

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**AS NULIDADES RECONHECIDAS DE OFÍCIO E A
(IN)OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO**

Débora Carvalho Fioratto

Belo Horizonte

2011

Débora Carvalho Fioratto

**AS NULIDADES RECONHECIDAS DE OFÍCIO E A
(IN)OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F517n Fioratto, Débora Carvalho
As nulidades reconhecidas de ofício e a (in)observância do contraditório prévio / Débora Carvalho Fioratto. Belo Horizonte, 2011.
131f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Nulidade (Direito Processual). 2. Processo civil. 3. Processo penal. 4. Liberalismo. 5. Socialização. 6. Estado de Direito. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.933

Débora Carvalho Fioratto

As nulidades reconhecidas de ofício e a (in)observância do contraditório prévio

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Flaviane de Magalhães Barros (orientadora) – PUC Minas

Dierle José Coelho Nunes – UFMG

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2011

A vida é feita de momentos, de recordações, de pensamentos, de conquistas, de palavras muitas vezes não pronunciadas, de sentimentos não demonstrados, de agradecimentos silenciados, mas presentes em meu coração. A vida, assim como o amor, só tem sentido quando compartilhados e somados com a vida e com o amor de vocês, meus queridos pais.

Por opção, vocês escolheram a profissão de ser pai e mãe, sem direito a repouso semanal remunerado, sem direito a horas extras, férias, 13º salário, ou melhor sem direito a nenhum salário e sem limite de jornada de trabalho de 8h diárias e 44h semanais, porque essa profissão exige uma vida inteira de afeto, cumplicidade e dedicação. Apesar de quase nenhum direito trabalhista, os benefícios e as recompensas são inestimáveis: garantia vitalícia de emprego, fortes emoções antes, durante e após cada nova fase de minha vida, direito a amar e ser amado e direito ao fundo de garantia por tempo de serviço em que todo o cuidado, o carinho, o amor e a dedicação serão retribuídos com juros abusivos.

Por isso, decidi demonstrar o que sinto, pronunciar as palavras que se calaram no peito, agradecer a Deus, por vocês serem quem são: meus amados pais.

Desculpe-me por não seguir seus conselhos, trilhar um caminho oposto ao sonhado ou esperado por vocês, por magoá-los algumas vezes. Sei o quanto é difícil ser pai e mãe, tomar decisões, me educar, mas o papel de filha também não é simples. O que mais quero é que sintam orgulho de mim. Mas, na expectativa de acertar, acabo errando nas decisões e me machucando. Se ao menos tivesse escutado suas sábias palavras e conselhos... Obrigada, pela paciência, por acreditar em mim, quando eu mesma deixei de acreditar, pelas palavras certas que preciso ouvir e pelo amor sem preconceito, sem censura, incondicional.

Homenageá-los, é o mínimo de reconhecimento que vocês merecem por desempenharem com excelência a função de educador, transformando-me em cidadã consciente da minha responsabilidade para com o próximo, para com a sociedade e no exercício das minhas profissões, que são muitas.

Enfim, espero que hoje vocês também se sintam mestres, porque vocês sempre me educaram para a escola da vida, traduzindo e interpretando o amor na nossa convivência diária. Obrigada, pelos eternos ensinamentos e pelas constantes lições de vida. Eu sei que vou amá-los, por toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha querida orientadora, professora Dra. Flaviane de Magalhães Barros, a excelente orientação, as grandiosas intervenções ao longo desta dissertação, o exemplo de professora e de orientadora que quero seguir como modelo ao longo da minha caminhada acadêmica, a enorme paciência e carinho que sempre teve comigo. Enfim, agradeço-lhe a oportunidade de ser a sua orientanda e de aprender constantemente com você. Muito obrigada.

Agradeço aos professores da banca examinadora, que, através de suas grandiosas obras e lições, contribuíram para a concretização desta pesquisa.

Agradeço aos professores que fizeram e que fazem a diferença na minha vida, semeando e compartilhando sonhos, incertezas e, principalmente, conhecimento.

Agradeço ao Eduardo, meu anjo da guarda e grande amigo.

Agradeço aos amigos e aos colegas do Mestrado, do curso de Direito e do curso de Letras, a troca de experiências e a alegria compartilhada.

Agradeço aos meninos da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, a disponibilidade e o carinho.

Agradeço a meus pais, Rosemary e Nelson, os eternos ensinamentos e as constantes lições de vida. À bela Priscilla, irmã confidente e amiga. A palavra amor descreve a importância de cada um de vocês. Aos avós, o aconchego. Aos tios e aos primos, a valiosa convivência.

Agradeço a Deus a escolha perfeita de minha família e das pessoas que cruzaram o meu caminho e marcaram a minha história. Obrigada Deus, por tudo isso!

“Things that I felt absolutely sure of but a few years ago, I do not believe now. This thought makes me see more clearly how foolish it would be to expect all men to agree with me.”

F. D. Van Amburgh

RESUMO

A presente pesquisa teve como eixo central o estudo das nulidades processuais e a sua adequação ao Estado Democrático de Direito. Depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o contexto se modifica, necessitando que as nulidades processuais e o processo fossem revisitados para uma interpretação constitucionalmente adequada. Nesse sentido, as nulidades devem deixar de ser instrumento de chicana (decorrente do liberalismo processual) ou, mesmo instrumento “corretivo” do juiz (próprio da socialização processual) para – a partir da complementaridade entre a teoria procedimentalista de Habermas, a teoria do processo como procedimento em contraditório e a teoria constitucionalista – serem consideradas forma de controle dos atos processuais, garantindo a regularidade e conformidade desses atos ao modelo constitucional de processo. Ademais, para a compreensão do processo como garantia constitucional, elucidou-se, na pesquisa, o papel das partes e do juiz a partir do princípio do contraditório.

Palavras-chave: Nulidades processuais. Liberalismo processual. Socialização processual. Estado Democrático de Direito. Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT

This thesis focuses on procedural nullities and their suitability in the democratic rule-of-law state. The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, has brought contextual changes, and thus demanded a review of procedural nullities and the process itself aiming at constitutionally adequate interpretation. Instead of being either a double-dealing instrument inherent to the liberalism of procedural law or a judge's correction instrument given in the socialization of procedural law, the nullities are now deemed as a form of control of the procedural acts, their regularity and conformity with the constitutional model of process, as one can interpret drawing on a joint approach to Habermas' theory, Fazzalari's theory and the Constitutionalist theory. Furthermore, the contradictory principle also elucidates the role of parties and the judge as means to understand the process as a constitutional guarantee.

Key-words: Procedural Nullities. Liberalism of procedural law. Socialization of procedural law. Democratic rule-of-law state. Constitutional model of process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ampl. – ampliada

art. – artigo

atual. – atualizada

CF – Constituição Federal

Coord. – Coordenador

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

ed. – Edição

inc. – inciso

org. – organizador

p. – página

PLS – Projeto de Lei do Senado

rev. – revisada

trad. – tradução

v. – volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BASES TEÓRICAS PARA UMA CONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES	13
2.1 Considerações Iniciais	13
2.2 Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo civil	17
2.3 Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo penal.....	36
3 DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES E SUA (IN) ADEQUAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	63
4 REVISANDO A TEORIA DAS NULIDADES: ENTRE O LIBERALISMO PROCESSUAL E A SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO	82
5 RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	91
5.1 Uma teoria geral do processo de base principiológicas: o modelo constitucional de processo como marco para uma teoria das nulidades conforme a Constituição.....	95
5.1.1 <i>Por uma teoria das nulidades adequada ao Estado Democrático de Direito</i>	<i>104</i>
5.1.1.1 <u>As nulidades reconhecidas de ofício e a observância do contraditório prévio para a consolidação do Estado Democrático de Direito.....</u>	<u>111</u>
6 CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

As nulidades processuais sempre foram tema polêmico e não pacífico na legislação processual brasileira em decorrência da imprecisão terminológica advinda de distintas acepções doutrinárias quanto ao conceito, ao tratamento e às infindáveis classificações. No entanto, com a instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornou-se imprescindível rever a teoria das nulidades para adequá-la ao contexto democrático.

As nulidades consideradas instrumento de chicana (*i.e.*, instrumento dilatatório) das partes e de seus advogados no liberalismo processual passaram, na socialização processual, a instrumento “corretivo” do juiz, que, ao declarar nulidades de ofício, reafirmava o seu protagonismo no processo, já que ele ampliava a sua cognição subjetivista baseando-se em sua interpretação única, solitária e solipsista. Por isso, é imprescindível elucidar o papel desempenhado pelas nulidades no Estado Democrático de Direito.

Trata-se, contudo, de uma tarefa árdua, já que, para o estabelecimento de uma teoria das nulidades processuais em conformidade com a Constituição, é fundamental que se esclareçam o papel do juiz e das partes no processo, a concepção de processo condizente com o sistema democrático, o próprio modelo constitucional de processo, o papel de uma teoria geral do processo, a concepção do Estado Democrático de Direito e, principalmente as nulidades processuais.

Para tanto, construíram-se, no âmbito do presente estudo, as bases teóricas das nulidades a partir do processo civil, para posteriormente construir as bases teóricas do processo penal, encontrando-se pontos de convergência e de divergência entre os diversos autores.

Ressalta-se que a construção de uma teoria das nulidades processuais aplicada a todo processo constitucional somente é possível a partir do modelo constitucional de processo que se fundamenta em uma base principiológica uníssona de princípios, contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, os quais irão se aperfeiçoar ou se expandir para abarcar princípios decorrentes das especificidades de cada microssistema em estudo. Por isso, a proposição de uma teoria das nulidades visa a fixar as bases para uma interpretação constitucionalmente adequada das nulidades processuais, sem desconsiderar as especificidades de cada microssistema processual. Isso posto, o presente trabalho constrói o

tema tanto no processo penal quanto no processo civil, justamente para demonstrar a possibilidade de uma teoria das nulidades aplicada ao processo constitucional, quando se fixam as bases que devem estar presentes em qualquer microsistema processual: conceitos, princípios que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, tratamento das nulidades, bem como a elucidação de erros e repetições infundadas.

Encontram-se na doutrina, portanto, autores que conceituam nulidade como vício (LACERDA, 1990; TEIXEIRA, 1990; SILVA; GOMES, 2006; TORNAGHI, 1977), outros que tentam inovar conceituando-a como defeito ou imperfeição, mas que, na verdade, também não conseguem se desvencilhar da concepção de nulidade como vício (MEDEIROS, 1987; TOVO; TOVO, 1988; FERNANDES; FERNANDES, 1994; WAMBIER, 1998), alguns que conceituam nulidade como atipicidade constitucional (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009) e, finalmente, aqueles que a conceituam como sanção (FERREIRA, 1963; GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

Não bastasse a diversidade de conceitos, as classificações das nulidades acompanham a divergência: nulidades de pleno direito; nulidades sanáveis e insanáveis; nulidades relativas e absolutas; nulidades e anulabilidades. Para complicar ainda mais, essa divisão decorre de várias justificativas: os efeitos são diferentes *ex tunc*, *ex nunc*; deve-se classificar em decorrência da graduação da gravidade do vício; os interesses que se resguardam no processo são diferentes: público, privado; a norma violada pode ser constitucional ou infraconstitucional; os legitimados para argui-las e o momento processual para essa arguição são distintos; opera-se a preclusão; e, em razão da cominação legal.

Em relação aos critérios para que o juiz possa reconhecer as nulidades, vários princípios são apontados, tais como: “processo é forma”; “as formas têm caráter instrumental”; “não há nulidade sem prejuízo”; “proteção”; “causalidade”; “contraditório”; “comunicação”; “convalidação”; “celeridade”; “especificidade”; “eficácia do ato viciado”; “economia processual”; e “interesse”. Enfim, encontram-se muitos significantes diferentes referindo-se a um mesmo significado e, assim, criando um impasse total na doutrina.

É imprescindível esclarecer que a autora da presente pesquisa não concorda com a teoria das nulidades defendida pelos autores utilizados no Capítulo 2, que trata da construção das bases teóricas. A partir da construção do tema, torna-se possível apontar os equívocos desses autores, sobretudo com base nos ensinamentos de Ferreira (1963), Gonçalves (1993) e Passos (2002), unânimes no sentido de que: nulidade é sanção; inexistente nulidade de pleno direito; e a classificação das nulidades só pode ocorrer no plano do direito positivo.

Torna-se necessário justificar a utilização de Ferreira (1963) na desconstrução teórica das nulidades processuais, uma vez que se trata de um autor consagrado no direito material, cujas obras se voltam especificamente para o direito privado. Ainda que o trabalho de Ferreira sobre o estudo das nulidades tenha sido escrito e publicado anteriormente ao contexto democrático, ele traz valiosas contribuições para elucidação do conceito e do tratamento das nulidades processuais, já que, ao explicar o tratamento das nulidades no direito privado, aponta as repetições infundadas e os erros mantidos e advindos desde o Direito Romano e transpostos à teoria das nulidades processuais. Explicita ainda sobre a impossibilidade de se pensar em uma classificação das nulidades no âmbito do direito processual. Ora, esse texto é fundamental e marco para a desconstrução da teoria das nulidades processuais e, portanto, aproxima-se do contexto democrático.

Gonçalves (1993) e Passos (2002) defendem que: somente dois critérios condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, finalidade e prejuízo; a cominação da nulidade ocorre em dois momentos.

Gonçalves (1993) afirma que a única classificação admitida no Código de Processo Civil de 1973 (CPC73) é o da cominação legal, nulidades cominadas e não cominadas, podendo essa classificação ser utilizada no processo penal. Segundo o autor, as cominadas devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz e também podem ser alegadas pelos outros sujeitos processuais, ao passo que as não cominadas exigem a alegação pela parte prejudicada. No entanto, Passos (2002) defende que, em razão do devido processo constitucional, todas as nulidades podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz e acrescenta que, já que a prática dos atos processuais não visa resguardar interesse exclusivo das partes, o instituto da preclusão não ocorre no direito processual, perdurando a oponibilidade.

Firmou-se, portanto, a necessidade de se desconstruir as divergentes teorias das nulidades de matriz liberal e social – sustentadas pela relação jurídica processual e pelo instrumentalismo – a partir da demonstração de sua inadequação ao contexto democrático. A razão dessa necessidade esta no fato de que se verificam resquícios do liberalismo processual e características da socialização processual no Código de Processo Penal de 1941 e observa-se que o Código de Processo Civil de 1973 está inserido no contexto da socialização processual. O liberalismo processual e a socialização do processo serão elucidados no Capítulo 4, da presente pesquisa.

No último capítulo, a partir do marco teórico do trabalho, que é a Teoria Procedimentalista de Habermas (2003), elucida-se o conceito de Estado Democrático de

Direito pela co-originalidade entre autonomia cidadã e autonomia privada, em que os sujeitos de direito adquirem importante papel na formação e conformação da sociedade, a partir do procedimento democrático, já que são autores e destinatários da norma jurídica. Em seguida, demonstra-se como o modelo constitucional de processo, inicialmente proposto por Andolina e Vignera (1997), interage com o processo como garantia e como é possível a defesa de uma teoria geral do processo em bases principiológicas (BARROS, 2008).

Adverte-se, contudo, que a dissertação pretendeu estabelecer os parâmetros conforme a Constituição para a teoria da nulidade, mas sem olvidar a própria especificidade do paradigma do Estado Democrático de Direito: inacabado, sempre à espera do por vir e, que exige o esforço hermenêutico em cada caso para solucionar as questões postas em discussão. A partir dessa conscientização, elabora-se uma teoria das nulidades adequada ao contexto democrático a partir da compreensão do papel das partes e do juiz, ou seja, da participação processual (NUNES, 2008), uma vez que as nulidades são formas de controle dos atos processuais e de sua conformidade com o modelo constitucional de processo (BARROS, 2010).

Conclui-se, portanto, serem inadmissíveis no Estado Democrático de Direito – que se fundamenta nos direitos fundamentais e na soberania do povo – características liberais e sociais no processo. O protagonismo judicial ocasionando decisões surpresa para as partes a partir da interpretação única e subjetiva do juiz é inadequado. No entanto, não se almeja um retorno à figura passiva, inerte, coadjuvante do juiz para proclamar o vencedor do jogo entre as partes. Por isso, a função precípua do processo como garantia constitucional para a superação dessas matrizes liberal e social na reconstrução de uma teoria das nulidades. Ressalta-se, no entanto, a dificuldade da pesquisa em estabelecer uma teoria fechada das nulidades, em razão do próprio Estado Democrático de Direito, que é um projeto em constante construção pelos sujeitos de direito.

Destaca-se, nesse contexto, a imprescindibilidade da trajetória do desenvolvimento das pesquisas em processo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Através de críticas e reflexões doutrinárias por parte dos professores da referida instituição, garantiu-se o embasamento teórico e crítico necessário para a elaboração da presente dissertação, tornando possível uma reconstrução da teoria das nulidades em consonância com o contexto democrático.

2 BASES TEÓRICAS PARA UMA CONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES

2.1 Considerações Iniciais

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o contexto se modifica, demandando que alguns conteúdos fossem revisitados para se adequarem a esse incipiente contexto democrático. Dentre esses conteúdos, encontra-se a teoria das nulidades, visto que, diante da imprecisão terminológica advinda de distintas acepções doutrinárias quanto ao conceito e ao tratamento das nulidades, tornam-se visíveis os óbices a uma interpretação constitucionalmente adequada do tema e compatível com o processo constitucional.

Desta feita, é imprescindível a reconstrução da teoria das nulidades a partir da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 (CPP41), que servirá de motivação para o estudo aprofundado e o esclarecimento das nulidades nos códigos vigentes de processo penal (1941) e de processo civil (1973) – anteriores à Constituição de 1988 – e no Projeto de Novo Código de Processo Penal (PLS nº. 156 de 2009) e no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010), possibilitando uma interpretação conforme a Constituição.

Optou-se, *a priori*, na presente pesquisa, somente pelo estudo da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, uma vez que a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (1973) não aborda especificamente o tema das nulidades. O foco na referida exposição está nas “tendências” rapidez e justiça que devem estruturar “o processo civil de modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça” (BUZAID, 1964, p. 13), e não diretamente no sistema das nulidades processuais, que já havia sido objeto de análise na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939.

Elucida-se, no entanto, que Francisco Campos, à época Ministro da Justiça, responsável pela elaboração do CPC39 já denunciava, na correspondente Exposição de Motivos, “o apego às formas como instrumento de chicana” (SILVA; GOMES, 2006, p. 220). Em outras palavras, o excessivo rigor e observância das formas tornaram-se óbices ao próprio processo, já que “deixar de considerar o caráter eminentemente instrumental das formas e erigi-las ao *status* de fim implicaria renegar a própria natureza instrumental do processo, com prejuízo do direito e da justiça” (SILVA; GOMES, 2006, p. 220).

Essa tendência no direito processual, qual seja, a liberdade discricionária das formas, restou positivada no CPC39 e manteve-se na redação do CPC73, no art. 154 (BRASIL, 2009b), vinculando a “liberdade da forma à finalidade do ato” (SILVA; GOMES, 2006, p. 221). Ademais, ao se compararem os artigos referentes às nulidades no CPC39 e no CPC73, conclui-se que a redação se mantém basicamente a mesma, dispensando maior atenção ao tema ou explicação dele pela Exposição de Motivos do CPC73. Ressalta-se, ainda, que a presente pesquisa visa construir as bases teóricas do sistema da nulidade para, em seguida, reconstruir a teoria das nulidades em conformidade com o processo constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito.

Passa-se, ao estudo da Exposição de Motivos do CPP41.

Francisco Luis da Silva Campos, à época Ministro de Estado e Justiça e Negócios Interiores (1937-1942), já apontava, na Exposição de Motivos, a necessidade de se reduzirem ao mínimo as nulidades processuais, uma vez que no código anterior (Código de Processo Criminal de 1932), em decorrência do excessivo rigor formal, elas, positivadas ao máximo, representavam um atraso, uma estagnação do próprio processo e da seriedade da justiça.

“As *nulidades processuais*, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça” (BRASIL, 2008, p. 342, grifo do autor).

Logo, com o intuito de superar essa visão distorcida do processo penal marcado pela rigidez das formas e pela irrestrita vinculação dos atos às formas estabelecidas pela lei, a opção legislativa para o Código de Processo Penal foi a redução das nulidades ao máximo.

O Código de Processo Penal Italiano (Código Rocco) teve forte influência na formulação do Código de Processo Penal Brasileiro durante o Estado Novo (1937-1945). Para reafirmar essa influência, Francisco Campos cita, na Exposição de Motivos, o processualista italiano, Ministro da Justiça Rocco, segundo o qual as sanções da nulidade devem ser reduzidas ao mínimo para que haja um bom processo penal. Nesse sentido, o Código de Processo Penal se revela com uma discussão importante, pese-se a distorção na relevância das formas, que será tratada adiante.

Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano “um bom direito processual penal deve **limitar as sanções de nulidade** àquele estrito *mínimo* que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos” (BRASIL, 2008, p. 350, grifo meu).

É importante salientar que a Exposição de Motivos visava superar o liberalismo processual, marcado pelos princípios da escrita e da prevalência do papel das partes (NUNES 2008), já que no processo, devido ao excessivo rigor formal, o advogado tinha como função precípua “espiolhar nulidades¹”. Logo, nesse jogo entre as partes, a vitória dependia da esperteza e habilidade do advogado em delongar o processo. Conseqüentemente, a justificativa da necessidade de redução das nulidades ao mínimo passa a ser o foco na referida Exposição.

Tornou-se imprescindível a superação dessa concepção liberal de processo como instrumento privado das partes, por meio do qual o juiz como mero espectador não podia reconhecer de ofício nulidades no processo, já que se submetia ao poder e à vontade das partes, que controlavam e conduziam todo o processo. (NUNES, 2008).

A transição do liberalismo individualista para o “Estado social de direito” assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetada no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das “regras do jogo”, e, no fim, proclamar o vencedor. (MOREIRA, 1984, p. 51).

A redução das nulidades processuais era uma tentativa de melhoria da técnica processual com a implementação da concepção social de processo marcada pelo ativismo judicial – concepção essa, a ser mais bem elaborada adiante. Trata-se de uma tentativa um pouco frustrada, uma vez que deixou resquícios do liberalismo processual no Código de Processo Penal de 1941, com a redação do art. 564 (BRASIL, 2009b), que enumera os casos em que deverá ser reconhecida a nulidade do ato (BARROS, 2010).

Apesar de um avanço, já que os Códigos foram elaborados na fase de transição do liberalismo processual para a socialização processual, as normas que sistematizam a teoria das nulidades no Código de Processo Penal de 1941 e no Código de Processo Civil de 1973 refletem uma perspectiva de Estado Social, em que, no extremo oposto, há a prevalência do

¹ “O CPP regula as nulidades com 11 artigos (563 a 573). Só um desses (o art. 564) diz quando haverá nulidade; os outros dez fazem previsão ou de quando não haverá nulidade, ou de quando a mesma não poderá ser declarada ou de como ela se sana. Na **Exposição de Motivos** do Código de Processo Penal há menção aos “espiolhadores de nulidade”. As referências à importância e à finalidade das nulidades na doutrina são poucas. Parece haver aversão às nulidades. Em verdade, as nulidades constituem-se em um dos institutos mais importantes do processo penal. É através delas que princípios fundamentais (alguns até constitucionais) do processo são garantidos e resguardados. Este é o instituto que efetivamente assegura a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, enfim, a legalidade do processo. Os casos de nulidades não devem ser restringidos, pela lei ou pela doutrina, mas sim, evitados pelo juiz.” (MEDEIROS, 1987, p. 23-24, grifo meu).

papel do juiz e do princípio da oralidade no processo (NUNES, 2008).

Invertendo os papéis, o juiz passa a conduzir o processo e as partes se tornam meros espectadores à espera da sentença judicial. Verifica-se que, apesar do estabelecimento de critérios para o reconhecimento da nulidade, esses são subjetivos, reforçando o solipsismo judicial: o juiz pode reconhecer uma nulidade de ofício, construindo sua decisão sem a participação das partes e, portanto, sem a utilização de argumentos advindos com a garantia do contraditório prévio. Os poderes oficiosos do juiz advindos com a socialização processual trouxeram consequências catastróficas para o processo, já que “permitiu-se aquele a não vinculação às alegações e provas deduzidas pelas partes, estando autorizado a suscitar de ofício aspectos fáticos e questões relevantes para a decisão” (NUNES, 2008, p. 73).

Analisando-se a Exposição de Motivos como pano de fundo para o estudo das nulidades processuais, verifica-se que o tema é complexo e de relevância atual. Apesar da tentativa de superação do liberalismo do processo, é também imprescindível a superação da socialização processual para efetivação do instituto das nulidades condizente com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto democrático, os poderes oficiosos do juiz no processo devem sempre constituir uma decisão democrática pautada na participação das partes através de argumentos jurídicos. Essa decisão democrática somente será observada através da garantia do contraditório como princípio da influência e da não-surpresa (NUNES, 2008), devendo o juiz submeter a sua decisão de reconhecimento de nulidade *ex officio* ao contraditório prévio entre as partes.

Cumprido destacar que, ainda que Francisco Campos fundamente a necessidade de as nulidades processuais serem limitadas no processo penal, recorrendo-se, para tanto, ao processualista italiano Rocco, que adota a teoria da nulidade como sanção, Campos confunde nulidade como vício, mantendo as imprecisões terminológicas durante toda a Exposição de Motivos.

Imprescindível, portanto, estudar como as teorias intervieram para explicar a Exposição de Motivos e, conseqüentemente as normas trazidas pelos Códigos de Processo anteriores à Constituição e os Projetos de Novos Códigos de Processo quanto às nulidades processuais e suas características: nulidades sanáveis e insanáveis; nulidades de pleno direito e anulabilidade; nulidades absolutas e relativas; nulidade reconhecida *ex officio* e nulidade reconhecida por requerimento das partes; nulidade como sanção ou como vício e atipicidade constitucional. A partir desse estudo, é possível caminhar para uma construção da teoria das

nulidades em conformidade com o modelo constitucional de processo no marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

2.2 Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo civil

É necessária a análise do tema a partir dos estudos de Chiovenda (1945), Carnelutti (1938) e Liebman (1984), autores de grande influência e referências no direito processual².

Chiovenda (1945) ressalta a necessidade das formas processuais, ainda que os leigos atribuam as demoradas “querelas” às formas e considerem a inobservância delas a causa constante da perda do direito. No entanto, o autor ressalta que, sem elas, ocorre o caos, a incerteza.

Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza. Infelizmente é difícil conseguir-se um sistema de formas lógico, isto é, correspondente às condições do tempo em que se vive. Muitas formas são o reflexo das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes justificável, por vezes desarrazoado, à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense, como toda classe que se educa numa longa preparação *técnica* (sic) (CHIOVENDA, 1945, p. 12).

Isso posto, sempre existiu um embate entre aqueles que defendiam a necessidade das formas e aqueles que defendiam que o processo não poderia ser sacrificado à custa da observância delas ou, ainda, em função da oscilação “entre a necessidade de presteza nas lides e a de uma cognição e de uma defesa completas” (CHIOVENDA, 1945, p. 13).

O autor salienta que as formas podem estar previstas na lei, sob a justificativa de

² É imprescindível esclarecer as razões pelas quais a autora da presente pesquisa não recorre à doutrina francesa para a construção do tema das nulidades processuais: primeiramente, a pesquisa se volta para o estudo do tema feito pela doutrina brasileira; por isso, a utilização de obras nacionais e a ênfase dada a elas. Segundo, os processualistas italianos tiveram influência direta no desenvolvimento dos estudos em processo no Brasil. Terceiro, a tradição francesa é marcada pela exegética do procedimentalismo ou escola procedimentalista, cuja característica marcante é o procedimento. Não havia uma independência do processo frente ao direito material. Sabe-se, portanto, que o marco da ciência processual é com a obra de Bülow, em 1868, considerada como o ponto de partida para o processualismo científico, já que, a partir de 1868, há a independência do direito processual em relação ao direito material.

segurança e garantias às partes ou, podem estar ausentes, cabendo ao juiz regular as formas em cada caso concreto. “Certamente a extensão dos poderes do juiz, mesmo no domínio das formas, representa poderoso meio de simplificação processual [...]; ela, porém, só é possível em proporção da confiança que, em dado momento, a ordem judiciária inspira aos cidadãos” (CHIOVENDA, 1945, p. 13).

Consoante Chiovenda (1945), são três as consequências para a inobservância das formas: nulidade do ato; multa; ou não produção de consequências. O referido autor acrescenta ainda que o sistema processual italiano defende uma “via média” em relação às nulidades.

O sistema francês positivou o princípio de que somente a nulidade prevista em lei pode ser declarada. Já no sistema gregoriano, presume-se a nulidade sempre que houver violação à lei processual. Logo, o direito processual italiano consagrou a regra de que somente nulidades do processo previstas em lei podem ser declaradas, mas essa regra comporta exceção: a possibilidade de se declarar a nulidade dos atos desprovidos de elementos essenciais (CHIOVENDA, 1945).

Chiovenda ainda adverte sobre três pontos importantes sobre as nulidades no sistema processual italiano. Em primeiro lugar, elas “não são *penalidades*, mas somente a consequência lógica do inadimplemento daquelas formas, a que a lei atribue determinados efeitos” (sic) (CHIOVENDA, 1945, p. 16). Em segundo lugar, a lei estabelece determinada formalidade para que o ato atinja sua finalidade. Logo, ainda que existam outros modos para se atingir esse fim, eles serão considerados inexistentes quanto aos efeitos jurídicos:

Que a *natureza* e o *destino* de um ato de processo não bastam a determinar-lhe a essência; de outro modo, chegar-se-ia facilmente a encontrar *equipolentes* para as formas de processo. Pode suceder que o fim a que um ato se destina seja atingível por vários modos; mas a lei, designando um modo de preferência a outra, atribue áquele o caráter de *formalidade*, e considera como inexistentes para os efeitos jurídicos os outros modos, e não se permite, nesses casos, utilizar os outros modos possíveis para atingir o fim em vista (sic) (CHIOVENDA, 1945, p. 16).

Por fim, em terceiro lugar, as normas, que devem sempre ser interpretadas levando-se em consideração a interpretação mais próxima dos princípios presentes no sistema processual.

Que, na aplicação das normas formais, como de todas as normas jurídicas, deve adotar-se a interpretação que se apresente mais rigorosamente conforme aos princípios sugeridos pela lógica e pelo sistema, que pelo menos são fixos, constantes, objetivos, de preferência a tolerar certas tendências equitativas mórbidas, que, a pretexto de combater o formalismo ou de adaptar elasticamente as formas à substancia, abrem muitas vezes caminho – através do sentimento subjetivo da justiça

alimentado em cada intérprete – às paixões e ao arbítrio (sic) (CHIOVENDA, 1945, p. 16-17).

Liebman (1945), em notas à obra de Chiovenda (1945), elucidou o tratamento diferenciado das nulidades no direito processual brasileiro em comparação com a legislação italiana.

Profundamente diverso é o regulamento das nulidades na lei brasileira. Por uma parte, qualquer inobservância de formas pode produzir a nulidade, e neste sentido é possível dizer que as regras formais são muito mais rigorosas; por outra, não é qualquer inobservância das formas que produz automaticamente a nulidade, mas, pelo contrário, depende de uma apreciação do juiz, que deve, em cada caso, examinar a finalidade das prescrições cuja inobservância se argúe e as consequências que esta concretamente produziu. A lei parte, efetivamente, da ideia da não haver disposto formalidades supérfluas: todas têm sua razão de existir e visam garantir a consecução de determinados objetivos. Tratando-se, porém, de regras gerais e abstratas, qualquer sanção previamente estabelecida pode ser excessiva ou inadequada e só a consideração do caso concreto permitirá estabelecer se ao vício cabe remédio e qual seja o mais conveniente. Sobretudo, quis-se evitar que a arguição de nulidades supostas ou reais possa servir como facil pretexto para retardar ou complicar o desenvolvimento do processo (sic) (LIEBMAN, 1945, p. 15).

De acordo com Liebman (1945), esse tratamento diferenciado das nulidades no processo brasileiro encontra justificativa no princípio da instrumentalidade das formas processuais.

Por esse motivo, domina toda a matéria um princípio que se poderia denominar da *instrumentalidade das formas processuais*: o legislador estabelece as formas que se devam observar, unicamente para assegurar o alcance de determinados fins. Por essa razão, devem-se tratar tais formas como simples meios e não, por sua vez, como fins: sua inobservância, em cada caso concreto, não deve, em geral, induzir a nulidade do ato ou do processo, se por outras se atingiu igualmente, ou se pôde atingir, o fim a que o ato se destinava (art. 273, I; 278 § 2, Cod. Proc. Civ.) (sic) (LIEBMAN, 1945, p. 15).

Liebman (1945) ressalta que, apesar de esse princípio estar positivado nas normas de direito processual, ele não pode ser um óbice para a cominação expressa de nulidades pelo próprio legislador, diante da inobservância de formas essenciais ao processo.

Tal não obsta a que determinadas formas se considerem essenciais à regularidade e validade do processo e, assim sendo, se prescreva sua observância com a expressa cominação de nulidade; ainda nesta hipótese, todavia, a declaração da nulidade do ato viciado e, eventualmente dos dependentes dele, não deve sobrepassar a estrita necessidade da proteção do interesse, a cujo favor se prescrevera a forma, proteção que, na medida do possível deverá se realizar com o suprimento da falta ou a repetição do ato (art. 274, 278 e §1 e 2) (sic) (LIEBMAN, 1945, p. 15-16)

Liebman ainda assevera que o art. 275 do CPC39 deve ser observado pelo juiz sempre

que ele for declarar a nulidade, uma vez que, se o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem a declaração da nulidade aproveite o juiz não a declarará. “Assim, esses princípios atribuem ao juiz ampla faculdade de apreciação das circunstâncias do caso concreto, para decidir cada vez as consequências que deverão decorrer da violação das formas processuais” (sic) (LIEBMAN, 1945, p. 16).

Já Carnelutti (1938)³ explica que validade e eficácia, assim como invalidade e ineficácia, são vocábulos sinônimos, mas poder-se-ia pensar em uma distinção teórica, sem utilidade prática desses termos: invalidade seria “a consequência da falta de um requisito interno”, ao passo que a ineficácia seria “a consequência da carência de um requisito externo do ato” (CARNELUTTI, 2004, p. 679)⁴. O autor ressalta que a ineficácia do ato corresponde à sua nulidade, sob a justificativa de que tanto o ato nulo quanto o ineficaz não produzem efeitos jurídicos. “Se nulidade equivale a *ineficácia*, difere, pelo contrário, de *inexistência* que não se refere aos atos jurídicos, mas ao ato próprio; [...] um não ato, ou seja, negação do ato” (CARNELUTTI, 2004, p. 679, grifo do autor)⁵.

Em relação ao conceito de nulidade, o autor elucida que embora muitos compreendam a nulidade como sanção ou como uma pena (a partir da interpretação da expressão “sob pena de nulidade”), essa “prescrição limita-se a impedir os efeitos jurídicos do ato ou, por isso, melhor que de sanção, ou seja, de *medida repressiva*, deve-se falar em *medida preventiva*” (CARNELUTTI, 2004, p. 680, grifo do autor)⁶. Ademais, a declaração da nulidade visa impedir a produção de efeitos jurídicos do ato, ou seja, “sua finalidade não é reagir contra um evento produzido, mas evitar a produção do mesmo; [...] a lei limita-se a impedir os efeitos do ato, e a perda que dele deriva ao agente é uma consequência sua puramente natural” (CARNELUTTI, 2004, p. 680)⁷.

O dito autor ressalta que existe uma correspondência entre vício do ato e nulidade e que somente para um vício mais grave é que caberá a declaração da nulidade, já que “no campo dos atos processuais rege o princípio de que nem todo vício de um ato determina sua

³ Neste estudo optou-se por utilizar a obra original de Francesco Carnelutti (1938) intitulada *Sistema di diritto processuale civile - II Atti del Processo*, bem como a tradução para o português intitulada *Sistema de Direito Processual Civil - III Da estrutura do Processo*.

⁴ “la conseguenza del difetto di un requisito interno”; “la conseguenza della mancanza di un requisito esterno dell’atto” (CARNELUTTI, 1938, p. 488)

⁵ “Se nullità equivale a inefficacia, differisce da inesistenza, che non si riferisce agli effetti giuridici sabbene all’atto medesimo; [...] non atto, cioè negazione dell’atto” (CARNELUTTI, 1938, p. 489).

⁶ “a pena de nullità” [...] “statuizione si limita a impedire gli effetti giuridici dell’atto onde meglio che di sanzione, cioè di misura repressiva, si deve parlare di misura preventiva” (CARNELUTTI, 1938, p. 490).

⁷ “il suo scopo non è di reagire contro un evento avverato, sabbene di evitarne l’avveramento; [...] la legge si limita a impedire gli effetti dell’atto e la perdita, che ne deriva all’agente, ne è una conseguenza puramente naturale” (CARNELUTTI, 1938, p. 490).

nulidade” (CARNELUTTI, 2004, p. 700)⁸. Por isso, é imprescindível atentar-se para a distinção feita entre os requisitos do ato, que podem ser necessários, sob pena de nulidade, ou úteis, sob pena de irregularidade. Só há de se falar em nulidade diante da omissão de requisitos necessários do ato (CARNELUTTI, 1938).

Na perspectiva do autor, a lei dispõe substancialmente sobre a previsão de nulidade processual. Entretanto, pode-se pensar em dois modos de se prever a nulidade na lei: pela “*determinazione generica e determinazione specifica*”. Nesta, a lei estabelece especificamente os requisitos necessários para cada ato; naquela, a lei “contenta-se em estabelecer genericamente que a nulidade seja acompanhada da falta de requisitos necessários” (CARNELUTTI, 2004, p. 701)⁹.

Além disso, o critério escolhido pelo legislador não é excluyente: pode-se adotar as determinações tanto genérica quanto específica para as nulidades processuais. “A lei pode prescrever, por um lado a nulidade para falta de certos requisitos especificamente assinalados e, por outro, cominar a nulidade para a falta de qualquer outro requisito necessário” (CARNELUTTI, 2004, p. 701)¹⁰.

É o que ocorreu com o Código de Procedimento Civil Italiano e com o Código de Procedimento Penal Italiano. Em ambos, o legislador positivou normas similares: somente a nulidade expressamente prevista em lei pode ser pronunciada (art. 56, §1º CPC) e, somente diante da inobservância dos requisitos necessários expressamente cominados pela lei será pronunciada a nulidade do ato processual (art. 184§1º CPP). Todavia, o art. 185 do CPP Italiano traz uma determinação específica das nulidades ao indicar todos os casos cuja falta de requisito causará nulidade para o ato processual¹¹. Já o §2º do art. 56 CPC Italiano¹² traz apenas uma determinação genérica das nulidades (CARNELUTTI, 1938).

“A distinção entre os requisitos necessários e úteis e, de modo ocasional, entre vícios

⁸ “nel campo degli atti processuali vale il principio, per cui non ogni vizio di un atto determina la sua nullità.” (1938, p. 504).

⁹ “si contenta di statuire genericamente che la nullità consegue all difetto dei requisiti necessari” (CARNELUTTI, 1938, p. 504).

¹⁰ “nel senso che la legge può da um lato statuire la nullità per il difetto di certi requisiti specificamente indicati e dall’ altro comminare la nullità per il difetto di ogni altro requisito necessário” (CARNELUTTI, 1938, p.505).

¹¹ Tornaghi (1987, p. 193) afirmou que o legislador brasileiro “tomou por modelo o Código de Processo Penal Italiano”. Logo, verifica-se que o art. 564 do CPP Brasileiro adotou, assim como o CPP Italiano, a determinação específica das nulidades ao enumerar em quais casos a nulidade deverá ser declarada.

¹² “Possono tuttavia (cioè, anche quando la nullità non sai espressamente comminata) annullarsi gli atti che manchino degli elementi, che ne costituiscono la essenza.” (CARNELUTTI, 1938, p. 506) “Poderão, sem embargo (ou seja, inclusive quando a nulidade não for expressamente cominada), anular-se os atos que careçam dos elementos que constituem sua essência.” (CARNELUTTI, 2004, p. 702).

essenciais e não essenciais, corresponde à tendência em reduzir ao mínimo a perda em que se concretiza a consequência negativa do desvio jurídico” (CARNELUTTI, 2004, p. 684-685)¹³.

O autor chama atenção para o fato de que alguns atos, ainda que eivados de vícios essenciais, podem ser convalidados através da retificação do vício do ato, que “consiste [...] em um novo ato: quem retifica, refaz, mas a característica da retificação funda-se em que pode atribuir ao ato os efeitos que teria devido e que não pode desenvolver-se por causa do vício, ou seja, eliminar este último” (CARNELUTTI, 2004, p. 685)¹⁴.

Às vezes, a nulidade estabelece-se não mais para qualquer inobservância da norma que disponha do requisito, mas apenas para uma inobservância que apresente certa gravidade; observarei, a este respeito, que o vício, da mesma forma que as enfermidades, distingue-se não apenas em relação à *espécie*, mas também à ordem da *gravidade* (CARNELUTTI, 2004, p. 702)¹⁵

Caberá ao intérprete verificar se o requisito é necessário, levando em conta a interpretação das normas previstas na lei e do “completo conhecimento do regime dos atos jurídicos, inclusive fora do processo” (CARNELUTTI, 2004, p. 703)¹⁶. Em relação à nulidade relativa Carnelutti afirma que também se trata de nulidade, “mas pode cessar por virtude do evento que sana o vício; em outras palavras, também o ato relativamente nulo *nullum producit effectum*, da mesma forma que o ato absolutamente nulo, mas diferentemente deste, o produzirá sempre que tal evento se realizar” (CARNELUTTI, 2004, p. 686-687)¹⁷.

