeu a finalidade almejada, bem como não prejudicou interesses da outra parte.

Apesar de o Código de Processo Civil aparentemente preferir a aplicação da legalidade formal, não deve ser essa a interpretação atual que deve prevalecer, visto que, conforme já mencionado, o ato processual não é um fim em si mesmo, mas busca atingir determinada finalidade que será incorporada ao processo como um todo. Deve-se analisar o processo como um todo antes de declarar a nulidade de qualquer ato processual e não somente verificar se ele está de acordo com a forma prescrita objetivamente na lei.

Cândido Rangel Dinamarco critica o modelo que, para ele, foi adotado pelos dois últimos Códigos de Processo Civil:

Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. No processo civil brasileiro, temos a promessa da liberdade das formas em normas pragmáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só a promessa: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, seguindo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera.⁹

A defesa da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas não é, em nenhum momento, a defesa de que não se deve prescrever, através de lei, as formas dos atos processuais, uma vez que essa regulamentação significa uma garantia para as partes de que o processo seguirá um modelo legal previamente estipulado, no entanto, não se deve primar pela formalidade excessiva, quando o ato processual tenha atingido a finalidade almejada e não tenha causado prejuízo para nenhuma das partes.

⁹ Ibid, p. 128.

Lição de Carlos Alberto Álvaro nesse sentido:

As formas processuais cogentes não podem ser consideradas formas eficaciais, mas formas finalísticas, subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma. Se a finalidade da prescrição foi atingida em sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada além da matéria, por não possuir valor próprio, devendo, por razões de equidade, a essência sobrepujar a forma. A não observância das formas não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia.¹⁰

Verifica-se, portanto, que deve haver a análise objetiva do ato processual, sem sombra de dúvida, momento pelo qual o magistrado irá verificar se o ato processual foi produzido em conformidade com o determinado pela norma. No entanto, essa análise não deve feita de uma forma individualizada, vazia, posto que, também, deve ser feita uma análise subjetiva pelo magistrado, de que se aquele ato processual atingiu a finalidade almejada e não causou prejuízo para nenhuma das partes, ele deve ser aproveitado, em clara aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

3 – NULIDADE E ALCANCE DA PLENA EFETIVIDADE JURISDICIONAL

A tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia, mas deve ser tratada como direito fundamental, uma vez que o seu cumprimento está em conformidade plena como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Direito Processual Civil procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade possível, de forma que haja o maior alcance prático e o menor custo na prestação jurisdicional.

¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 19.

O processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus, de acordo com o ordenamento jurídico. Dessa forma, defende-se que o procedimento como um todo e a forma dos atos processuais devem continuar sendo regidos pela lei para assegurar a necessária igualdade de tratamento das partes perante os órgãos jurisdicional, e ainda, regular o encadeamento lógico dos diversos atos com o objetivo de garantir regras mínimas de um processo justo.

Corroborando esse entendimento as palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.¹¹

Entretanto, defende-se, também, que o formalismo do procedimento determinado pela lei não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de escolha para estabelecer a necessária paridade concreta de armas.

Não há dúvidas de que o exercício da jurisdição está genericamente subordinado ao princípio da legalidade, no sentido de que é a lei que fixa os poderes do juiz e os limites da sua atuação.

Entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira nesse sentido:

A forma em sentido amplo, investe-se, assim, da tarefa de indicar quais as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.¹²

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹² Id. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 8.

Isso não significa que o juiz somente possa fazer aquilo que a lei expressamente lhe faculta, uma vez ele deve conduzir o processo a um resultado eficaz, sem, no entanto, deixar de aplicar as garantias processuais constitucionais.

O mais importante é que o procedimento seja previsível, que cada uma das partes esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo, com o objetivo de que o seu desempenho seja o mais eficaz possível.

É necessário, portanto, que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva, onde o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e o respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Corroborando esse entendimento as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.¹³

Concluindo-se, portanto, que o magistrado possui certa discricionariedade na sua atuação no processo, uma vez que não deve prevalecer a legalidade estrita em detrimento da realidade processual, observa-se que o juízo de nulidade do ato processual deve ser analisado nesses termos. O magistrado deve examinar se o defeito é suficiente para a decretação da nulidade. Para a decretação da invalidade, é necessário se proceder a uma valoração judicial, pela qual se reconheça a utilidade, a necessidade e a adequação dessa medida extrema.

Conforme já amplamente demonstrado, não se deve declarar a nulidade de um ato processual quando ele tenha atingido a sua finalidade e não haja prejuízo para as partes,

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 305

motivo pelo qual a análise subjetiva do magistrado é extremamente importante para a efetivação da atividade jurisdicional, mormente quando realizado o aproveitamento do ato processual.

Outra exigência da tutela jurisdicional efetiva é o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável. A demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática. A curta demora que a tutela efetiva pode tolerar é apenas aquela que resulta da necessidade de se assegurar a aplicação dos postulados processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como da necessidade de assegurar ao próprio juiz uma cognição adequada, com o objetivo de que tenha base suficiente para proferir uma decisão justa.