Em relação à extensão dos atos processuais no direito processual italiano, a nulidade do ato pode atingir tanto os atos precedentes quanto os consecutivos que dependam desse ato (CARNELUTTI, 1938, p. 509-510). Diverso é o tratamento na legislação brasileira, que, buscando evitar o problema da invalidação retroativa surgido na Itália (TORNAGHI, 1987), optou apenas por determinar que o juiz, ao pronunciar a nulidade, declare quais atos são atingidos (art. 278 *caput* e §1º CPC39; art. 248 e 249 CPC73 e §§1º e 2º do art. 573 CPP41).

¹³ “Già la distinzione tra i requisiti necessari e i requisiti utili e, di riflesso, tra i vizi essenziali e i vizi non essenziali risponda alla tendenza di ridurre al minimo la perdita, in cui si concreta la conseguenza negativa della deviazione giuridica.” (CARNELUTTI, 1938, p. 494).

¹⁴ “consiste [...] in un nuovo atto; chi rettifica, rifà; ma il carattere della rettificazione sta in ciò che essa possa attribuire all’atto gli effetti, che avrebbe dovuto e non ha potuto spiegare, per causa del vizio, cioè eliminare quest’ultimo.” (CARNELUTTI, 1938, p. 494).

¹⁵ “Talvolta la nullità è statuita non già per qualsiasi inosservanza della norma, che dispone il requisito, ma solo per una inosservanza, la quale presenti una certa gravità; a questo proposito va notato come i vizi, al pari delle malattie, si distinguano non solo in relazione alla specie ma altresì in ordine all’gravità” (CARNELUTTI, 1938, p. 702).

¹⁶ “compiuta conoscenza del regime degli atti giuridici, anche fuori dal processo.” (CARNELUTTI, 1938, p. 506).

¹⁷ “ma può cessare per virtù dell’evento, che sana il vizio; in altre parole anche l’atto relativamente nullo *nullum producit effectum* come l’atto assolutamente nullo, ma, a differenza da questo, lo produrrà qualora tale evento si avveri.” (CARNELUTTI, 1938, p. 495).

Liebman (1984), em sua obra traduzida e com notas de Cândido Rangel Dinamarco, explicita que, no direito processual italiano, três regras concatenadas disciplinam o tratamento da nulidade. A primeira regra, que subordina a declaração da nulidade à previsão expressa em lei, foi acolhida pelo direito italiano após o direito francês tê-la incorporada ao seu ordenamento como resposta ao excessivo rigor e formalismo do direito. A segunda estabelece uma exceção à primeira: ainda que não esteja prevista formalmente em lei, a nulidade poderá ser declarada diante da inobservância dos requisitos formais essenciais para que o ato atinja a sua finalidade. A terceira regra estabelece que, se o ato tiver atingido a sua finalidade (“o seu escopo”), a nulidade não poderá ser declarada. Logo, se “a consideração do escopo [...] permite identificar a nulidade, mesmo quando não expressamente cominada, e em outros casos (o escopo) impede que ela seja pronunciada, ainda que cominada” (LIEBMAN, 1984, p. 259), pode-se concluir que o princípio que rege os casos de nulidade é o do “escopo” (finalidade).

Ademais, Liebman (1984, p. 260) verifica a existência de “outra limitação à declaração da nulidade de um ato”, a saber: “em regra, as nulidades devem ser consideradas relativas”. Na acepção do autor, o vício do ato poderá ter diversas consequências, nem sempre significando a invalidade desse ato. Logo, as nulidades relativas só podem ser declaradas pelo juiz a requerimento da parte, sendo “essencialmente sanáveis, porque a falta de sua alegação torna irrelevante o vício do ato”.

Em contrapartida, nas nulidades absolutas, a omissão de um requisito considerado essencial (relevante) pela lei deve ser declarada de ofício pelo juiz. Essas nulidades “são normalmente insanáveis, a menos que a lei preveja também para elas a possibilidade de uma convalidação” (LIEBMAN, 1984, p. 260).

Liebman (1984, p. 263) ressalta que a declaração de nulidade está condicionada à declaração pelo juiz. “Entende-se que, para existir uma nulidade ela precisa em todos os casos ser declarada pelo juiz, prevalecendo essa regra, em princípio, tanto para as relativas quanto para as absolutas”. Consequentemente, ao declarar a nulidade, o juiz apenas “certifica e verifica a invalidade do ato”, e não o anula.

Passa-se agora à análise de autores brasileiros cujas obras são consideradas marcos para o direito processual pátrio.

Galeno Lacerda¹⁸ (1990) explica as nulidades a partir da análise dos vícios do ato

¹⁸ “Em 1953 quando o então Professor e Advogado Galeno Lacerda publicou a primeira edição desta obra, [...] alguns dos conceitos emitidos eram revolucionários para o direito de nosso País que via no Saneador apenas

processual, os quais ele classifica em vícios essenciais e não essenciais¹⁹.

Os vícios essenciais se distinguem em nulidades absolutas, relativas e anulabilidades, e “o critério distintivo repousa na natureza e nos fins (finalidade) da norma violada” (LACERDA, 1990, p. 124). Se a norma violada resguarda interesse público, está-se diante de nulidade absoluta, insanável. Entretanto, se a norma violada é cogente e resguarda interesse preponderantemente privado, trata-se de nulidade relativa; ao passo que, se a norma violada é dispositiva, ainda que resguarde interesse público ou privado, os vícios do ato são sanáveis e há anulabilidades (LACERDA, 1990).

Se o preceito desrespeitado tiver como inspiração o interesse público, o vício do ato se apresenta insanável. [...] Trata-se de vício absoluto, insanável, porque a norma violada é de interesse público (sic).

Sanáveis, ao contrário, serão as infrações a regras ditadas, preferencialmente, no interesse das partes. Se a norma for imperativa, trata-se de nulidade relativa, sanável mediante ato da parte, para a realização do qual o juiz pode e deve prover de-ofício (sic). [...]

Se a ofensa se dirigir a norma dispositiva (anulabilidade), não pode o juiz agir de-ofício, e o ato convalida-se pela omissão do interessado, ou será anulado pela sua reação (sic) (LACERDA, 1990, p. 126-127).

Insta salientar que, sempre que houver violação à norma imperativa, quer se trate de nulidades absolutas ou relativas, o juiz deve declarar a nulidade de ofício. A diferença, portanto, reside quanto ao interesse resguardado pela norma: se for de interesse público a nulidade é insanável; se for de interesse da parte, o juiz tenta o “suprimento”²⁰ do ato para

um despacho destinado a organizar o processo, afastando as irregularidades e suprimindo as nulidades sanáveis. [...] A obra que surgiu humilde mas audaciosa na década de cinquenta, estava delineando a figura do Código de 1973, antecipando-se à legislação processual de vinte anos depois. Com ela estava se atualizando o futuro. Dentro desse espírito de pioneirismo [...] Galeno Lacerda resolveu reeditar a obra, mas de maneira facsimilada, já que os principais temas tratados permanecem inalterados, embora os artigos nela referidos sejam os do Código de Processo Civil de 1939” (SILVA, 1990, p. V). Isso posto, ressalta-se ser imprescindível a análise do tema das nulidades trazido por Galeno Lacerda, ainda que o estudo dos vícios dos atos processuais ocorra nas normas do Código de Processo Civil de 1939, já que as disposições do CPC73 permanecem praticamente inalteradas em relação às nulidades processuais nos seus aspectos fundamentais (GONÇALVES, 1993, p. 47).

¹⁹ A título de esclarecimento, cabe apontar que Galeno Lacerda (1990), os vícios não essenciais são as simples (meras) irregularidades e, portanto, são sanáveis. Insta salientar que Galeno Lacerda sofreu grande influência de Carnelutti (2004) na construção de conceitos sobre a teoria da nulidade. Destaca-se a correspondência entre vício e nulidade, sua gradação e distinção. “Uma primeira observação que temos de fazer sobre este problema é a de que nem todos os requisitos de um ato apresentam a mesma importância; é possível, portanto, distinguir entre eles conforme sejam *necessários* ou, simplesmente, *úteis* e estabelecer a nulidade apenas como consequência da omissão dos primeiros, mas não dos segundos. [...] À distinção entre requisitos necessários e úteis corresponde, Consequentemente, a distinção entre vícios essenciais e não essenciais ou acidentais; estes últimos são vícios relativos a requisitos simplesmente úteis” (CARNELUTTI, 2004, p. 682).

²⁰ A utilização do verbo suprir e suas conjugações, justifica-se pela literalidade do texto normativo do CPC de 1939 – redação essa não presente no CPC 73. Isso posto, verifica-se que o verbo “suprir” ou, ainda, a expressão “suprimento das nulidades” equivalem à repetição ou à retificação do ato. “SUPRIMENTO. De *suprir*, do latim *supplere* (suprir, acrescentar o que falta, completar), no conceito jurídico é o vocábulo

posteriormente declarar a nulidade. Em contrapartida, na anulabilidade, por se tratar de violação à norma dispositiva, que fere interesse da parte, o juiz nunca poderá declarar a nulidade de ofício (LACERDA, 1990, p. 160).

Feitas as distinções entre os vícios essenciais, o autor explica que as “disposições saneadoras” (princípios) contidas nas normas do Código de Processo Civil (no capítulo das nulidades) não se aplicam às nulidades absolutas, já que, em se tratando de interesse público e sendo o vício insanável, a norma que cabe ao juiz seguir em relação a essas nulidades é apenas a de pronunciá-las de ofício. Dessa forma, faz-se mister a análise das normas, as quais consoante Lacerda (1990) só são aplicáveis às nulidades relativas e às anulabilidades.

A primeira delas é a relativa à convalidação de atos viciados na forma, ou seja, se a lei prescrever determinada forma para o ato, mas não cominar nulidade, o ato será convalidado caso tenha atingido o seu fim. Não obstante, se a lei, além de prescrever determinada forma para o ato, também cominar nulidade, caberá ao juiz ordenar as providências necessárias para que aquele ato eivado de nulidade relativa seja “suprido” e, considerado válido pela retificação ou repetição (art. 273 e 274 CPC39). Entretanto, ainda que a lei prescreva determinada forma e comine nulidade, se o juiz puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem a nulidade será aproveitada, o ato não será “suprido” nem repetido, já que o juiz não irá declará-la (art. 275 CPC39). “Claro está que essas nulidades impronunciáveis, por efeito da sentença favorável sobre o mérito, [...] são aquelas sanáveis. As insanáveis, absolutas, obstam qualquer decisão da controvérsia” (sic) (LACERDA, 1990, p. 131).

Em nosso direito positivo todos os vícios processuais de forma, não absolutos e não cominados de nulidade, se equiparam, quanto aos efeitos, às anulabilidades processuais: não podem ser pronunciados de-ofício pelo juiz, mas somente por provocação do interessado – eis a diferença – não será levada em consideração se o ato tiver atingido o seu fim (sic) (LACERDA, 1990, p. 128-129).

Segundo Lacerda (1990), a propositura de uma ação inadequada é vício não essencial

tomado em acepção análoga à gramatical. Exprime a ação e efeito de suprir, ou de completar, o que falta em alguma coisa, para que se mostre perfeita. Assim, juridicamente, o *suprimento* é o ato, ou a diligência, executada com o objetivo de *preencher uma formalidade*, ou *atender uma exigência*, que se mostra indispensável, ou necessária, à validade de certo ato, ou com o objetivo de *remover uma falta*, ou *sanar um defeito*, para que se revalide, ou se corrija o ato. [...]. SUPRIMENTO DE NULIDADE. Assim se entende o ato judicial que, removendo a falta, ou o defeito do ato praticado, permite sua validação, para que produza os efeitos legais. Em regra somente os atos anuláveis e os feridos de defeito não substancial, são passíveis de suprimento. A nulidade conseqüente de defeitos ou faltas *insanáveis*, ou *substanciais*, em princípio, não se suprem.” (SILVA, 1997, p. 787).

Art. 294 CPC39. No despacho saneador, o juiz:

III – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará **suprir** as sanáveis bem como as irregularidades;

Art. 295. Para o **suprimento de nulidades** [...] (BRASIL, 1940, p. 77-78, grifo meu).

e que, portanto, a impropriedade da ação ou o erro de forma do processo não acarretará a sua nulidade, cabendo ao juiz anular os atos que não possam ser aproveitados e ordenar a prática daqueles atos fundamentais para que a ação seja processada da forma correta, adequada (art. 276 CPC39). Essa norma, conforme Lacerda, encontra equivalência no art. 250 do CPC73, já que o legislador, ao abranger qualquer erro de forma do processo, também abrange o erro de forma da ação proposta.

Já a norma trazida pelo art. 278 CPC39, que equivale ao art. 248 em interpretação lógico-sistemática com o art. 249 *caput* e §1º CPC73,

[...] disciplina o princípio da contaminação do vício aos atos posteriores, e respectivo saneamento, assim como considera saneado o vício, se não houver prejuízo para as partes. [...] A excluyente da falta de prejuízo, - inútil repetir o afirmado acima em termos gerais, - é inaplicável aos casos de nulidade absoluta. Vigê, porém, incondicionalmente, para todas as hipóteses de nulidade relativa e anulabilidade. Em relação àquelas é interessante considerar a aplicação do princípio, quando ausente ou nula a citação do réu, dos litisconsortes necessários ou do órgão do Ministério Público. Os atos processuais não serão anulados se não tiver havido prejuízo, respectivamente, para o réu (se vencedor), para os litisconsortes ou para a parte que deveria ter sido assistida pelo representante do Ministério Público. (LACERDA, 1990, p. 131).

De acordo com Flávio Pâncaro da Silva, que prefacia a obra, Galeno Lacerda trouxe valiosa contribuição à ciência processual, uma vez que, por meio da distinção entre as nulidades, houve a relativização de grande parte delas, fazendo com que o ponto mais importante de um Código de Processo fossem as “disposições saneadoras” que relativizam as nulidades (SILVA, 1990), e não mais os artigos que descreviam os atos nulos.

Já na nova ordem constitucional, no contexto pós 1988, Sálvio de Figueiredo Teixeira (1990, p. 51) afirma que a despeito da obra de Lacerda ter se tornado um “marco na evolução [...] da chamada doutrina das nulidades, partindo da teoria geral para singularizar-se através de critério distintivo da natureza e da finalidade da norma violada”, esse instituto “reclama novas reflexões”. Na perspectiva de Teixeira (1990), o direito material sempre influenciou e fundamentou os institutos de direito processual, fazendo com que a autonomia do direito processual como ciência só fosse reconhecida em meados do séc. XIX. Diante disso, torna-se essencial, o estudo do instituto das nulidades “sob o enfoque do direito processual e não sob a ótica do direito material, muito embora não se possa negar os pontos de afinidade, na matéria, entre o direito processual e o direito material” (TEIXEIRA, 1990, p. 51).

Com efeito, as “nulidades” em processo civil diferem nitidamente das “nulidades”

do direito material, quer em termos de direito positivo, quer pela natureza e finalidade das normas violadas, quer pelos seus efeitos, sendo de salientar-se, quanto a estes, que em processo civil não há preocupação com a distinção entre eficácia *ex tunc* e *ex nunc*, uma vez que a invalidade é judicialmente declarada a partir de determinada fase ou em relação a determinado(s) ato(s), recordando-se aqui, *en passant*, brocardo latino: *quod nullum est, nullum producit effectum*²¹.

Por outro lado, não há qualquer utilidade prática entre nulidade relativa e anulabilidade, não se justificando, sequer para fins acadêmicos ou didáticos, uma distinção calcada apenas na natureza e finalidade das normas violadas. (TEIXEIRA, 1990, p. 52).

Conforme sublinha Teixeira, o ato nulo, no direito processual, produz todos os efeitos do ato válido até que seja declarada a sua nulidade, sendo sempre anulável e, portanto, não tem a mesma aceção no direito civil. O autor, então, defende a classificação desses atos processuais em atos meramente irregulares, atos inexistentes, atos nulos *pleno iure*, atos absolutamente nulos e atos relativamente nulos, haja vista que prevalece no sistema processual brasileiro a gravidade do vício do ato, além de princípios que regem a teoria das nulidades – quais sejam, o da economia, o da preclusão, o da legalidade das formas, o do interesse (incluído o prejuízo) e o da finalidade²² –, para que se evite ao máximo a declaração de nulidade dos atos que possam ser sanáveis ou “supridos” (TEIXEIRA, 1990). Cumpre, então, explicar cada um desses atos.

Os atos meramente irregulares, como o próprio nome diz, não acarretam sanções ou consequências para o processo, ainda que praticado em inobservância à lei. Seriam os casos de “ausências de numeração ou rubrica das folhas dos autos e do uso de abreviaturas” (TEIXEIRA, 1990, p. 53).

“São atos inexistentes aqueles que carecem de juridicidade, os que não ganham vida no mundo jurídico ou que assim são declarados por lei. Não passam de meros fatos” (TEIXEIRA, 1990, p. 54).

Atos nulos de pleno direito podem ser considerados, em uma classificação *lato sensu*, uma espécie do gênero atos absolutamente nulos. Entretanto, em termos dos efeitos produzidos, assemelham-se aos atos inexistentes, porque também não geram coisa julgada. “Distinguem-se, contudo, dos atos inexistentes porque são praticados por autoridade investida na função jurisdicional, não havendo também, em relação a eles, a previsão legal de inexistência” (TEIXEIRA, 1990, p. 54). Exemplifica-se com os atos “praticados em causas nas quais não se formou a relação processual” (TEIXEIRA, 1990, p. 55), em que não se

²¹ *O que é nulo não produz efeitos* (tradução livre).

²² Teixeira (1990, p. 45) concorda que todos esses princípios são representados pelo princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais.

efetivou a citação válida ou quando nem todos os litisconsórcios necessários tomaram conhecimento do processo. Esses atos são insanáveis, mas passíveis de serem “supridos”²³. O que os distingue dos atos absolutamente nulos é que neste existe o processo, ao passo que naqueles inexistente a relação processual, sendo, portanto, mais grave o vício (TEIXEIRA, 1990).

Quanto aos atos absolutamente nulos e os relativamente nulos, a distinção se fundamenta “na natureza e nos fins da norma processual” (TEIXEIRA, 1990, p. 56). Na nulidade absoluta, há violação à norma preponderantemente de interesse público, devendo o juiz declará-la de ofício, não ficando condicionado à arguição pela parte, já que o prejuízo é presumido. Ressalta-se que grande parte das nulidades absolutas encontra-se cominada na lei processual. Já na nulidade relativa ocorre violação à norma de interesse da parte, ficando o juiz condicionado à arguição pela parte e ao princípio da finalidade para posteriormente declará-la. Essa arguição deve ocorrer na primeira oportunidade sob pena de preclusão. Em parte, Teixeira (1990) concorda com Lacerda (1990), uma vez que admite que o princípio da finalidade só se aplica às nulidades relativas, com a justificativa de que o art. 244 do CPC só abrange as nulidades não cominadas que são típicas dos atos relativamente nulos (TEIXEIRA, 1990).

A distinção entre elas, contudo, volta-se a repetir, subordina-se a um sistema e a uma disciplina de ordem exclusivamente processual, desvinculada do direito material, com relevo para determinados princípios que informam a ciência processual. Por tratar-se de fenômeno essencialmente processual, o sistema das nulidades dos atos processuais se vincula, dentre outros, diretamente ao instituto da preclusão (TEIXEIRA, 1990, p. 57).

Isso posto, na arguição da nulidade relativa, a parte, permanecendo inerte na primeira oportunidade, não mais poderá fazê-la, já que ocorrerá a preclusão do direito e o vício restará sanado, validando o ato que produzirá todos os seus efeitos. Já na nulidade absoluta, o vício somente será sanado com a sentença transitada em julgado, diante da omissão do juiz na declaração *ex officio* da nulidade. Dessa forma, ainda que haja coisa julgada, a nulidade poderá ser reconhecida se proposta ação rescisória no prazo de dois anos (TEIXEIRA, 1990).

Teresa Arruda Alvim Wambier (1998), dez anos após a promulgação da Constituição, aborda o tema das nulidades processuais a partir da explanação dos termos validade e eficácia,

²³ Apesar de obra ter sido publicada na nova ordem constitucional, os termos utilizados no CPC de 1939, tais como “supridos”, continuam arraigados nos textos produzidos pelos autores, mesmo que não utilizados no CPC de 1973.

uma vez que nulidade “é o estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos próprios e, em alguns casos, destroem-se os já produzidos” (WAMBIER, 1998, p. 112). A autora acrescenta que nulidade não é sanção, porque se fosse, só existiriam as nulidades previstas em lei (cominadas), em decorrência do princípio da legalidade. Logo, nulidade “é um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia. A ineficácia é, pois, neste sentido, uma consequência da decretação de nulidade, que é, direta ou indiretamente, uma infração à lei” (WAMBIER, 1998, p. 115).

No mesmo sentido que Teixeira (1990), Wambier (1998) defende que há diferenças entre o sistema de nulidades do direito privado e o sistema de nulidades do direito público e que não pode haver uma importação da teoria das nulidades do direito privado para o direito processual sem um controle, adaptação e possíveis mudanças dessas normas. No entanto, a referida autora opta por manter a terminologia tradicional, já arraigada na doutrina, na lei e na jurisprudência evitando-se assim incompreensões quanto ao tema.

Apesar de reconhecer que o estudo sobre as nulidades teve como ponto de partida a lei, Wambier (1998, p. 134) ressalta que, em sua obra, “evitou-se [...] a perspectiva formalista, que superestima o papel da lei, conduzindo, inegavelmente, a um tratamento distorcido da realidade”. Portanto, a autora defende que as nulidades processuais devem ser compreendidas a partir da interpretação atenuada da lei.

Logo, para que a compreensão das nulidades processuais seja efetiva, é imprescindível o estudo dos “princípios inspiradores dos sistemas de nulidades no processo” (WAMBIER, 1998, p. 131).

O princípio “processo é forma” estabelece que, no processo, devem ser seguidas determinadas formas para que não haja nulidade. Esse princípio “deve ser visto como uma *regra orientadora* para que às partes seja dada boa margem de *segurança e previsibilidade* para atuar” (WAMBIER, 1998, p. 140). Já o princípio “as formas têm caráter instrumental” dispõe que as formas dos atos processuais estão positivadas para atingirem um determinado fim e, se essa finalidade for atingida, ainda que a forma tenha sido desrespeitada, não há porque declarar a nulidade do ato, haja vista que a forma é apenas o meio, e não o fim do ato processual (WAMBIER, 1998).

O princípio “não há nulidade sem prejuízo” determina que, se o ato processual, ainda que produzido sem observância da lei, não trazer prejuízo à parte, não há porque declarar a sua nulidade. Wambier (1998) afirma que o princípio da instrumentalidade das formas e o da ausência do prejuízo se equivalem, dizem a mesma coisa, só que de formas diferentes.

O princípio da causalidade trata da interdependência dos atos processuais e, se um determinado ato processual for nulo, os demais que dele dependam também estarão viciados. O princípio do contraditório é entendido como bilateralidade de audiência: se uma parte se manifesta, a outra também tem o direito de se manifestar. O princípio da proteção, que proíbe que a parte que tenha dado causa à nulidade alegue, protege a outra parte e o próprio processo. O princípio da comunicação é garantia às partes “de produzir provas e de manifestar-se. Para que tal ocorra, a elas deve ser dada, nas ocasiões adequadas, oportunidade de falar nos autos” (WAMBIER, 1998, p. 147). O princípio da conservação determina o aproveitamento de parte dos atos processuais que não estejam viciados. Ao passo que o princípio da convalidação “deve ser entendido não só como (aquele) que se aplica no caso de a possibilidade de levantar o vício ficar acobertada pela preclusão, mas principalmente como a regra de que os vícios processuais, ainda que gravíssimos, podem convalidar-se, aproveitar-se” (WAMBIER, 1998, p. 146-147).

Já que os demais princípios são auto-explicativos, a autora não acrescenta nenhuma explicação: “nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis”; “nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis”; “deve obter-se o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional (economia processual)”; “nulidades relativas só podem ser levantadas pelo interessado”; “princípio da celeridade”; “princípio da especificidade” e “princípio da eficácia do ato viciado”. Ressalta-se que toda a teoria das nulidades processuais, em especial os “princípios”, é construída por meio do estudo de direito comparado. Entretanto, o que se verifica é uma subdivisão de princípios que se equivalem e que se repetem sob nomenclaturas distintas, o que dificulta a própria compreensão do tema.

Assim como Galeno Lacerda (1990), Wambier (1998) divide os vícios no processo em vícios formais e vícios de fundo. Ela acredita que essa divisão em dois tipos de vícios possibilitaria a sistematização das nulidades processuais. Nulidade é vício para a autora, que utiliza os dois conceitos indistintamente, na tentativa de sistematizar das nulidades. Sempre que os vícios formais estiverem positivados, trata-se de nulidade absoluta, ao passo que, quando não há previsão dos vícios formais em lei, têm-se nulidades relativas. “As nulidades de forma²⁴ que a lei qualifica de absolutas são aquelas “presunções absolutas de prejuízo”, em relação às quais seria, por assim dizer, “perigoso” deixar, em parte, na dependência da

²⁴ “O art. 243 CPC refere-se exclusivamente aos vícios de forma. Estes consubstanciam-se em nulidades absolutas em virtude expressa de previsão legal” (WAMBIER, 1998, p. 177).

iniciativa das partes, privá-las de efeito” (WAMBIER, 1998, p. 159). Via de regra, os vícios de forma são nulidades relativas, exceto se houver previsão expressa em lei, o que significará que esses vícios são nulidades absolutas.

Já as nulidades de fundo são os vícios que padecem um ato processual relativo “à estrutura e à existência da ação e do próprio processo” e, portanto, “são, por natureza, absolutas” (WAMBIER, 1998, p. 159). Dessa forma, as nulidades

[...] são os vícios decorrentes de infrações às regras relativas aos pressupostos genéricos de admissibilidade da apreciação e julgamento do mérito [...] e a falta de elemento essencial do ato.

O critério distintivo que elegemos como apto a demarcar os limites entre os terrenos da nulidade absoluta e da nulidade relativa foi o da exclusão. Os “defeitos” do processo, que não forem classificados como nulidades absolutas, serão, por exclusão, nulidades relativas (WAMBIER, 1998, p. 161).

Continuando, a autora ressalta que existe outro critério distintivo entre as nulidades absolutas e relativas – especificamente, no âmbito do processo, o instituto da preclusão e a arguição da nulidade pelas partes ou de ofício pelo juiz. Ressalta-se que as anulabilidades se referem às nulidades relativas, conforme a classificação da autora. Nos vícios formais previstos em lei, a nulidade é absoluta, portanto, não há a preclusão e tanto as partes podem argui-las quanto o juiz, de ofício, poderá decretá-la. Nos vícios formais, não previstos em lei, a nulidade é relativa; logo, opera o instituto da preclusão²⁵ e somente as partes podem argui-las. Já nos vícios de fundo, todos os casos são de nulidades absolutas; logo, não há que se falar em preclusão e elas podem ser decretadas *ex officio* pelo juiz e também a requerimento das partes (WAMBIER, 1998). Ressalta-se que a inexistência do ato tem o mesmo regime jurídico das nulidades e, portanto, não há necessidade de distingui-las.

Entretanto, a distinção feita pela autora entre nulidades e irregularidades é no sentido de que as meras irregularidades não geram a invalidade do ato processual, visto que elas serão “os defeitos do processo que não tiverem aptidão para exercer influência alguma sobre a justiça da decisão, ou seja, sobre a relação de adequação entre a norma aplicada, pelo juiz, na sentença, e os fatos (provas) da causa” (WAMBIER, 1998, p. 162).

Em decorrência dos princípios, o legislador sistematizou as nulidades processuais e, para a correta interpretação desse sistema de nulidades, Wambier (1998) determina dois passos a serem seguidos na distinção entre nulidades (absolutas) e anulabilidades (relativas):

²⁵ “Há a preclusão ou pelo escoamento do prazo previsto em lei, ou, à falta deste, por não se ter a parte manifestado na primeira vez em que falou nos autos” (WAMBIER, 1998, p. 192).

O primeiro, consistente na identificação e na classificação do vício, importante para a determinação de seu regime jurídico. Assim, se se identifica certo vício como sendo uma nulidade, tem-se *ipso facto*, determinado seu regime jurídico, principalmente no que diz respeito à inexistência da preclusão, quer para o juiz, quer para as partes, e à possibilidade de o juiz decretá-la de ofício.

O segundo passo (momento em que desempenham papel decisivo os princípios) é o da decretação do vício, que pode não acontecer, ainda que se trate de nulidade absoluta, pois, como se viu, a sanabilidade pode existir, no processo, até no que concerne a nulidade *ipso jure*.

O fato de, por causa do princípio da conservação, do aproveitamento, ou da transcendência, as nulidades serem sanáveis não faz com que se possa afirmar que, no processo, todas as nulidades sejam relativas.

Por outro lado, pode-se dizer que são inconvaleáveis as nulidades no processo, no sentido de que, se remanescerem, ou seja, se o ato não for “salvo”, aí sim o vício contamina todo o processo, até a própria sentença, tornando-a rescindível. (WAMBIER, 1998, p. 193).

A autora analisou várias decisões para compreensão da prática dos tribunais a partir da teoria das nulidades processuais. Verificou tendência jurisprudencial no sentido de se utilizarem os princípios da “ausência do prejuízo”, “da instrumentalidade das formas”, “do aproveitamento” e do “processo é forma”, para fundamentar as decisões no sentido de não reconhecer nulidades ou anulabilidades (WAMBIER, 1998, p. 195).

Se de um lado não se acolhem as alegações, mesmo de nulidades absolutas, por ter havido falta de prejuízo à parte que a alega, por outro lado, nas arguições de nulidade, o que se alega, é exatamente a existência do prejuízo, sob a expressão, comunissimamente usada na jurisprudência “cerceamento de defesa”.

Parece-nos não ser exagero dizer que o sistema de nulidades processuais do direito brasileiro gira em torno da lei e, fundamentalmente, do princípio do prejuízo, visto principalmente sob este aspecto de cerceamento de defesa.

O que a jurisprudência costuma chamar de “cerceamento de defesa” consiste, no mais das vezes, na invocação dos princípios do prejuízo à defesa, do contraditório e da comunicação (WAMBIER, 1998, p. 195-196).

Salienta-se que, tanto para fundamentar o reconhecimento de nulidades quanto para não reconhecê-las, o critério que aparece frequentemente nas decisões é o do prejuízo.

Sendo assim, todos os princípios codependem e se fundamentam no critério da existência ou não do prejuízo e do cumprimento da finalidade do ato. Se, na teoria, existem diversos princípios que subordinam o reconhecimento das nulidades processuais, na prática, verifica-se que todo o sistema de nulidades processuais está condicionado ao binômio finalidade-prejuízo. Tal afirmativa será sustentada nesta pesquisa, em momento oportuno.

Entretanto, a autora ressalta que, antes de auferir se houve ou não prejuízo, as nulidades devem ser alegadas pelas partes ou decretadas pelo juiz, já que o prejuízo só pode ser verificado *a posteriori*.

Conclui-se que a perspectiva de prejuízo não é critério apto a influir no problema da arguição ou da decretação das nulidades absolutas, mas só o prejuízo, já ocorrido ou o prejuízo que não tenha ocorrido (aplicação retroativa do princípio). Não tendo havido prejuízo, ninguém tem interesse para arguir, e o juiz não pode decretar nulidades absolutas passadas; tendo havido prejuízo, podem alegá-las ambas as partes, e declará-las o juiz; e antes de se poder dizer se houve, ou não houve, prejuízo, também ambas as partes podem levantar as nulidades absolutas e o juiz as pode decretar (WAMBIER, 1998, p. 202).

Passados mais de meio século desde a publicação da obra de Galeno Lacerda, vários autores ainda defendem alguns de seus conceitos, esquecendo-se de que, com a promulgação da Constituição de 1988, instituiu-se o Estado Democrático de Direito. É necessário, pois, que o instituto das nulidades processuais seja revisitado para se adequar ao novo contexto então instaurado.

Já foram analisadas as obras de Sálvio de Figueiredo Teixeira (1990) e de Teresa Arruda Alvim Wambier (1998). Analisa-se, agora, a obra dos autores que trabalham a nulidade como vício, a saber: Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006).

Silva e Gomes (2006) tecem considerações sobre a teoria das nulidades a partir das formas processuais e sua importância no processo. Por meio de uma reconstrução teórica sobre as formas processuais, marcadas por dois extremos – de um lado, a “irrestrita vinculação dos atos às formas taxativamente prescritas na lei” e, de outro a irrestrita liberdade das formas ou a exaltação da “inutilidade das formas” –, Silva e Gomes (2006) defendem um terceiro sistema, o da “legalidade das formas, com os temperamentos possíveis”, ou seja, uma liberdade discricionária. “Cumprе salientar desde logo que o tema envolve não somente o estudo do vício da nulidade, mas de todos aqueles que podem atingir os atos processuais em decorrência da inobservância da forma, bem como, inclusive, o problema da inexistência dos mesmos” (SILVA; GOMES, 2006, p. 222).

Apesar de defenderem um “terceiro sistema”, esses autores não conseguem desvencilhar o estudo das nulidades do estudo das formas processuais e parece que o vício da nulidade seria sempre uma consequência da inobservância da forma do ato. Eles explicitam que existem três categorias de vícios de forma, classificadas de acordo com a gravidade do vício, a saber: a inexistência jurídica do ato²⁶, a nulidade e a mera irregularidade. O foco será

²⁶ A título de esclarecimento, esses autores defendem a “equiparação do tratamento aos chamados “atos jurídicos inexistentes” ao que é declinado aos atos eivados de nulidade absoluta, ou seja, uma vez não reconhecido o vício no âmbito do processo no qual são praticados, não se lhes poderá negar a produção de efeitos, e somente poderão ser atacados através das medidas adequadas para o reconhecimento daquelas nulidades” (SILVA; GOMES, 2006, p. 228).

apenas na compreensão desses autores sobre o vício da nulidade, que se subdivide em nulidade absoluta (vícios insanáveis) e relativa (vícios sanáveis).

No âmbito processual, a nulidade é o vício decorrente da imperfeição formal ou substancial do ato, relativamente à estrutura executiva deste. [...]

A nulidade está no próprio ato, ou nas suas consequências, como sanção imposta pela lei? A nulidade é vista como sanção pela maioria dos processualistas como noticia Calmon de Passos. O vício, a imperfeição do ato, sustenta este mesmo autor, é um estágio anterior ao estado de nulo. O ato, por sua atipicidade, se faz viciado ou imperfeito, não, porém, nulo. Ainda que viciado e imperfeito – segue o emérito professor baiano –, e mesmo desviado do tipo, ele é ato que produz efeitos, é ato válido, eficaz. O estado de nulo – continua Calmon – revela-se posteriormente ao pronunciamento judicial; é o estado do ato após a aplicação da sanção, que é a nulidade. Com o devido respeito, não nos convenceram as lições da douta maioria (SILVA; GOMES, 2006, p. 231).

Os referidos autores entendem que a nulidade está no próprio ato, e não nos seus efeitos (sanção), uma vez que a sanção é criação do legislador e está positivada na lei e não pode ser criada pelo juiz.

Consequentemente, no momento em que o ato é praticado, o vício resultante da inobservância da forma já estará presente, ou não. A geração de efeitos até que o juiz *pronuncie* (é o verbo usado no art. 249 CPC) a nulidade e imponha a sanção não serve de critério para identificar os dois conceitos (a nulidade com a sanção), pois estaríamos, isto sim, diante da hipótese de convalidação do ato nulo. Na verdade, e isto define a questão, o provimento do juiz ao *pronunciar* a nulidade é eminentemente declaratório; os efeitos produzidos pelo ato nulo antes do pronunciamento da nulidade é que são desconstituídos. Ademais, não nos parece necessário que preceda a convalidação do ato o pronunciamento formal da nulidade (SILVA; GOMES, 2006, p. 232, grifo do autor).

Ademais, só há de se falar em vício de nulidade absoluta caso sejam cumpridos dois requisitos: (i) previsão expressa em lei quanto à observância de determinada forma e a cominação expressa de nulidade em decorrência da inobservância dessa previsão, e (ii) a norma processual ferir o interesse público. Se faltar um desses requisitos, o vício do ato será o da nulidade relativa. “O ato praticado com transgressão da norma que estabelece a forma será também nulo, embora não absolutamente, se não houver cominação expressa ou se não for ferido o interesse público (mas o ato será convalidado se não houver prejuízo para a parte)” (SILVA; GOMES, 2006, p. 232-233). Nesses casos, tem-se nulidade relativa, podendo o ato viciado produzir os efeitos jurídicos esperados, se não for requerido pela parte o pronunciamento da nulidade pelo juiz, já que o defeito é menos grave do que na nulidade absoluta.

Em síntese, o que distingue a nulidade relativa da absoluta é que naquela se resguarda

o interesse privado das partes, devendo o vício da nulidade ser alegado pela parte que não lhe deu causa, caso não se alcance a finalidade do ato, ou devendo o ato ser repetido diante do prejuízo. Trata-se, por conseguinte, de vício sanável. Em contrapartida, na nulidade absoluta, resguarda-se interesse público e existe uma cominação de nulidade para o ato produzido sem observância da lei, seja o vício insanável ou sanável. Silva e Gomes (2006) afirmam que a lei (legislador) opta sempre pelo caminho que salvará o processo e que, por isso, houve a sistematização de princípios para informar a teoria das nulidades, dentre os quais se destacam o da relevância das formas, o da causalidade, o do prejuízo e o da convalidação do ato nulo e pronunciamento da nulidade.

O princípio da relevância das formas, como o próprio nome indica, impõe que sejam observadas as normas sobre formas dos atos, uma vez que tais normas são imperativas. Entretanto, o rigor desse princípio está subordinado ao princípio do prejuízo, o qual ameniza a sua aplicação. O princípio da causalidade estabelece que os atos praticados posteriormente ao ato nulo serão atingidos pelo vício da nulidade se houver dependência entre esses atos, já que o processo é uma sucessão de atos subsequentes. O princípio do prejuízo engloba o princípio da finalidade, não havendo, pois, razão para distingui-los. “Se o ato, ainda que praticado sem observância da forma, atinge a finalidade, é porque evidentemente não causou prejuízo; e nesta hipótese deverá ser considerado válido” (SILVA; GOMES, 2006, p. 236).

Acrescentam que esses princípios se aplicam às nulidades, sejam elas relativas ou absolutas e que, “mesmo as absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo” (SILVA; GOMES, 2006, p. 236). Os referidos autores citam como exemplo a citação nula; se feita com inobservância das formalidades previstas na lei processual, ela estará eivada do vício de nulidade absoluta, mas, caso o réu apareça em juízo e conteste (apresente defesa), o vício encontra-se sanado, porque não houve prejuízo para a parte e o ato de citação que tinha como fim informar a outra parte sobre o processo, para que possa preparar a sua defesa, atingiu a sua finalidade.

Por fim, Silva e Gomes (2006) discorrem sobre o princípio da convalidação do ato nulo e pronunciamento da nulidade. Esse princípio é uma consequência da compreensão desses autores de nulidade como vício e da soma dos demais princípios. Mais especificamente, esse princípio determina as hipóteses em que o ato nulo (“ato viciado de nulidade”) será convalidado e não será pronunciada a nulidade.

Desde Galeno Lacerda (1990), passando por Teixeira (1990), por Wambier (1998) e por Silva e Gomes (2006), o foco no estudo das nulidades processuais tem sido o processo

civil. Para uma possível reconstrução do tema das nulidades condizente com o Estado Democrático de Direito e com o processo constitucional como garantia constitutiva de direitos fundamentais, é mister a construção do sistema das nulidades processuais na visão dos processualistas penais.

2.3 Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo penal

Com o intuito de construir a teoria das nulidades a partir do processo penal, priorizaram-se autores cujas obras, focadas no estudo das nulidades no processo penal, pudessem marcar o contexto anterior e posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Hélio Tornaghi (1977), autor anterior ao contexto democrático, mas amplamente citado nas obras posteriores à Constituição de 1988, elucida o tema das nulidades sob o título “Vícios e Remédios. Sanções Processuais”. Primeiramente, visando esclarecer a distinção entre inexistência, ato nulo e anulabilidade, ele recorre à narração de três nascimentos.

Três crianças estão para nascer. No dia em que a primeira vem à luz, verifica-se que ela nasceu sem pernas, inexistem as pernas. Quando do nascimento da segunda, vê-se que ela tem pernas, mas são nulas, não se movimentam. Ao nascer a terceira, comprova-se que ela tem pernas, estas se movem, mas estão atingidas por uma doença que acabará por paralisá-las, por anulá-las. (TORNAGHI, 1977, p. 48-49).