O princípio da economia processual, que está intimamente ligado com o postulado da duração razoável do processo, tem relação direta com o sistema de invalidação dos atos processuais, uma vez que o magistrado tem dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, com o objetivo de evitar a sua desnecessária repetição.

O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que a demora na concessão do provimento requerido pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento do direito reclamado. Nesse sentido, a EC nº 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, estabeleceu, no artigo 5º LXXVIII, que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, que não engloba apenas a garantia do direito de ação, mas, principalmente, o direito a uma tutela adequada e efetiva entregue ao jurisdicionado de uma forma tempestiva.

Teori Albino Zavascki bem leciona sobre o tema:

O direito fundamental à efetividade do processo - que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.¹⁴

Caso fosse admitida a possibilidade de declaração de nulidade do ato processual sem ao menos verificar se foi atingida a sua finalidade, o processo teria uma demora irrazoável, tendo em que vista todos os atos processuais que fossem declarados nulos deveriam ser repetidos, com alteração de sua forma, ainda que a finalidade alcançada fosse exatamente a mesma do ato processual anterior.

A moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes.

A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, com o corresponde aproveitamento dos atos processuais, como já amplamente demonstrado, patente nas relações processuais nos dias atuais, é excelente mecanismo a assegurar a celeridade e a economia processual com o escopo de garantir uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva.

4 - POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

Em decorrência da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos do processo, verifica-se, como resultado, a irrelevância dos vícios do ato processual, mesmo em caso de nulidade, desde que o ato tenha atingido a finalidade esperada. Da mesma forma,

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista de informação legislativa*. v.31, nº 122, p. 291-296. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176210>. Acesso em 08 de maio de 2014.

caso não se possa aproveitar o ato por completo, a invalidação deve ser restrita ao mínimo necessário, mantendo-se válidas as partes do ato que possam ser aproveitadas.

Essa possibilidade de aproveitamento dos atos processuais, que deve ser efetivada sempre que possível, decorre da aplicação do princípio da fungibilidade, não sendo relevante para tal aproveitamento, o grau de defeito do ato processual.

Em um primeiro momento, essa doutrina parece se chocar com o disposto no artigo 244 do CPC: “Quando a lei prescreve determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Fazendo uma interpretação a *contrario sensu*, quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, o juiz deve pronunciá-la, mesmo que tenha alcançado a finalidade esperada.

Entretanto, esse não é o entendimento que deve prevalecer, uma vez que até mesmo o Código de Processo Civil, em outros dispositivos, determina o aproveitamento do ato processual quando tenha alcançado a finalidade esperada. Um exemplo é o suprimento da falta de citação pelo comparecimento espontâneo do réu, na forma do artigo 214, §1º do CPC, que por óbvio, somente pode ser entendido dessa forma pelo fato de que não há qualquer tipo de prejuízo. Outro exemplo é o do artigo 236, §1º do CPC, em que a nulidade é cominada para o caso de não observância da formalidade para a publicação, descrita na norma, no entanto, não se decretará a nulidade se a publicação atingiu a sua finalidade e não acarretou prejuízo para as partes.

O artigo 249, §1º do CPC é a mais importante regulamentação sobre o tema, posto que descreve que o ato processual não será repetido ou suprida a falta quando não prejudicar a parte. *In verbis*:

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.¹⁵

Pontes de Miranda já possuía entendimento nesse mesmo sentido:

Diz o art. 249, §1º, que o ato processual não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, se isso não prejudicar a parte. Aqui, não se atende à diferença entre nulidade não cominada e nulidade não cominada. O que importa é que não haja prejuízo à parte.¹⁶

Dessa forma, verifica-se que constitui equívoco não ser aplicado esse entendimento quando violada norma tuteladora de interesse público. Qualquer que seja a hipótese de nulidade, deve o juiz providenciar, se possível, a sanção do vício, com o objetivo de que não seja necessário decretá-la.

Entendimento de Humberto Theodoro Júnior nesse sentido:

As nulidades absolutas sempre podem ser declaradas de ofício, muito embora possam, em vários casos, serem emendadas ou superadas pela renovação do ato, sem atingir a eficácia na relação processual em seu conjunto.¹⁷

Esse é o entendimento que deve prevalecer nos dias atuais, até mesmo porque, como já intensamente demonstrado, o processo deve um canal de condução à uma ordem jurídica justa, não sendo admissível um apego exagerado às formas em detrimento da efetividade do processo. A interpretação da norma deve ser realizada de forma a concretizar esse objetivo, mantendo-se, é claro, o respeito às garantias e princípios constitucionais.