Trata-se, respectivamente, de inexistência, nulidade e anulabilidade. Em relação ao ato jurídico, o juiz pode, ao proferir sentença, inobservar os requisitos do art. 381 do CPP, deixando de assinar a mesma ou, ainda, observar todos os requisitos do art. 381, mas ser incompetente, em razão da matéria, para julgar o processo. Logo, estar-se-ia diante de inexistência da sentença e de sentença nula. Já nulidade, pode ser sanável ou insanável, dependendo da “enfermidade” que atinge o ato. “Ato nulo é aquele que não produz efeitos até que seja sanado. Se o vício for insanável, ele não produzirá efeito nunca” (TORNAGHI, 1977, p. 49). Para ser bastante claro na sua argumentação, o autor retoma o exemplo do nascimento da segunda criança, que nasce com pernas incapazes de se movimentarem: caso a “enfermidade” seja sanável, as pernas voltarão a se movimentar; caso seja insanável, as pernas nunca mais moverão sozinhas. É a essa conclusão que se chega a partir do art. 572 CPP, já que as nulidades podem ser sanáveis e, portanto, relativas ou insanáveis e, portanto,

absolutas. Já o ato anulável existe, produz efeitos, mas está eivado de um vício que poderá torná-lo nulo, inválido (TORNAGHI, 1977).

O ato inexistente quando lhe falta um elemento que o Direito considera essencial. [...] Ato nulo é aquele que não produz efeitos até que seja convalidado. Se não for convalidável, se o mal for incurável, não produzirá efeitos nunca. A eficácia do ato nulo é sujeita a condição suspensiva. Essa é por vezes possível (nulidade relativa) e de outras impossível (nulidade absoluta).

Ato anulável é aquele que produz efeitos até que seja invalidado. A eficácia dele é sujeita a condição resolutive. (TORNAGHI, 1977, p. 50).

O referido autor sublinha ainda que anulabilidade e nulidade relativa são conceitos distintos. Aquela produz efeitos enquanto não invalidados os atos; esta não produz efeitos enquanto não “sanada a nulidade”.

Tanto a nulidade absoluta quanto a nulidade relativa devem ser declaradas para que a produção de efeitos seja *ex tunc*. “A declaração pode ser feita de ofício, independente da provocação da parte” (TORNAGHI, 1977, p. 50-51). Já a anulabilidade deve ser decretada, por se tratar de decisão constitutiva de nulidade que “produz efeitos *ex nunc*, isto é, anula a partir do momento em que é proferida e somente pode ser dada a pedido de quem tiver legitimidade para impugnar o ato anulável” (TORNAGHI, 1977, p. 51).

O ato nulo é um braço paralisado: não se mexe enquanto não é curado. O anulável é o braço atacado de doença que pode levar à paralisia: movimenta-se até que fique imobilizado. A inexistência é a falta do braço; a nulidade absoluta, a paralisia incurável; a nulidade relativa, a paralisia curável e a anulabilidade é a enfermidade que pode levar à paralisia. Se o vício atinge a ordem pública, a lei comina pena de nulidade; se fere somente interesse privado, ela ameaça com a pena de anulação. No primeiro caso o juiz *declara* a nulidade e pode fazê-lo de ofício; no segundo ele depende da provocação do interessado para *decretar* a anulação. (TORNAGHI, 1987, p. 191, grifo do autor).

Esclarecido os conceitos, faz-se necessária análise e compreensão das “impeditivas” e “das sanatórias”. Aquelas são “circunstâncias que obstam a declaração da nulidade”, e estas são os “remédios” que sanam os vícios (TORNAGHI, 1977, p. 51-52). Dentre as impeditivas, encontram-se (i) as do art. 563 do CPP (BRASIL, 2009b), que obsta a declaração da nulidade do ato diante da ausência de prejuízo para a acusação ou para a defesa; (ii) as do art. 566 do CPP (BRASIL, 2009b), segundo o qual, se o ato a ser declarado nulo não tiver influenciado na apuração da verdade ou na decisão da causa, ele não será declarado nulo; e (iii) as do art. 565 do CPP, que também determina as “impeditivas” para a declaração da nulidade: “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha

concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse” (BRASIL, 2009b, p. 409). “Para que o juiz possa dar pela nulidade, [...] não basta a preterição da forma legal. É necessário ainda que não haja impeditiva” (TORNAGHI, 1977, p. 52).

No entanto, quando se tratar de nulidade relativa, esta poderá ser sanada (sanatórias): sempre que os atos praticados por representante ilegítimo da parte forem ratificados (art. 568CPP); quando o interessado comparece em juízo, ainda que a citação não tenha ocorrido ou que tenha ocorrido de forma nula, ratifica-se o ato da citação (art. 570 CPP); diante da não arguição da nulidade pela parte em momento oportuno (art. 572, I CPP); se a parte aceitar os efeitos da nulidade (art. 572, II CPP); se o ato atingir o fim a que visava quando praticado de outra forma (art. 572, III CPP). Nesses casos, as nulidades estarão sanadas (TORNAGHI, 1977).

Segundo Tornaghi (1977), sempre que inexistir norma que indique uma sanatória no Código de Processo Penal, pode-se afirmar que as nulidades são absolutas. É o que ocorre com a interpretação lógico-sistemática do art. 564 do CPP (BRASIL, 2009b) que enumera os casos em que ocorrerá a nulidade (absoluta e relativa) e do *caput* do art. 572 CPP (BRASIL, 2009b) que excetua os casos do art. 564 (BRASIL, 2009b) que serão considerados nulidades relativas ou sanáveis. É também o caso do art. 573 do CPP (BRASIL, 2009b) que indica a consequência para os atos processuais cuja nulidade não tiver sido sanada: a renovação ou retificação.

Em relação ao art. 564 do CPP, Tornaghi (1977) faz as seguintes considerações:

Os ns. I, II e III deste dispositivo e seu parágrafo são casuísticos: indicam hipótese por hipótese. A lei quis ser previdente e não deixar dúvida sobre a ocorrência de nulidade nestes casos. Mas não pretendeu afirmar que somente neles o ato (ou os atos ou todo o processo) seria inoperante. Por isso acrescentou a fórmula genérica do n.º IV: “Omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Poderá ver-se aqui mais propriamente a inexistência que a nulidade; isto, porém, é questão opinativa e o Código enxergou na omissão de formalidade essencial uma causa de invalidez.

Que formalidades devam reputar-se essenciais é coisa que o juiz deve dizer levando em conta a lei, isto é, considerando aquilo que ela entende consubstancial ao ato. Não há dúvida de que a fórmula do n.º IV é vaga, mas pode sempre ser confrontada com o que a lei exige a respeito de cada ato. A admissão da diferença entre inexistência e nulidade resolveria o problema: essencial é tudo aquilo sem o que o ato inexistiria. O mais é acidental, não é substancial, é apenas adjetivo (TORNAGHI, 1977, p. 56-57).

Tornaghi (1977) na exposição intitulada “nulidade parcial”, trabalha de forma bem concisa os §§ 1º e 2º do art. 573 do CPP (BRASIL, 2009b), afirmando que, com essas normas,

demonstra-se que o vício pode atingir todo o processo ou apenas parte do ato processual. Nesse caso, cabe ao juiz, ao pronunciar a nulidade, declarar os atos que diretamente dependam ou sejam consequência do ato nulo, estendendo-se a declaração da nulidade também a eles; os atos não atingidos são válidos. Entretanto, na sua obra de 1987, o referido autor não utiliza a expressão “nulidade parcial”, optando por “nulidade derivada”, que segundo ele próprio, é mais condizente com o que se trabalha nestes §§ 1º e 2º do art. 573 do CPP²⁷.

Por fim, destaca-se que Tornaghi (1977, p. 55) afirma em sua obra que nulidade é sanção cominada em lei. “A nulidade decorre da inobservância de formalidade. É sanção cominada em lei para a transgressão de preceitos relativos à forma, ao lugar, ou ao tempo dos atos processuais”. No entanto, essa conclusão não condiz com a construção da sua teoria das nulidades processuais, toda elaborada a partir da nulidade como vício.

Flavio Meirelles Medeiros (1987) sustenta que no processo penal os atos se dividem em essenciais e não-essenciais. Atos essenciais são aqueles imprescindíveis no processo para que os princípios fundamentais processuais sejam resguardados. O art. 564 do CPP enumera um rol exemplificativo de atos essenciais. Diante da omissão ou inexistência de algum desses atos ou diante da ausência de formalidade essencial ao ato, a consequência é a nulidade do processo ou dos atos que dele dependam. Na acepção de Medeiros, inexistência e nulidade são conceitos distintos.

Esta inexistência do ato apresenta-se sob duas formas: (1) mediante a efetiva e material inexistência do ato; (2) mediante a inexistência de requisitos de existência do ato.

Na primeira hipótese, o ato é jurídica e materialmente inexistente. Na segunda hipótese, o ato existe materialmente (existe de fato) mas inexistente juridicamente. Desta segunda hipótese exemplo é a denúncia que não contém a descrição do fato criminoso. (MEDEIROS, 1987, p. 20).

²⁷ A título de curiosidade, Tornaghi (1987, p. 193, grifo do autor) explica que “o legislador brasileiro, que tomou por modelo o Código de Processo Penal Italiano, parece ter ficado perplexo com o problema surgido na Itália acerca da invalidação retroativa. O Código de Processo Penal peninsular diz no art. 189 que o juiz, ao declarar a nulidade de um ato, deve dizer se ela se comunica a atos *anteriores* ou *contemporâneos*, conexos com o anulado. Desse modo, consagra a possibilidade de invalidação retroativa, isto é, de ato já anteriormente acabado e perfeito. O caso, entretanto, não seria de *invalidação* do ato anterior, realizado na conformidade da lei, mas de decretação de sua *irrelevância*. O que a lei italiana pretendeu significar – e o fez de modo infeliz – foi que a *eficácia* de um ato pode ser comprometida pela nulidade do ato posterior. Na verdade isso ocorre: 1º) quando o ato posterior funciona como condição suspensiva do anterior e não se verifica; 2º) quando o ato posterior é condição resolutive do anterior e se verifica. Colocado diante do problema, o legislador brasileiro preferiu não enfrentá-lo. No §2º do art. 573, o Código de Processo Penal se limita a dizer que “o juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”, sem deixar decidido se esses atos podem ser também anteriores”.

A inexistência de ato essencial ocasiona a nulidade. Isso posto, o juiz, para reconhecer uma nulidade, deve analisar se os pressupostos estão presentes: o prejuízo, a arguição da nulidade em momento oportuno e a influência ou não do ato a ser declarado nulo na decisão do mérito e na apuração da verdade. Medeiros ressalta que esses “não são pressupostos de existência da nulidade; são, isto sim, pressupostos necessários para que o magistrado possa declarar a nulidade que preexiste” (MEDEIROS, 1987, p. 20). Para explicar o que é a irregularidade do ato, Medeiros (1987, p. 21) defende que, se houvesse uma gradação das formalidades, haveria a seguinte classificação: “requisito de existência, formalidade essencial, formalidade não-essencial”. Logo, a irregularidade “é consequência ou da falta de formalidade não-essencial, em ato essencial ou não, ou da falta de ato não-essencial ao processo”.

Medeiros (1987) afirma o quão difícil é a tarefa de conceituar nulidade e que várias tentativas já foram feitas (*e.g.*, considerá-la como invalidade do ato, inexistência, ineficácia, sanção ou mesmo defeito jurídico).

Nulidade não é a invalidade do ato. Conceituá-la assim é conceituá-la de forma incompleta, porque a invalidade é uma das causas da nulidade, a outra é a inexistência.

Pelo mesmo motivo não é correto identificar nulidade com inexistência.

Afirmar que nulidade é a ineficácia do ato é afirmar errado. Nem sempre o ato nulo é ineficaz. O ato nulo, quando não reconhecido assim judicialmente devido à existência dos motivos que impedem esse reconhecimento (falta de prejuízo, não influência do ato na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial), produz efeitos (é eficaz).

Nulidade, sem dúvida, é sanção, mas esta é a natureza jurídica do instituto.

Nulidade é um defeito do processo. Nulidade é defeito processual que, originário da falta de ato essencial ou de formalidade essencial, pode, cumpridas certas condições, acarretar a ineficácia de ato, de atos ou de todo o processo. (MEDEIROS, 1987, p. 21)

Conforme assevera Medeiros, sempre que normas processuais são desrespeitadas, a lei comina uma sanção processual, que pode ser de preclusão, de inadmissibilidade ou de nulidade. A sanção de preclusão é a perda do direito de praticar, de realizar o ato ou, se o praticar, ocorre a sua inadmissibilidade, pois intempestivo, irregular. Já a sanção de inadmissibilidade é a consequência utilizada pelo juiz sempre que houver a pretensão da prática de um ato pela parte com inobservância e violação da prescrição legal. Por sua vez, a sanção de nulidade “é a que fulmina o ato já realizado com inobservância das condições de modo e tempo” (MEDEIROS, 1987, p. 22). A nulidade é intrínseca ao ato que foi praticado com inobservância da norma processual. Logo, presentes os pressupostos necessários, o juiz

profere sentença de natureza declaratória e desconstitutiva que tem como fim declarar a nulidade que já existe e desconstituir os efeitos (a eficácia) do ato “inválido” (MEDEIROS, 1987).

A declaração da nulidade pelo juiz está condicionada à existência de três pressupostos, quais sejam, existência do prejuízo para uma das partes, influência do ato nulo na decisão do processo e influência do ato nulo na apuração da verdade substancial. “Havendo nulidade, e ainda, havendo estes pressupostos, a nulidade deve ser declarada *ex officio*. Esta obrigatoriedade da declaração *ex officio* não impede que a parte interessada provoque o juiz no sentido de “abrir os olhos” para o vício processual” (MEDEIROS, 1987, p. 25). É imprescindível, portanto, a análise de cada um desses pressupostos que condicionam a atividade do juiz na declaração da nulidade.

Para compreender o critério da existência do prejuízo, é necessário estudar os tipos de prejuízos passíveis de ocorrer no processo. Conforme sublinha Medeiros (1987), o prejuízo pode ser real ou legal (lei presume). O real se subdivide em efetivo (favorece ambas as partes) e potencial (aproveita somente a defesa).

A quase totalidade dos doutrinadores e das decisões dos Tribunais brasileiros entendem que o prejuízo, para possibilitar o reconhecimento judicial de nulidade, deve ser efetivo. Não se admite nulidade no caso de prejuízo potencial. Acontece que a nulidade é, por conceituação, uma omissão. Por ser omissão (de ato ou de formalidade), torna-se difícil muitas vezes afirmar que não houve prejuízo. [...] Considerando-se que **verificação de prejuízo diz respeito à valoração de provas, entendemos que, quando em dúvida, o magistrado deverá aplicar o princípio *in dubio pro reo***. (MEDEIROS, 1987, p. 27, grifo meu).

Antecipa-se e torna-se necessária, em decorrência da citação que enfatiza a distinção entre a nulidade do processo civil para o processo penal, a explicação sobre as razões determinantes para que a autora, da presente pesquisa, construísse o tema das nulidades tanto no processo civil quanto no processo penal. Primeiramente, não se defende uma teoria geral do processo com base na compreensão de processo como relação jurídica entre o juiz e as partes e, estruturada a partir do instituto da jurisdição (DINARMARCO, 2003). A presente dissertação labora a partir de uma teoria geral do processo fundada na compreensão de um modelo constitucional de processo, que possui uma base principiológica uníssona (com contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões), indissociável e co-dependente presente em qualquer processo constitucional.

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de

tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. (BARROS, 2009, p. 335).

Logo, esse modelo constitucional de processo expande para o microsistema do processo penal aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo* na verificação do prejuízo real.

O prejuízo real sempre se sobrepõe ao prejuízo legal, “sempre que da nulidade resultar prejuízo real (prejuízo que pode ser observado) para a acusação ou para a defesa, a nulidade deverá ser declarada, independentemente da existência ou inexistência de prejuízo legal (prejuízo que a lei presume)” (MEDEIROS, 1987, p. 25). Caso o ato, ainda que nulo, atinja a sua finalidade, não há que se falar em prejuízo real, não podendo o juiz declarar a nulidade desse ato (art. 572, II²⁸CPP). Já a presunção do prejuízo legal decorre da omissão de ato essencial e da ausência de formalidade essencial (art. 564, III, “d” e “e”, segunda parte, “g”, e “h”, IV CPP em interpretação lógico-sistemática com os art. 571 e 572 do CPP²⁹) de ato

²⁸ “Adite-se que não haverá prejuízo real sempre que o ato nulo praticado por outra forma atingir o seu fim. É por esse motivo que o preceito contido no inciso II do art. 572 impede a declaração de todas as nulidades, e não só daquelas previstas naquele mesmo dispositivo, como à primeira vista poderia parecer” (MEDEIROS, 1987, p. 27).

²⁹ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

[...]

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

[...]

Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o

essencial arguido em momento oportuno pela parte que não tenha causado a nulidade ou tenha interesse na sua declaração (art. 565CPP). Ressalta-se que, diante da omissão de ato essencial (rol exemplificativo do art. 564 do CPP em interpretação lógico-sistemática com o art. 572 do CPP) “origina-se a nulidade e a presunção legal de prejuízo, independentemente de arguição oportuna” (MEDEIROS, 1987, p. 27).

Acrescenta-se que o prejuízo legal não é absoluto, admitindo prova em contrário. O juiz deverá verificar se existe o prejuízo real para, posteriormente, declarar a nulidade. Em caso de inexistência do prejuízo real, o juiz não pode declarar a nulidade. Enfim, se o prejuízo legal e real for concomitante no ato, o juiz deve reconhecer a nulidade; se não o for, prevalece a regra de que o prejuízo real se sobrepõe ao legal. Dessa forma, ainda que a parte não argua tempestivamente a nulidade do ato em decorrência da inexistência de formalidade essencial de ato essencial (inexistência do prejuízo legal), o juiz poderá reconhecer a nulidade baseando-se no prejuízo real (MEDEIROS, 1987).

Quanto ao pressuposto da influência do ato nulo na decisão do processo, ou na apuração da verdade substancial para a declaração da nulidade, que tem previsão legal no art. 566 do CPP, o autor defende que essa norma traz enorme insegurança jurídica;

Entendemos que o legislador, quando escreveu o art. 566, fez o que não devia. É muito difícil afirmar que determinada nulidade não influi na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Difícil justamente porque a nulidade resulta de uma omissão. Ora, como se poderá aferir o resultado daquilo que se omitiu? Daquilo que não agiu? É difícil.

A possibilidade de influência do ato processual na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial pode, isto sim, colaborar para que se determine se o ato é ou não é um ato essencial, e nada mais. Repita-se: a verificação desta influência para declarar-se ou não a nulidade não traz nenhuma segurança (MEDEIROS, 1987, p. 32).

Ademais, esses pressupostos também se condicionam ao critério do prejuízo: se o juiz “conseguir convencer-se de que o ato não influenciou poderá declarar a nulidade com base no art. 563 (por falta de prejuízo)” (MEDEIROS, 1987, p. 32). Logo, o único pressuposto necessário é o da existência do prejuízo para que o juiz declare a nulidade do ato. A partir do momento em que o juiz a reconhece, o ato perde a sua eficácia retroagindo ao momento em

juízo do recurso e apregoadas as partes;

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos” (BRASIL, 2009b, p. 408-409).

que passou a ser nulo. A ineficácia do ato nulo estende-se aos atos dependentes ou consequentes (art. 573, §1º CPP). Sendo assim, o juiz deverá determinar os atos que também perderão a sua eficácia em decorrência do ato nulo (art. 573, §2º CPP). “Os atos declarados nulos, seja diretamente, seja por extensão, passam a ser tidos como inexistentes” (MEDEIROS, 1987, p. 33).

O autor divide a teoria das nulidades em (i) pressupostos para a declaração de nulidade, que são os critérios que condicionam a declaração da nulidade pelo juiz, das denominadas (ii) “sanatórias”, que são as formas previstas pelo Código de Processo Penal para sanar as nulidades, por meio da ratificação de um ato nulo (art. 568CPP); da sua renovação, quando o ato é repetido ou retificado (art. 573CPP); e da supressão de omissões (art. 569CPP) (MEDEIROS, 1987). “Considerando-se que todo o ato nulo pode ser renovado, nenhuma nulidade pode-se dizer insanável. Apenas na hipótese da prescrição é que se torna impossível a sanatória” (MEDEIROS, 1987, p. 34).

Medeiros (1987) sustenta que as distinções entre nulidades absolutas e relativas defendidas pelos doutrinadores³⁰ não servem para o processo penal. Para ele, ambas as nulidades podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa.

Nulidade absoluta³¹ é aquela em que está presente o prejuízo real ou prejuízo legal, este derivado da falta de ato essencial. A nulidade é relativa quando a inexistência de prejuízo legal condiciona-se à arguição oportuna da falta de formalidade essencial de ato essencial. Ambas, não só podem, como devem ser pronunciadas de ofício. A absoluta, a qualquer momento. A relativa, enquanto não decorrido o prazo para a arguição da parte. (MEDEIROS, 1987, p. 35).

Para esse autor, as nulidades existentes no inquérito policial, via de regra, não acarretam consequências para o processo penal. Em casos excepcionais, podem afetá-lo, já que caso exista uma nulidade no auto de prisão em flagrante, o réu não será mantido na prisão. Dessa forma, quando o inquérito policial se iniciar por portaria ou auto de prisão em flagrante (contravenções e homicídios culposos), esta será considerada efetiva peça

³⁰ Dentre as distinções encontram-se: a nulidade absoluta é insanável, independe da arguição da parte tempestivamente, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz e significa a inexistência do ato; já a nulidade relativa é sanável, depende de arguição da parte em momento oportuno, não pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz e significa a invalidez do ato (MEDEIROS, 1987, p. 34-35).

³¹ Segundo Medeiros (1987), quando se tratar de suspeição ou impedimento do juiz, o prejuízo é presumido e não poderá ser sanado com fundamento no art. 572 do CPP, porque nesse caso a nulidade é absoluta. “Se ela não for argüida em tempo oportuno, se o ato praticado por outra forma atingir o seu fim ou se a parte tiver aceitado os seus efeitos, ainda que tacitamente, pouco importa: a eiva subsiste e permanece até que seja declarada, e até que os atos processuais sejam refeitos por um juiz não suspeito ou desimpedido” (MEDEIROS, 1987, p. 45).

processual³² (MEDEIROS, 1987).

Por fim, ao tratar das nulidades da sentença, Medeiros (1987) defende que, se a sentença penal condenatória for declarada nula, a nova sentença não pode fixar pena superior aquela fixada na sentença nula, fundamentando-se no princípio da *reformatio in pejus*. Entretanto, esse não era o entendimento do STF à época. Segundo os ministros do Supremo, não havia que se fundamentar no princípio da *reformatio in pejus*, visto que a sentença nula é inexistente, desaparecendo do mundo jurídico. Logo, não houve fixação de uma pena máxima para a sentença que irá “reformá-la”, substituí-la (MEDEIROS, 1987).

Passa-se, agora, ao estudo das obras publicadas na efervescência do contexto democrático. Após a Constituição Federal de 1988, os autores Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo (1988) e Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes (1994) escreveram sobre as nulidades no processo penal que cumpre ressaltar.

A fim de conceituar nulidade, Tovo e Tovo (1988) recorrem a Tornaghi (1977), Frederico Marques (1965), Bento de Faria (1960) e Florêncio de Abreu (1945) os quais defendem nulidade como sanção. Contudo, os dois autores concluem em sentido oposto, afirmando que, no processo penal, nulidade não é sanção.

A nosso sentir, no entanto, nulidade não é sanção, ao menos no processo penal brasileiro. Validade ou nulidade são qualidades do ato jurídico conforme ele se apresente perfeito ou não. Sanção é consequência objetiva, nunca qualidade de alguma coisa. Então, não se pode chamar a nulidade de sanção porque ela não é consequência objetiva. Consequência objetiva é a ineficácia. Daí porque entendemos que a nulidade é a falta ou imperfeição jurídica que pode tornar o processo ineficaz no todo ou em parte. A sanção seria, assim, a consequência (nem sempre ocorrente) da nulidade e não a própria nulidade (TOVO; TOVO, 1988, p. 16).

Segundo os referidos autores, o vício pode ser intrínseco, relativo às partes processuais e extrínseco, quando presentes nos atos pré-processuais e processuais. Eles ressaltam que, no processo penal, ocorre a prevalência das impeditivas de declaração ou de arguição de nulidade e “basta a incidência de uma impeditiva [...] para que o ato ou atos processuais produzam efeitos como se válidos fossem, ainda que se trate de nulidade dita absoluta” (TOVO; TOVO, 1988, p. 19).

Dentre as impeditivas para a declaração ou arguição da nulidade estão aquelas normas previstas nos seguintes dispositivos: art. 563 do CPP, que determina que não deve ser declarada a nulidade de ato que não resultou em prejuízo para acusação ou defesa; art. 565 do

³² Essa interpretação decorria do art. 26 do CPP não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CPP, que determina que a parte que causou ou concorreu para a existência da nulidade não pode argüi-la, nem poderá fazê-lo quando se tratar de formalidade que apenas à outra parte interesse; art. 566 do CPP, que determina que não deve ser declarada a nulidade de ato que não influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão final; e a norma da súmula 160 STF que determina que é nula a decisão do tribunal que acolhe nulidade contra o réu quando a acusação não a arguiu em recurso próprio. Essas normas impedem que as nulidades sejam declaradas pelo juiz ou arguidas pelas partes (TOVO; TOVO, 1988).

Tovo e Tovo argumentam que a nulidade já existe e que essas normas impedem que ela seja declarada. A título de exemplificação, em relação ao art. 563 do CPP, a nulidade já existe, mas, como não há prejuízo para as partes, impede-se a sua declaração, tornando equivocada a afirmação de que “sem prejuízo, não há nulidade” (TOVO; TOVO, 1988, p. 20). Verifica-se, portanto, que as impeditivas equivalem aos critérios que subordinam a declaração ou arguição das nulidades.

No processo penal brasileiro, em princípio, nenhuma nulidade é absoluta, pois, por mais flagrante que ela seja, não prevalece contra a impeditiva de arguição ou declaração. Apenas a viciosidade intrínseca pode ser considerada absoluta, por jamais produzir definitivos efeitos, como no caso do impedimento do juiz, matéria, no entanto, suscetível de discussão. Pois, aí estaríamos diante da inexistência jurídica do processo e não propriamente de sua nulidade, distinção que o Código não faz. (TOVO; TOVO, 1988, p. 21).

Para Tovo e Tovo (1988), as nulidades insanáveis são aquelas previstas no art. 564 do CPP, o qual enumera os casos em que deverá ser reconhecida a nulidade do ato, desde que não incida a impeditiva da declaração ou arguição da nulidade. Já as nulidades sanáveis são aquelas em que pode ocorrer a incidência das impeditivas, tais como as normas presentes nos art. 568, 569, 570 e 572 do CPP, que excepcionam as nulidades insanáveis do art. 564 do CPP. Diante das impeditivas, ocorre a “sanação” do ato processual, desde que arguida em momento oportuno pela parte (art. 572, I CPP). “A única modalidade sanatória que se admite em qualquer tempo é a do art. 568 do Código de Processo Penal” (TOVO; TOVO, 1988, p. 63) que dispõe sobre a nulidade por ilegitimidade do representante.

As nulidades insanáveis, “ainda que não arguidas serão sempre declaráveis em qualquer tempo, desde que não incidente impeditiva” (TOVO; TOVO, 1988, p. 63). É importante destacar que, para os autores, tanto as nulidades sanáveis quanto as insanáveis, podem ser declaradas de ofício pelo juiz.

Compete destacar que a norma do inc. II do art. 572 do CPP determina que a nulidade

somente deve ser declarada se o ato, ao ser praticado por outra forma, não tiver atingido o seu fim; pois, se atingido o seu fim, não há de ser declarada a nulidade. Logo, esse inciso “inspira-se no princípio da instrumentalidade, em oposição ao da legalidade das formas, enquanto a (norma) do inciso III do mesmo dispositivo, na renunciabilidade deste último” (TOVO; TOVO, 1988, p. 63). Já a norma do inc. III trata da aceitação tácita ou expressa dos efeitos da nulidade, o que, para os autores, é o mesmo que a renúncia ao princípio da legalidade das formas.

Ademais, o art. 573 do CPP deve ser interpretado de forma lógica e sistemática com as demais normas referentes às impeditivas da arguição ou da declaração da nulidade e às “sanatórias”, já que dispõe sobre a renovação ou retificação dos atos processuais “cuja nulidade não tiver sido sanada” (*caput* art. 573 CPP). Logo, Tovo e Tovo (1988) concluem que essa norma se aplica tanto às nulidades sanáveis quanto às insanáveis e “no caso de falta de ato não haverá nem renovação, nem retificação (renovação parcial), mas, sim, prática do ato até então inexistente, ou, por outras palavras, suprimento do ato, embora silente a lei a respeito” (TOVO; TOVO, 1988, p. 66).

Apesar de se utilizarem inúmeras vezes das obras de Hélio Tornaghi (1987) para fundamentar o seu posicionamento, Tovo e Tovo (1988) defendem que, da literalidade da norma do §1º do art. 573 CPP, pode-se concluir que os atos que dependem diretamente do ato declarado nulo podem ser tanto os consequentes quanto os antecedentes, ainda que “a regra” seja a extensão da nulidade somente aos atos subsequentes ao ato nulo.

Quando a lei diz que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” quer se referir tanto aos atos subsequentes quanto aos antecedentes. O ato só será isoladamente nulo quando entre eles e os demais não houver relação de dependência ou de causa e efeito. A regra, porém, é a nulidade do ato e dos subsequentes (TOVO; TOVO, 1988, p. 66).

No entanto, Tornaghi (1987) afirma que, com a literalidade da norma do §2º do art. 573 do CPP, o legislador optou por deixar em aberto a possibilidade de esses atos serem tanto os posteriores quanto os anteriores, cabendo ao juiz declarar os atos a que a nulidade se estende.

Na concepção de Paulo Fernandes e Geórgia Fernandes (1994, p. 25-26), apesar da divergência doutrinária em definir nulidade como sanção ou como consequência da invalidez, nulidade “é o efeito ou consequência da falta de cumprimento das disposições legais” e, portanto, não é sanção, tornando-se equivocada a expressão “sob pena de nulidade”. Em

relação à distinção entre nulidade e inexistência, aquela se refere a atos existentes, que produzem efeitos jurídicos e devem ser sempre declarados pelo juiz e esta a atos que não existem no mundo jurídico e, que, portanto, não produzem nem efeitos nem consequências jurídicas.

“O Código de Processo Penal Brasileiro não contempla os atos inexistentes. Assim, resta apenas ao intérprete aplicar à lei as indicações da doutrina, encaixando nos dispositivos descritivo dos atos nulos as possíveis hipóteses de inexistência³³” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 27).

Uma vez que é comum a confusão em definir nulidade absoluta e inexistência, de um lado, e nulidade relativa e anulabilidade, de outro, – como expressões sinônimas, convencionou-se apenas a existência de duas nulidades processuais, as absolutas e relativas (FERNANDES; FERNANDES, 1994).

Os autores alertam para o fato de que, apesar de muitos doutrinadores defenderem a sanabilidade de toda nulidade, uma vez que ela se torna um obstáculo à prestação jurisdicional efetiva, essa afirmativa deve ser sopesada para que não se tenha no processo um retrocesso à rigidez das formas, nem um processo em que toda e qualquer nulidade será sanada, sem o controle sobre os excessivos abusos das partes e do juiz. “Não se deve endeusar a formalidade, mas é preciso bem equilibrar a balança, pois se de um lado os abusos devem ser coibidos, de outro a severidade excessiva prejudica a plenitude do contraditório” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 32).

Os dois autores também defendem que, por existirem nulidades insanáveis e sanáveis, as nulidades se dividem em absolutas e relativas. Aquelas têm previsão legal, são insanáveis; o juiz deve reconhecê-las de ofício e as partes podem argui-las a qualquer tempo, inclusive após sentença penal condenatória transitada em julgado³⁴. Já as relativas não podem ser reconhecidas *ex officio* pelo juiz; somente pode argui-las a parte que não ocasionou a nulidade e dentro do prazo legal, qual seja, na primeira oportunidade que se pronunciar nos autos. Isso posto, elas serão sanadas se não opostas no momento certo.

Existe, ainda, uma distinção entre nulidade relativa e anulabilidade. Naquela o ato já

³³ Os autores concordam com Hélio Tornaghi (1977) quanto à distinção entre inexistência, anulabilidade e ato nulo e, por isso, utilizam o mesmo exemplo, qual seja, a hipótese do nascimento de três crianças com diferentes tipos de paralisia das pernas. (FERNANDES; FERNANDES, 1994).

³⁴ “No Direito brasileiro, pois, as nulidades absolutas são declaráveis a qualquer tempo, mas, para a acusação, o *a qualquer tempo* tem seu termo final no trânsito em julgado, enquanto que para o réu se dirige a qualquer tempo mesmo, inclusive depois do cumprimento da pena. A única limitação é imposta pelo transcurso do prazo prescricional abstratamente cominado para a infração penal hipoteticamente praticada” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 37, grifo dos autores).

nasce sem produzir efeitos jurídicos; trata-se de ato ineficaz. “Na anulabilidade ele nasce válido, mas pode ser afetado por vício posterior, perdendo então a eficácia. O ato relativamente nulo tem sua validade subordinada a uma condição suspensiva; o ato anulável a tem subordinada a uma condição resolutiva” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 35).

Em relação aos aspectos constitucionais da nulidade, Fernandes e Fernandes apontam que é “na Constituição que a lei processual se dimensiona, consistindo os direitos e garantias individuais a referência básica para qualquer interpretação” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 242), inclusive quanto à nulidade processual. Ademais, “a garantia do devido processo legal, assegurada pelo inc. LIV do art. 5º da CF, condiciona todas as matérias das nulidades: os atos processuais que desatenderem às formalidades prescritas em lei são nulos ou anuláveis” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 242). Logo, sempre que atos processuais forem praticados com violação às normas constitucionais que dispõem sobre o processo penal, esses atos, “ainda que perfeitos na forma, serão passíveis de anulação por inconstitucionalidade” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 242-243). Têm-se como exemplo, os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da CF e no inc. IX do art. 93 da CF “que reveste de nulidade quaisquer decisões não motivadas do Poder Judiciário” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 243).

Os referidos autores ressaltam que tanto a inobservância da forma quanto a inobservância do conteúdo geram nulidade e a “Constituição aponta as diretrizes para a consequência jurídica que se concretiza: a nulidade” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 243). Logo, sempre que os atos processuais forem praticados com violação aos direitos e às garantias fundamentais, a consequência jurídica será a nulidade absoluta, a inconstitucionalidade desses atos.

Pode-se dizer que as nulidades são, de um lado, imperfeições formais dos atos processuais, na medida em que consumados estes com inadequação ao modelo abstrato previsto em lei. Mas nulidades também se corporificam, de outro lado, quando, perfeitos na forma, vierem tais atos ao mundo concreto viciados na substância que, na verdade, lhes dá instrumentalidade, razão mesma de seu viver. Os elementos internos e externos dos atos processuais nem sempre se traduzem pela lei processual. São norteados, em formulação genérica e específica, por todo o ordenamento jurídico. Como todas as leis, as processuais também só podem materializar-se com obediência às diretrizes traçadas pela Constituição” (FERNANDES; FERNANDES, 1994, p. 245).

Sempre que o ato processual desatender preceito constitucional, a consequência será a invalidade e a ineficácia do ato, já que se estará diante de nulidade absoluta (FERNANDES; FERNANDES, 1994).

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 17) expõem que “a regulamentação das formas processuais, quando bem aplicada”, é essencial para garantir uma participação efetiva das partes no processo e é instrumento útil para que o juiz possa buscar “a verdade sobre os fatos que deve decidir”. Entretanto, advertem que o formalismo excessivo, “inócuo, residual, sem explicação lógica, sobrevivente de fases superadas do direito processual” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 19-20) deve ser combatido, já que o contexto é o do Estado Democrático de Direito.

Uma vez que as formas dos atos processuais estão previstas na lei, poder-se-ia pensar, *a priori*, que os atos válidos, somente aqueles que são praticados em conformidade com a lei, produzirão efeitos. Em contrapartida, ter-se-ia, para aqueles praticados em desconformidade com o modelo legal prescrito, o fato de que o legislador comina sanções: de inexistência do ato, de mera irregularidade, de nulidade, levando-se em conta o grau, isto é, “a maior ou menor intensidade do desvio do tipo legal” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 17).

São atos processuais inexistentes³⁵ aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, não verdade, não-atos, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade. [...]

Por outro lado, existem situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, ou se trata de formalismo inútil, residual de outras fases do direito processual, não chegando a descaracterizar o ato; tem-se aí a mera *irregularidade*³⁶, que não afeta a validade do ato processual, porque a forma, [...] não é um fim em si mesma. [...]

Dentre os atos processuais imperfeitos, os atos *nulos* são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 18, grifo dos autores).

Ressalta-se que o reconhecimento da nulidade de um ato processual não é automático e não decorre somente da lei, como ocorre no direito privado, já que depende sempre, no direito processual, do pronunciamento do juiz para que o ato válido deixe de produzir efeitos.

Desta forma, mesmo vícios gravíssimos podem não afetar a validade do ato, se não for reconhecida a nulidade e houver o trânsito em julgado da sentença final; é o que

³⁵ Esses autores citam como exemplo a sentença sem a parte dispositiva ou prolatada por quem não seja competente para realizar esse ato; bem como atos praticados por advogado suspenso ou não habilitado (não aprovado em exame da ordem) (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

³⁶ Eles citam a interpretação extensiva da norma do art. 564, IV do CPP, já que, se o legislador apenas cominou nulidade para os atos praticados com omissão de formalidade essencial ao ato, portanto, não será cominada nulidade diante da omissão de formalidades não-essenciais ao ato. Exemplo de mera irregularidade é a denúncia oferecida intempestivamente pelo Ministério Público, que será considerada válida e eficaz, podendo o promotor ser penalizado administrativamente (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

se dá, por exemplo, com a decisão absolutória sem motivação passada em julgado; não prevendo o ordenamento qualquer forma de revisão *pro societate*, jamais será possível reconhecer-se a nulidade (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 19).

Ademais, no direito processual existe a possibilidade de alguns efeitos do ato subsistirem após o reconhecimento da nulidade pelo juiz. Tome-se como exemplo a “sentença viciada que vem a ser anulada através de recurso exclusivo da defesa” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 19). Se somente a defesa interpor recurso e a sentença for reconhecida nula, essa sentença manterá o efeito de fixar a pena máxima do réu, em decorrência da proibição da *reformatio in pejus*.

Os autores, em relação aos atos nulos, os distinguem em nulidade relativa e nulidade absoluta. Nos casos de nulidade relativa, cabe à parte prejudicada arguir ou não a irregularidade do ato, bem como demonstrar a existência do prejuízo efetivo, para que o juiz reconheça a nulidade e invalide o ato. Nas hipóteses de nulidade absoluta, “a gravidade do ato viciado” e a existência do prejuízo para o contraditório e para a própria decisão são manifestas e evidentes, já que “o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito, [...] percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 19).

Ademais, os referidos autores ressaltam que a inobservância e violação das garantias constitucionais acarretarão sempre nulidade absoluta, uma vez que estas desempenham função precípua na tramitação dos processos e no provimento final. “Já a ofensa às garantias constitucionais implicará sempre nulidade de natureza absoluta, pois a obediência às regras do “devido processo” constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 19).

Portanto, propõem a atipicidade constitucional: “assim como ocorre com o descumprimento do modelo legal, também a inobservância da norma constitucional acarreta a desconformidade como o modelo imposto pela Lei Maior, ocasionando o fenômeno da atipicidade constitucional” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 21).

Salienta-se que as normas “constitucionais-processuais” previstas na Constituição e com “relevância processual”, além de serem garantias das partes, são, precipuamente, garantias do próprio processo penal e, portanto, são sempre estabelecidas visando ao interesse público.

Da ideia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das

garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 22).

Logo, sempre que na produção de um ato processual houver violação à norma de garantia prevista na Constituição, estar-se-á diante da nulidade absoluta ou atipicidade constitucional, já que, “nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 22)

É importante esclarecer que as normas de garantia são tanto as normas constitucionais com relevância processual quanto as normas inseridas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que possuam relevância processual, uma vez que o Brasil, como país signatário, faz com que essas normas equivalham às normas constitucionais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

Os autores evidenciam que a sanção pelo desrespeito a essas normas de garantia deve ser buscada na própria Constituição³⁷ ou nas normas processuais³⁸ e que se tratará sempre de atipicidade constitucional.

Diante da atipicidade constitucional, deve-se verificar se o ato praticado em desconformidade com a norma constitucional deverá ser “considerado *juridicamente inexistente* ou simplesmente *nulo* e, a partir daí, se a ineficácia acompanhará o não-ato, desde seu aparente nascimento, ou se seguirá à declaração da nulidade” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 22, grifo dos autores). Caso não seja considerado juridicamente inexistente, ele será reconhecido absolutamente nulo, de ofício pelo juiz, visto que se trata de violação de normas de garantia previstas na Constituição e que visam resguardar e preservar precipuamente o interesse público. “O ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009,

³⁷ Em relação ao princípio da fundamentação das decisões previsto no art. 93, IX da CF, a própria Constituição prevê sanção de nulidade em decorrência do não cumprimento dessa norma constitucional (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 21).

³⁸ Em relação ao art. 5º, LVI da CF que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas, a sanção não é cominada pela norma constitucional. Logo, ela será cominada nas normas processuais (CPP) bem como nos princípios gerais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 21).

p. 23).

Vale aqui analisar os critérios existentes para a decretação da nulidade, visto que a nulidade processual não decorre apenas da lei; ela está condicionada ao reconhecimento pelo juiz quando da existência desses pressupostos em cada caso concreto (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

O próprio ordenamento deve estabelecer os critérios que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais; nesse particular, nota-se uma evolução bastante sensível nos ordenamentos modernos: em lugar do denominado “sistema de legalidade das formas”, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vício, predomina hoje em dia o “sistema da instrumentalidade das formas” em que se dá o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao *prejuízo* causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 24).