Cândido Rangel Dinamarco leciona bem sobre o tema:

Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar de efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça. Em diversos itens acima examinaram-se os reflexos que essas posturas ideológicas projetam sobre a técnica

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. *Vade Mecum Civil*. Organização Fábio de Vasconcellos Menna. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil Tomo III*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 347

¹⁷ THEODORO JR. Humberto. As nulidades no CPC. *Revista de processo*, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49.

processual, ou seja, sobre os seus instintos e a disciplina que recebem, segundo as disposições da lei e a interpretação inteligente do estudioso atualizado.¹⁸

Em análise outro tema, Dinamarco menciona, ainda:

A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto que esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço de valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.¹⁹

O princípio da fungibilidade é a manifestação mais clara da doutrina e jurisprudência de aplicação do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, sendo, nesse sentido, externado que o processo não deve ser um fim em si mesmo, mas sim um instrumento da efetividade jurisdicional. Com a utilização desse princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como um outro. Pode-se entender, até mesmo, que o princípio da fungibilidade é a versão processual para a regra de conversão do ato nulo, prevista no artigo 170 do Código Civil, onde menciona que o negócio jurídico nulo, quando contiver os requisitos de outros, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam objetivado, quando da efetivação do negócio jurídico.

Fredie Didier Júnior²⁰ menciona que o ato processual pode ser sanado de outras formas que não sejam somente a simples correção ou a sua repetição. Elenca as hipóteses em que o defeito poderá ser sanado, fora das duas possibilidades já mencionadas: a) pela preclusão da oportunidade de suscitar a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da coisa julgada material (nesse caso podendo haver a hipótese de rescindibilidade da decisão judicial); c) quando ultrapassado o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória,

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 305

¹⁹ *Ibid*, p. 65

²⁰ DIDIER JR. Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. p. 13. Disponível em: http://www.academia.edu/1771102/A_invalidacao_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em 19 de maio de 2014

sendo a decisão mantida, não sendo cabível qualquer discussão sobre invalidade dos atos que fundamentaram essa decisão. Didier ressalta que os defeitos, nessas hipóteses, permanecem sem correção, mas se tornam sem aptidão para servir como fundamento para a declaração da invalidade.

Didier menciona, ainda:

No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável. Não há exceção a essa regra.²¹

Conclui-se, portanto, que qualquer defeito do ato processual pode ser sanado pelo magistrado, seja nulidade relativa ou absoluta, desde que tenha atingido a finalidade esperada e não tenha causado prejuízo para as partes.

CONCLUSÃO

A evolução da percepção do processo fez com que não mais seja identificado como simples forma de solução de conflitos, mas como instrumento eficiente de realização da justiça, uma vez que passou a ter importante função social e política na sociedade. O rompimento de padrões conceituais construídos ao longo dos anos fez surgir um novo direito processual, cujo objetivo é de prestar uma tutela jurisdicional que atenda os escopos social, político e jurídico do processo.

Nesse sentido, a perspectiva da instrumentalidade passou a predominar no âmbito processual, uma vez que o processo visa a tutelar o direito material, ou seja, a técnica existe a

²¹ Ibid, p. 13

serviço de um fim, qual seja, a pacificação social. Verifica-se, portanto, que o formalismo valorativo deve predominar sobre o formalismo excessivo.

A visão instrumentalista adota, como ponto de partida, o uso dos princípios constitucionais, uma vez que dão lastro à visão de processo como garantia fundamental dos cidadãos de acesso à justiça.

Para aplicação do princípio da instrumentalidade de formas, com o respectivo aproveitamento do ato processual, o magistrado deve verificar se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal foram atendidos. Mais ainda, o emprego do princípio da instrumentalidade das formas deve ser utilizado para amparar a aplicação desses princípios constitucionais, uma vez que objetiva atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais do sistema, com a finalidade de que a efetividade jurisdicional seja alcançada. O que realmente importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo.

O magistrado possui certa discricionariedade na sua atuação no processo, uma vez que não deve prevalecer a legalidade estrita em detrimento da realidade processual. Para a decretação da invalidade, é necessário se proceder a uma valoração judicial, pela qual se reconheça a utilidade, a necessidade e a adequação dessa medida extrema, uma vez que não se deve declarar a nulidade de um ato processual quando ele tenha atingido a sua finalidade e não haja prejuízo para as partes.

A moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes.

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é um dos pontos principais do atingimento da efetividade jurisdicional. O princípio da economia processual tem relação direta com o sistema de análise das invalidades dos atos processuais, uma vez que se deve

tentar aproveitar ao máximo os atos processuais defeituosos, com o objetivo de evitar a sua desnecessária repetição, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes. Na verdade, o aproveitamento máximo do ato processual está fundamentado na moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual.

Verifica-se, portanto, que o processo não deve ser um fim em si mesmo, mas sim um instrumento da efetiva prestação jurisdicional. Para que tal postulado seja alcançado, deve-se tentar aproveitar ao máximo os atos processuais, mesmo que sejam identificadas nulidades relativa ou absoluta, desde que tenha atingido a finalidade esperada e não tenha causado prejuízo para as partes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código de Processo Civil. *Vade Mecum Civil*. Organização Fábio de Vasconcellos Menna. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DIDIER JR. Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. p. 13. Disponível em: http://www.academia.edu/1771102/A_invalidacao_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em: 19 de maio de 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil Tomo III*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista de informação legislativa*. v.31, nº 122, p. 291-296. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176210>. Acesso em 8 de maio de 2014.