Verifica-se, no entanto, que o Código de Processo Penal Brasileiro (1941) não possui “uma sistematização coerente na disciplina das nulidades”. Ele enumera, nas normas do art. 564, os casos em que o juiz deve reconhecer as nulidades e “fixa algumas regras gerais que devem ser obedecidas para o pronunciamento da nulidade do ato processual irregular” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 24-25).

Conforme os autores, no *sistema da instrumentalidade das formas*, os princípios que se destacam são o do prejuízo, o da causalidade, o do interesse e o da convalidação.

O princípio do prejuízo decorre da compreensão de que as formalidades estabelecidas na lei são apenas meios para que ocorra a efetivação do direito através da garantia do devido processo. Isso posto, as formas não são fins em si mesmas e, somente diante do prejuízo que a nulidade poderá ser reconhecida, evitando-se assim um formalismo excessivo. “Somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 25). Destaca-se que, somente diante de um prejuízo efetivo, demonstrado em cada caso concreto, é que o juiz poderá aplicar a sanção da nulidade. Nas nulidades absolutas, o prejuízo é evidente, em alguns casos ele se presume; nas nulidades relativas, ele deverá sempre ser comprovado, mas, se ficar evidenciada a inexistência do prejuízo, o juiz não poderá reconhecer a nulidade, ainda que absoluta (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

É o que dispõe a Súmula 523 do STF em relação à defesa do réu em processo penal.

Se ausente a defesa, estar-se-á diante de nulidade absoluta e o prejuízo estará evidenciado; ao passo que, se houver deficiência da defesa, a nulidade somente será reconhecida se o prejuízo for efetivamente demonstrado pelo réu.

A ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição; já na segunda situação, somente uma análise do conjunto de provas, alegações etc., ou até uma nova prova de circunstância que poderia ter sido deduzida, levarão à conclusão sobre a efetividade do prejuízo ao direito de defesa (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 27).

Já o princípio da causalidade, correlacionado aos efeitos advindos com o reconhecimento da nulidade, estabelece que os atos do procedimento, sejam eles antecessores ou sucessores, estão dispostos por um nexo de causalidade com o objetivo precípuo de preparar a sentença. Dessa forma, deve-se verificar se se trata de nulidade originária (– nesse caso, somente o ato específico será declarado nulo pelo juiz) ou derivada, – devendo o juiz estender os efeitos ao demais atos que derivem ou dependam do ato viciado (art. 573, §§ 1º e 2º CPP), devendo o processo ser refeito a partir do ato nulo originário. Na prática, verifica-se que os atos da fase postulatória do processo, quando reconhecidos nulos, atingem os demais atos do processo; ao passo que aqueles atos de instrução, são sempre tratados como nulidade originária (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

O princípio do interesse determina que o juiz, ao decidir sobre o reconhecimento ou não de uma nulidade relativa argüida pela parte, deverá verificar antes, as vantagens advindas dessa decisão para a parte, conforme disposto no art. 565 do CPP (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

O princípio da convalidação é o reflexo da economia processual e do sistema da instrumentalidade das formas. “Sendo assim, ao mesmo tempo que prevê as hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o ordenamento também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se atividade processual atípica”. Trata-se da convalidação de ato irregular, após “sanada a irregularidade ou reparado o prejuízo” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 30).

Apesar da enumeração de vários princípios que norteiam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, Grinover *et al.* (2009) ressaltam que os pilares para a convalidação do ato eivado de vício estão no alcance da finalidade desse ato irregular, na ausência do prejuízo e no respeito ao contraditório. Em relação às nulidades relativas, o instituto da preclusão é uma forma de convalidação do ato irregular, uma vez que a parte não arguiu a nulidade no

momento oportuno e perdeu o direito de alegá-la. Há outras formas de convalidação do ato irregular, seja com a sentença de mérito, conforme norma do art. 249, §2º do CPP, ou com a coisa julgada formal e material (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 30-31).

No processo penal, entretanto, o trânsito em julgado da decisão final sana exclusivamente os vícios formais que poderiam ser reconhecidos em favor da acusação; no que tange à defesa, o ordenamento prevê remédios para o reconhecimento das nulidades, mesmo após a formação da coisa julgada: art. 626, *caput*, parte final, e art. 648, VI, do CPP (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 31).

Os referidos autores elencam também outras regras especiais a partir das quais o ato irregular será convalidado, não sendo reconhecida a nulidade pelo juiz por se tratar de vícios de forma não-essenciais dos atos, como dispõem o art. 568 (ilegitimidade do representante da parte) e 569 (omissões da denúncia) do CPP, ou porque o ato atingiu a finalidade, com rege o art. 570 do CPP (comparecimento do interessado supre a falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação). Ressalta-se que a parte final do art. 570 do CPP garante às partes o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

A parte final da regra prevê que “o juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte”; cuida-se de ressalva oportuna, especialmente nas hipóteses de citações, em que o defeito do ato pode causar irreparáveis prejuízos ao exercício pleno do direito de defesa, notadamente no que tange à assistência técnica (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 32).

Durante todo o processo, o juiz deverá atuar de forma preventiva, convalidando sempre que possível os atos irregulares, de modo a evitar declarações de nulidade desnecessárias, inúteis e/ou excessivas. No entanto, é no momento de prolatar a sentença que o juiz efetivamente verificará a regularidade formal do processo e a existência de possíveis vícios de caráter absoluto, reconhecendo esses vícios, bem como decidirá sobre as preliminares levantadas pelas partes. Diante da inércia do juiz em reconhecer os vícios e determinar a sanção de nulidade ou, ainda, diante de uma sentença eivada de vício, caberá à parte interessada interpor recurso ao tribunal competente, arguindo preliminarmente a nulidade a ser reconhecida, ou caberá ao tribunal reconhecer a nulidade de ofício, sempre que se tratar de nulidade absoluta a favor do réu ou de recurso necessário, como versa o art. 574,

inc. II do CPP (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

No entanto, mesmo em relação às irregularidades que levam à nulidade absoluta, a possibilidade de reconhecimento pelo tribunal *ex officio* está restrita às situações em que o desrespeito à forma tiver prejudicado a defesa; ao contrário, quando se tratar de vício cujo reconhecimento favoreça a acusação, será indispensável a arguição do vício como preliminar do recurso. É o que vem sublinhado pelo verbete da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 33).

Caberá ao tribunal quando do julgamento do recurso verificar se o reconhecimento da nulidade absoluta favorece o acusado (caso em que o reconhecimento deverá ser feito de ofício, ainda que a defesa não a tenha arguido como preliminar do recurso interposto) ou, a acusação (caso em que o tribunal, ainda que verificada a existência de vício que acarrete nulidade absoluta, não poderá reconhecer a nulidade se esta não tiver sido argüida no recurso da acusação) (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

Desta feita, Grinover *et al.* (2009) analisam outros instrumentos processuais disponíveis para o reconhecimento das nulidades. Afirmam que existem no ordenamento jurídico ações autônomas que visam à decretação das nulidades processuais, quais sejam, o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a revisão criminal. Em relação ao *habeas corpus*, sempre que o vício do ato estiver repercutindo na liberdade do acusado, tratar-se-á de coação ilegal (art. 648, VI, CPP) e o juiz deverá aplicar a sanção da nulidade a esse ato que atinge a liberdade do acusado, seja durante o processo penal ou após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que o acusado não tenha cumprido a pena e que o vício seja comprovado, isto é, demonstrado de plano (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

Se o ato processual for manifestamente eivado de vício (ilegalidade ou abuso de poder), resultando em prejuízo manifesto para o acusado (dano irreparável), mas não tiver repercussão direta no direito de liberdade de locomoção e puder ser demonstrado de plano (direito líquido e certo), caberá a impetração do mandado de segurança (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

Ademais, através da interpretação lógico-sistemática das normas dos art. 621 e 626 *caput*, parte final, do CPP, pode-se afirmar que o reconhecimento de nulidade também poderá ocorrer na revisão criminal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009).

Embora o CPP não arrole existência de nulidade como motivo que autoriza o pedido

de desconstituição da coisa julgada penal (art. 621), é certo que o art. 626, *caput*, parte final, estabelece que o tribunal, julgando procedente a revisão, poderá *anular* o processo. Assim, diante do pedido do interessado, ou mesmo de ofício (até por aplicação do art. 654, §2º, que prevê a concessão de *habeas corpus ex officio*), caberá ao tribunal, conhecendo da revisão, anular o processo em que seja constatado o vício formal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 35).

Apesar da existência de ações autônomas que visam ao reconhecimento da nulidade, a defesa deverá optar pelo *habeas corpus*, por ser mais célere, sempre que o vício do ato e sua ilegalidade puderem ser demonstrados de plano, já que o prejuízo é manifesto. Por outro lado, deverá optar pela revisão criminal sempre que for necessária a análise aprofundada dos autos para se determinar a “extensão do prejuízo” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009)

Em síntese, verifica-se que, a despeito de a construção ter sido feita de forma estanque para o processo civil e para o processo penal, ou seja, apesar de a construção ter se baseado na separação dos autores, estes pensam em uma teoria geral do processo. Sendo assim, para finalizar este capítulo é imprescindível a análise da obra *Teoria Geral do Processo* de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010), quanto ao tema das nulidades.

No capítulo intitulado “Vícios do ato processual” os autores discorrem sobre as nulidades processuais, definidas como sanções ao ato irregular. É importante ressaltar que, segundo eles, a eficácia dos atos processuais depende da observância às formalidades para que se produzam efeitos no ordenamento jurídico. Logo, a eficácia dos atos processuais depende, principalmente, da observância à forma prescrita em lei. As irregularidades dos atos processuais têm consequências diversas sobre sua eficácia. Dentre as classificações, ater-se-á às irregularidades dos atos que acarretam nulidade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

Em algumas circunstâncias, reage o ordenamento jurídico à imperfeição do ato processual, destinando-lhe a ausência de eficácia. Trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe, segundo critérios de oportunidade (política legislativa), quando não entende conveniente que o ato irregular venha a produzir efeitos. As razões por que o faz são as mesmas que antes o levaram a estabelecer exigências quanto à forma do ato (sistema de legalidade): a necessidade de fixar garantias às partes, de modo a celebrar-se um processo apto a conduzir à autêntica atuação do direito, segundo a verdade dos fatos e mediante a adequada participação de todos os seus sujeitos. A observância do procedimento modelado pela lei é penhor da legitimidade política e social do provimento judicial a ser proferido afinal, justamente porque é através dela que se assegura a efetividade do contraditório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 370).

Dessa forma, os critérios estabelecidos pelo legislador para nortear o reconhecimento

da nulidade de um ato, que eivado de vício, não deve produzir os efeitos jurídicos depende sempre da decisão do juiz. O ato que não respeita a forma prescrita em lei ou que viola garantias constitucionais do processo não é nulo pelo simples fato desta inobservância legal ou violação constitucional; esse ato deve ser reconhecido nulo pelo juiz. Somente depois que o juiz o reconhece como nulo e, Conseqüentemente, torna-o ineficaz, ele deixa de produzir efeitos. Até o reconhecimento pelo juiz, o ato é válido e, portanto, está produzindo todos os efeitos.

Mesmo quando eivado de vício que determina a sua *nulidade*, porém, o ato processual considera-se válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o *estado de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial* (após a aplicação da sanção de ineficácia – diz-se, portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato nulo é *anulado* pelo juiz) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 370, grifo do autor).

Verifica-se, portanto, que o juiz deve reconhecer o ato irregular como nulo, seja de ofício ou a requerimento das partes, para que ele deixe de produzir seus efeitos, uma vez que não se admite no processo a nulidade *pleno jure*.

Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhecê-los mediante a simples alegação da nulidade: abrir-se-ia caminho, inclusive, a dolo processual das partes, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todos no processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 370).

Constata-se que os autores enfatizam a diferença existente entre as nulidades do direito privado das nulidades processuais. No direito privado, opera a distinção entre ato nulo (nulidade) e ato anulável (anulabilidade): “enquanto este prevalece até que seja privado judicialmente de eficácia, o primeiro já é, em princípio, ineficaz (a nulidade opera *pleno jure*)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 370). Já no direito processual, todo ato irregular deve ser reconhecido nulo pelo juiz para que pare de produzir efeitos.

Conforme exposição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010), o sistema de nulidades adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro se distingue no que se refere ao Código de Processo Civil e ao Código de Processo Penal. Naquele, as nulidades são reconhecidas e diferenciadas a partir da gradação do vício; neste, prevalece o princípio da rigidez, da observância da forma, uma vez que só será reconhecida a nulidade do ato se ela estiver

expressamente cominada em lei, devendo o legislador prever todas as hipóteses de nulidade do ato.

Depreende-se que a diferença de tratamento dispensado às nulidades no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil é visível no direito brasileiro.

O primeiro deles, desatualizado perante a ciência processual, procura adotar o segundo dos sistemas acima, (nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar) fornecendo um elenco dos *atos e termos substanciais*, numa casuística e rigidez que contradizem toda a teoria moderna da nulidade (CPP, art. 564); não previu o legislador a sua própria falibilidade, acreditando ser capaz de prever todas as imperfeições que podem levar o processo por caminhos inconvenientes.

O Código de Processo Civil, seguindo o caminho das melhores codificações modernas, abstrai-se de compor um elenco pretensamente completo dos casos de nulidade; nulo será o ato se houver cominação expressa e também quando, na comparação com o modelo legal, se verificar que não foi celebrado com fidelidade a este (e é muito pequeno o número das *nulidades cominadas* frente às *não-cominadas*, que são praticamente imprevisíveis e portanto arreadas ao enquadramento em um rol) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 371).

Conforme explicam Cintra *et al.* (2010, p. 372), quando se trata de nulidades não cominadas, a solução encontrada pela doutrina e jurisprudência tem sido recorrer “às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação” dessas nulidades, já que o legislador não consegue prever todas as hipóteses de irregularidades que devem ser cominadas com a sanção de nulidade.

Adicionalmente, para que o juiz se pronuncie sobre a irregularidade do ato, declarando-o nulo, ele deve, antes, submeter sua análise aos princípios da causalidade, da instrumentalidade das formas, do interesse e da economia processual, que terão como fim nortear a aplicação das normas referentes às nulidades (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

O princípio da causalidade estabelece que os atos dependentes e posteriores àquele que foi reconhecido nulo também serão reconhecidos nulos pelo juiz.

O princípio da causalidade impõe que a nulidade de um ato do procedimento contamine os posteriores que dele sejam dependentes, com a consequência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição (CPC, art. 248, primeira parte – a exigência de que se trate de atos dependentes daquele viciado é a expressão legal da exigência de causalidade) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 372).

O princípio da instrumentalidade das formas se equipara à regra de que não há nulidade se não houver prejuízo. Logo, só se deve anular o ato irregular se houver ocorrido prejuízo.

Tal princípio, formulado legislativamente nesses mesmos termos no direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao prejuízo como requisito para anulação (CPP, art. 563; CPC, art. 249, §1º); b) estatuidando a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (CPC, art. 244). No processo penal nota-se a tendência a presumir o prejuízo, sempre que a omissão interfira com o direito de defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 372).

O princípio do interesse dispõe que somente poderá arguir a nulidade a parte que não tiver dado causa ao ato irregular.

O princípio do interesse diz que a própria parte que tiver dado causa à irregularidade não será legitimada a pleitear a anulação do ato (CPC, art. 243, e CPP, art. 565). **Essa restrição, contudo, só tem aplicação nas hipóteses de nulidade relativa, quando a exigência de determinada forma é instituída no interesse das partes e não da ordem pública; aí, e não na nulidade absoluta, é razoável que o legislador deixe exclusivamente a critério da parte prejudicada a provocação da decretação de nulidade.**

Prende-se também ao princípio do interesse a regra segundo a qual a nulidade não será pronunciada quando o julgamento do mérito for a favor da parte a ser beneficiada pelo seu reconhecimento (CPC, art. 249, §2º) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 373, grifo meu).

E, finalmente, o princípio da economia processual decorre dos demais princípios que informam o sistema de nulidades processuais.

O princípio da economia processual (que, de resto, informa todo o direito processual) tem diversas aplicações na teoria da nulidade. De certa forma, está presente nas manifestações, já examinadas, do princípio da instrumentalidade das formas; está presente também na determinação de que os atos posteriores ao ato nulo não se contaminam se não dependentes deste (CPC, art. 248, primeira parte) entendido a *contrario sensu* e na disposição que salva as partes independentes de um ato complexo, quando este for só parcialmente irregular (CPC, art. 248, segunda parte); presente está também no aproveitamento dos atos do processo inadequados à ação exercida (CPC, art. 250), ou dos atos não-decisórios do processo celebrado perante autoridade absolutamente incompetente (CPC, art. 113, §2º; CPP, art. 567) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 373).

É necessário, portanto, elucidar a distinção entre nulidades absolutas e relativas para compreensão da sistematização das nulidades no direito processual. Sempre que houver exigência de determinada forma para a prática de ato com a finalidade de preservar o interesse público, caberá ao juiz declarar a nulidade de ofício, esteja ela cominada ou não na lei. No entanto, se a exigência visa preservar interesse exclusivamente da parte, estar-se-á diante de nulidade relativa que “nunca é cominada pela lei (é sempre nulidade não-cominada)”

(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 374) e deverá ser sempre arguida pela parte prejudicada em momento oportuno, sob pena de preclusão. Ressalta-se que será sempre de ordem pública a formalidade que resguarda interesse referente à defesa do acusado, e, portanto, será sempre caso de nulidade absoluta (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

Feita a distinção entre as nulidades, cumpre esclarecer sobre a inexistência jurídica do ato processual. Consoante Cintra *et al.* (2010, p. 374), o ato inexistente é aquele em que “faltam elementos essenciais à sua constituição, [...] e à falta desses elementos, o próprio ato, intrinsecamente, não reúne condições para ser eficaz”. Apesar da distinção feita entre inexistência e nulidade, esses autores ressaltam que uma parte da doutrina não utiliza essa classificação, falando em nulidade absoluta quando da inexistência do ato, ou empregando uma classificação distinta da utilizada por eles: atos anuláveis, atos relativamente nulos e atos absolutamente nulos, o que equivaleria à nulidade relativa, nulidade absoluta e inexistência, respectivamente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

Como já foi afirmado anteriormente, nem toda irregularidade do ato acarretará a declaração da nulidade pelo juiz, já que o ato poderá vir a ser convalidado. Quando se tratar de nulidade relativa, esta deverá ser requerida pela parte em momento oportuno, ou seja, na primeira oportunidade de se manifestar nos autos. Se a parte não arguir a nulidade, ela não mais poderá fazê-lo e, portanto, o ato se manterá eficaz, ou seja, ele se convalida. Quando se tratar de nulidade absoluta, o ato irregular será convalidado se a sentença definitiva transitar em julgado, uma vez que “a irregularidade torna-se irrelevante e não se pode mais decretar a nulidade do ato viciado” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 375). No entanto, alguns atos irregulares não se convalidam com a sentença de mérito transitada em julgado e, dada a gravidade do vício, poderão ser declarados nulos pelo juiz.

No processo civil isso se dá nas hipóteses que, segundo o art. 485, autorizam a ação rescisória (incs. I, II, III, IV, VI e VIII). Passado o prazo de dois anos para a propositura desta, porém, também essas irregularidades não podem mais conduzir à anulação do ato (art. 495). Existe ainda o caso de falta ou irregularidade da citação para o processo de conhecimento (tendo o réu ficado revel), quando a nulidade será decretada através dos embargos do executado (art. 741, inc. I).

Os vícios considerados no art. 621, inc. II do Código de Processo Penal (falsidade) podem ser alegados a qualquer tempo, após o trânsito em julgado da sentença, através da revisão criminal (art. 622). Mas apenas o acusado dispõe dessa ação: ao Ministério Público ou ao acusador privado, vencidos no processo-crime, a lei não oferece qualquer caminho para postularem a nulidade do feito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 375).

Em relação à convalidação, pode-se falar em repetição do ato nulo ou suprimento do ato omissivo no processo. “Uma vez feita a repetição ou o suprimento, convalescem todos os atos posteriores que, por força do princípio da causalidade, estiverem contaminados pelo vício” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 376).

Quando se tratar de inexistência jurídica do ato, este não será capaz de se convalidar, uma vez que faltam elementos essenciais de constituição; tem-se um “não-ato” que, portanto, não produz efeitos. “Não tendo sido a lei quem lhes (aos atos inexistentes) negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 376).

Construído o tema das nulidades processuais na visão do processo civil e do processo penal, de forma estanque, mas, consciente de que os autores pensam em uma teoria geral do processo e; verificada a necessidade de superação do liberalismo processual e da socialização processual para que o instituto das nulidades processuais seja interpretado conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no contexto do Estado Democrático de Direito, procede-se no próximo capítulo à desconstrução do tema sob o viés constitucional democrático.

3 DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES E SUA (IN) ADEQUAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma vez construído o tema das nulidades processuais na visão do processo civil e do processo penal, passa-se agora à sua desconstrução para demonstrar sua inadequação ao contexto democrático a partir dos estudos de Ferreira (1963)³⁹, Gonçalves (1993) e Passos (2002), e para que o instituto das nulidades possa ser interpretado conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Primeiramente, é imprescindível compreender que a diversidade de conclusões e a variedade na linguagem que encadeiam diferentes classificações no estudo das nulidades desde Lacerda (1990) a Silva e Gomes (2006) no processo civil, desde Tornaghi (1977) a Grinover, Gomes e Fernandes (2009) no processo penal e nos defensores de uma teoria geral do processo Cintra, Grinover e Dinamarco (2010) – deve-se ao motivo de que “quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares” (FERREIRA, 1963, p. 30). Em suma, os autores não conseguem se desvencilhar das heranças do próprio direito privado (FERREIRA, 1963, p. 29).

Apesar de Ferreira (1963) apresentar subsídios para o estudo das nulidades, desmitificando conceitos e afastando erros advindos do Direito Romano e incorporados à legislação civil brasileira, faz-se mister a análise detalhada destas críticas, visto que o sistema de nulidades processuais ainda está arraigado nas heranças civilistas (direito privado) e nas repetições infundadas de expressões como nulidade de *pleno jure*, ato nulo e ato anulável, nulidade e anulabilidade, bem como nulidade absoluta e relativa.

Isso posto, ressalta-se que a divisão artificial das nulidades em absoluta e relativa, ato nulo e anulável, nulidade e nulidade atenuada, somente tem aceitabilidade no plano do direito positivo, (FERREIRA, 1963) com vistas a preservar os interesses das partes.

³⁹ É imprescindível ressaltar que, em que pese o trabalho de Ferreira ter sido escrito e publicado em um momento anterior (1963) ao contexto democrático (1988) e tratar das nulidades no direito privado, ele traz importantes contribuições para a elucidação do conceito e do tratamento das nulidades no direito processual. Torna-se, portanto, obra fundamental e o marco inicial para a desconstrução da teoria das nulidades processuais, já que explica as repetições infundadas e os erros mantidos e advindos desde o Direito Romano. Mesmo com a publicação dessas lições em 1963, os processualistas brasileiros não conseguem se desvencilhar das heranças civilistas no direito processual. Afirma-se, pois, de forma consciente, que esse trabalho se aproxima do contexto democrático, ainda que escrito no contexto da socialização processual e que ele é compatível para a desconstrução do tema.

Antes de tudo, convém sublinhar uma opção fundamental: a nulidade nasce sempre da violação da lei, de maneira que devemos sempre concluir pelo caráter meramente negativo do conceito de nulidade. Efetivamente, ninguém pode recusar que a infração das proibições da lei, ou a inobservância de suas prescrições na formação dos atos jurídicos, em princípio e a rigor, deve levar à ineficácia dos mesmos, uma vez que o direito, para emendar a desobediência, não reconhece nem pode proteger um comportamento contrário à norma estabelecida. É verdade que tais conclusões foram abrandadas por uma questão de oportunidade, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quis reduzir as consequências lógicas daquele princípio para, por motivo de utilidade prática, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma contrariada. **Assim, apenas no plano do direito positivo, foi criada uma divisão artificial: atos nulos e anuláveis, ou nulidade e nulidade atenuada, ou ainda nulidade absoluta e nulidade relativa** (FERREIRA, 1963, p. 30, grifo meu).

Essas considerações feitas por Ferreira representam um avanço em relação ao contexto (Estado Social), em que foram escritas, visto que o autor chega a conclusões que, já em 1963, simplificam o estudo das nulidades, mas que ainda não são compreendidas por grande parte da doutrina, que insiste nessa divisão artificial para fundamentar todo o tema indistintamente no plano do direito processual. Em outras palavras, essa classificação das nulidades em decorrência da gravidade do vício do ato processual ainda permanece no contexto democrático.

Nulidade e anulabilidade “não representam categorias diferentes. Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária” (FERREIRA, 1963, p. 30). Isso, significa afirmar que, uma vez pronunciada a nulidade pelo juiz, os efeitos serão os mesmos para os atos nulos ou anuláveis: eles deixarão de ser válidos. Em outros termos, no estudo das nulidades, os únicos conceitos que se contrapõem são validade e invalidade.

Ademais, se o reconhecimento da nulidade está condicionado à declaração pelo juiz, não existe nulidade de pleno direito. Essa expressão apenas representa um “resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados⁴⁰” (FERREIRA, 1963, p. 31). O ato inquinado de vício produz efeitos, mantendo a aparência de ato regular, até que o juiz declare a sua nulidade.

A aceitação da nulidade *pleno jure* leva à conclusão equivocada de que o ato nulo não produz quaisquer efeitos (é ineficaz), já que a nulidade é intrínseca ao ato, ao passo que o ato anulável produz todos os efeitos até a declaração do juiz. “Tanto os atos nulos quanto os anuláveis geralmente apresentam tais caracteres de regularidade que vão produzindo seus

⁴⁰ Para maiores esclarecimentos sobre as nulidades de pleno direito (decorrentes da inobservância da lei ou da forma) em oposição às nulidades por via de ação (dependentes de uma ação e sentença do juiz ou pretor) no direito Romano ou, ainda, as nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de rescisão decorrentes da aplicação simultânea do direito romano e do direito nacional francês, cf. Ferreira (1963, p. 31-33).

efeitos, até que se alegue a invalidade. [...] O ato subsiste com todo o seu valor provisório, enquanto a justiça não intervém” (FERREIRA, 1963, p. 34) para reconhecer a nulidade. Conclui-se, portanto, que a sanção da nulidade somente será aplicada após declaração judicial.

A clássica divisão das nulidades em absoluta e relativa quanto ao efeito retroativo de sua declaração mostra-se infundada já que “qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, **o vício é dirimente e contemporâneo da formação** do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por êste motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado para o futuro, tudo porque – convém salientar – também a **nulidade relativa é absoluta em seus efeitos**” (FERREIRA, 1963, p. 35, grifo meu).

Conforme elucidação trazida por Ferreira (1963), pode-se inferir que essas obscuridades e repetições infundadas ainda subsistem no direito processual, já que alguns processualistas (*cf.* LACERDA, 1990; TEIXEIRA, 1990; WAMBIER, 1998; SILVA; GOMES, 2006; TORNAGHI, 1977; MEDEIROS, 1987; TOVO; TOVO, 1988; FERNANDES; FERNANDES, 1994) afirmam equivocadamente, seja de forma direta ou indireta⁴¹, a partir do estudo da sistematização da teoria das nulidades, que a nulidade é vício, já que este é intrínseco ao ato. Ao defender essa concepção de nulidade, esses autores aceitam a existência de nulidades de pleno direito ou, ainda, a clássica divisão em nulidades absolutas e relativas conforme a gravidade do vício do ato.

Se o reconhecimento da nulidade pelo juiz está condicionado à existência de critérios que fundamentam a supressão de efeitos de um ato regular e eficaz, mas eivado de vício, a nulidade só pode ser compreendida no contexto atual, como sanção. “Se a nulidade é consequência do defeito do ato processual, parece-nos evidente o seu caráter de sanção jurídica, [...] quando, em face do ordenamento jurídico, o defeito seja relevante e autorize o pronunciamento judicial de sua invalidade” (PASSOS, 2002, p. 104 e 106).

Somando-se às lições de Ferreira (1963), Aroldo Plínio Gonçalves (1993), já no contexto democrático, pós Constituição Federal de 1988, adverte que o significante nulidade designa múltiplos significados pela doutrina, ora como categoria jurídica, ora como consequência jurídica e ora como qualidade negativa do ato do processo, o que acarreta alguns óbices para a elucidação e compreensão do termo.

⁴¹ Alguns autores afirmam que a nulidade é um defeito (MEDEIROS, 1987), uma falta ou imperfeição jurídica (TOVO; TOVO, 1988; FERNANDES; FERNANDES, 1994), um estado de irregularidade (WAMBIER, 1998). Ao asseverar que o vício é uma qualidade negativa do ato, ou seja, um defeito (GONÇALVES, 1993), esses autores indiretamente afirmam que a nulidade é o vício do ato, o que se comprova com a sistematização da teoria das nulidades defendida por cada um.

O termo nulidade tem sido empregado indiferenciadamente tanto para designar uma categoria jurídica, que se faz objeto de uma teoria, como para designar uma consequência jurídica – a sanção que torna ineficaz o ato processual –, como para denotar uma qualidade negativa que adere a um ato processual, como se fosse o defeito do ato, sendo equiparada ao próprio vício que o atinge. (GONÇALVES, 1993, p. 11).

Apesar de ressaltar que os dois primeiros significados são pertinentes, Gonçalves (1993) alerta para o fato de que as múltiplas e diversificadas classificações das nulidades em cominadas e não cominadas, sanáveis e insanáveis, *pleno jure*, absoluta e relativa e anulabilidades têm trazido compreensões equivocadas quanto à aplicação das nulidades no direito processual. Em relação ao terceiro significado, o autor destaca que não se pode incorrer “no equívoco, que tem sido tão frequente, de se conceber a nulidade ou como se fosse o próprio vício do ato ou como se fosse consequência jurídica *inerente* ao ato viciado (GONÇALVES, 1993, p. 12).

Gonçalves (1993, p. 13) afirma que a nulidade do ato processual está inserida na categoria das sanções “que tendem a reparar ou neutralizar os efeitos de uma conduta ou de um ato contrário ao direito ou irregular perante ele, e visam a restabelecer, na medida do possível, a situação anterior à violação”. Logo, a nulidade é uma consequência jurídica que decorre da inobservância da previsão legal para a prática do ato e, acarreta a ineficácia do ato.

Segundo o autor, a sanção jurídica tem características que lhe são próprias e que devem ser ressaltadas para o estudo da nulidade processual: “(é) juridicamente organizada, ou seja, é sempre predeterminada, sendo previamente estabelecida, seja na norma jurídica que rege o ato ou em outra norma do mesmo sistema, e sua aplicação é regulada pela ordem jurídica” (GONÇALVES, 1993, p. 16).

Ademais, o autor afirma que a sanção de nulidade, por razões de conveniência e oportunidade (*i.e.* político-legislativa) e de lógica, pode estar prevista em lei, em um rol taxativo, *numerus clausus* ou não ser cominada, mas aplicada em razão de princípios e critérios gerais que condicionam esse reconhecimento da nulidade.

Gonçalves (1993) ainda acrescenta que, uma vez elucidado o conceito de nulidade como sanção jurídica, não se poderia cogitar a nulidade como o próprio vício do ato. No entanto, em razão da impropriedade técnica e da linguagem utilizada pelo legislador, dá-se margem a uma interpretação inadequada de toda a teoria da nulidade. É o que se verifica nos estudos de Wambier (1998), Silva e Gomes (2006), Fernandes e Fernandes (1994), que mesmo após publicação da sistematização da teoria das nulidades por Gonçalves (1993), não

adequaram seus estudos ao contexto democrático⁴².

Para Gonçalves (1993), ao falar de nulidades sanáveis e insanáveis, deve-se interpretar a qualidade “sanabilidade” ou “insanabilidade” do vício, do defeito do ato, e não da nulidade, que somente pode ser reconhecida ou não pelo juiz. Não se deve interpretar a expressão “nulidades sanáveis” em seu sentido denotativo, mas apenas em seu sentido conotativo, metafórico. “O ato nulo, ou seja, aquele que é pronunciado nulo, não se sana, mas se repete” (GONÇALVES, 1993, p. 18).

Conforme a concepção de Gonçalves (1993), sanção e vício não se equivalem: o vício é qualidade negativa, defeito do ato, e a sanção é a consequência jurídica que decorre do ato praticado em desconformidade com a lei. Logo, como consequência jurídica, a sanção de nulidade deve ser reconhecida pelo juiz para que o ato deixe de produzir os efeitos, cesse sua eficácia e seja considerado nulo. Por isso, é incorreto o entendimento de que a nulidade é consequência automática do vício. É somente após o pronunciamento do juiz que o ato defeituoso, viciado, deixará de produzir efeitos, tornando-se nulo. “Ato nulo somente existe depois que a nulidade, como consequência jurídica, é pronunciada, e jamais antes da declaração judicial” (GONÇALVES, 1993, p. 19).

Isso posto, verifica-se a necessidade de um estudo da teoria das nulidades sob o enfoque do direito processual, sem transposição de conceitos do direito privado. Para que isso seja possível, é fundamental demonstrar brevemente o tratamento das nulidades no direito privado e no direito processual para pontuar as divergências.

No direito privado, distingue-se a nulidade da anulabilidade. Naquela o vício do ato é insanável e não pode ser suprido, seja *ex officio* ou a requerimento da parte; nesta, em decorrência de se resguardar interesse particular, existem duas alternativas para a parte: alegar a nulidade ou silenciar-se e deixar que o ato continue produzindo os efeitos. Já no direito processual, ainda que se trate de anulabilidade ou nulidade relativa, não se resguarda o interesse privado no processo; resguarda-se, sim, o interesse público, em decorrência de normas imperativas, “disciplinando a atuação do juiz e garantindo a participação das partes no desenvolvimento do procedimento regular” (GONÇALVES, 1993, p. 28).

Ademais, os atos defeituosos podem ser convalidados ou supridos sempre que o vício for sanável, ou seja, sempre que o ato atingir sua finalidade e inexistir o prejuízo; ainda que a

⁴² A partir da obra de Gonçalves (1993), esclarece-se o conceito da nulidade como sanção e o seu tratamento a partir dos princípios da finalidade e do prejuízo que condicionam todo o reconhecimento de nulidade pelo juiz. Logo, as obras que mantêm o conceito de nulidade como vício intrínseco ao ato, que condicionam o tratamento das nulidades a inúmeros princípios ou, ainda, que classificam a nulidade a partir da gradação da gravidade do vício não se aproximam do contexto democrático.

parte alegue a nulidade, ela não será pronunciada pelo juiz. “É na estrutura do processo, na situação do ato processual na cadeia do procedimento, que a nulidade deve ser examinada” (GONÇALVES, 1993, p. 31). Por essa razão, não se pode admitir no processo que se contemple o interesse particular, privado da parte, já que o ato processual “insere-se na cadeia do procedimento que se vai construindo” (GONÇALVES, 1993, p. 30-31) pela participação em contraditório de todos os afetados pelo provimento final e que sempre contemplará o interesse público.

Apesar de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010) afirmarem em sua obra de *Teoria Geral do Processo* que nulidade é sanção – um “avanço” depois de transcorrida mais de uma década da obra de Gonçalves (1993), eles, na classificação das nulidades em absoluta e relativa retroagem ao direito privado ao afirmar que a absoluta resguarda interesse público e a relativa, interesse da parte.

Ressalta-se ainda que “a nulidade alcança a forma e todas as demais condições de regularidade do ato processual [...] que supõe a observância de seu pressuposto e de seus requisitos, exatamente porque cada um dos atos do processo está inserido em uma cadeia de atividades voltadas para o ato final” (GONÇALVES, 1993, p. 35-37), ou seja, o provimento final.

De acordo com Gonçalves (1993, p. 51), pode-se distinguir as nulidades em cominadas e em não-cominadas. “A distinção entre elas [...] está apenas na legitimação do sujeito do processo para arguir a nulidade e no momento processual de sua alegação”. Logo, sempre que a lei impor, cominar uma nulidade, os sujeitos que estão legitimados a declará-la são o juiz, a qualquer tempo e, a parte que não lhe deu causa, em momento oportuno. Toda vez que não houver previsão expressa da nulidade, mas esta estiver subordinada à forma e às condições de regularidade dos atos processuais, estar-se-á diante de nulidades não-cominadas as quais sempre devem ser arguidas pela parte (GONÇALVES, 1993).

No direito processual brasileiro, o tratamento das nulidades é disciplinado de forma diferenciada no Código de Processo Civil (1973) e no Código de Processo Penal (1941): naquele de forma mais concisa, “racionalizada”; neste, de forma mais detalhada, “complexa”. No entanto, os princípios que subordinam o reconhecimento da nulidade pelo juiz são os mesmos no direito processual (GONÇALVES, 1993).

Por isso, na presente dissertação, defender-se-á, em momento oportuno, a proposição de uma teoria geral do processo que se fundamente em um modelo constitucional de processo formado por uma base principiológica uníssona. Essa base irá se expandir e se adequar a cada

microsistema de forma a buscar a perfectibilidade na efetivação dos direitos, através do devido processo constitucional (BARROS, 2008, 2010). É, imprescindível, portanto, o estudo dos princípios que condicionam a declaração da nulidade pelo juiz.

Gonçalves (1993) inicia a sua análise, sobre os princípios, a partir da obra de *Teoria Geral do Processo* de Cintra, Grinover e Dinamarco (1992), na qual é afirmado que os princípios da causalidade, da instrumentalidade das formas, do interesse e da economia processual regem a declaração da nulidade pelo juiz.

Em relação a esses princípios, Gonçalves (1993) defende que os critérios que subordinam o reconhecimento da nulidade se resumem ao critério da finalidade e ao critério do prejuízo. Segundo ele, não há de se falar em princípio da causalidade, visto que o ato que é pressuposto para a existência do ato posterior é condição prévia de regularidade do ato subsequente. Logo, o que se verifica é a condição de regularidade do ato processual. Consequentemente, se o ato processual é reconhecido como nulo e perde a sua eficácia, o posterior será constituído e atingido por um defeito, conforme dispõe a norma do art. 248 do CPC.

Os princípios da instrumentalidade das formas⁴³ e da economia processual são dependentes dos princípios da finalidade e do prejuízo, uma vez que, primeiramente, para o ato ser considerado regular, é imprescindível que tenha atingido sua finalidade e não tenha causado prejuízo. A razão disso reside no fato de que, ainda que o ato tenha atingido seu objetivo, mas tenha causado prejuízo, o princípio da instrumentalidade das formas não irá prevalecer. Se houver necessidade de se anular todo o processo, não haverá aplicação para o princípio da economia processual, visto que, diante do prejuízo, o ato deve ser refeito.

Gonçalves (1993, p. 58) também expõe que o princípio do interesse só será aceito como princípio por aqueles que admitam “a divisão das normas processuais entre as que tutelam interesse particular, ou interesse das partes, e interesse público, no processo”. Contudo, no processo, sempre se contempla o interesse público, já que se trata de normas imperativas e, portanto, esse princípio não se aplica às nulidades processuais (GONÇALVES, 1993).

Quanto aos critérios da finalidade e da ausência de prejuízo, normas que orientam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, Gonçalves explicita que esses critérios

⁴³ Ressalta-se que Cintra, Grinover e Dinamarco (1992) tinham, à época, uma compreensão diferente do princípio da instrumentalidade das formas a qual significava apenas que só haverá o reconhecimento da nulidade do ato, se este não tiver alcançado o seu objetivo. Na edição analisada no Capítulo 2 deste trabalho (2010), esses autores expandiram a compreensão desse princípio, incluindo a necessidade expressa do prejuízo como requisito para anulação do ato.

[...] não podem ser tratados como causas impeditivas da declaração de nulidade, como se a nulidade fosse preexistente ao seu pronunciamento, e neles encontrasse a barreira para a sua aplicação. O que preexiste à declaração de nulidade é o ato viciado ou irregular, e não a própria nulidade que, como sanção, só torna o ato nulo depois de aplicada (GONÇALVES, 1993, p. 60-61).

Se o ato viciado ou irregular não ocasionou prejuízo às partes e sua finalidade foi cumprida, esse ato terá o mesmo tratamento de um ato regular e manterá a sua eficácia, haja vista que não será reconhecida a sua nulidade. É o que traz a norma do art. 244 do CPC⁴⁴ em interpretação lógico-sistemática com a norma do art. 249, §1º do CPC⁴⁵.

A finalidade do ato processual é de construir o procedimento válido para que possa ser, validamente, emanado o provimento. Cada ato processual possibilita a edificação de mais uma etapa no desenvolvimento do processo. No procedimento realizado em contraditório, a finalidade do ato importa, Consequentemente, em inexistência de prejuízo na participação das partes.

[...]

O prejuízo processual é o entrave que impossibilita a participação das partes [...] é a desfiguração da finalidade do processo, como procedimento que prepara o provimento em contraditório entre as partes (GONÇALVES, 1993, p. 61-62).

O critério do prejuízo e a sua aferição são fundamentais para o reconhecimento da nulidade processual. Conforme aponta Gonçalves (1993, p. 63), “quem pode avaliar o prejuízo que o ato irregular provoca, em cada processo, é a parte que tem sua atuação por ele atingida”. Acrescenta-se a isso o fato de que os atos processuais não são submetidos apenas ao controle pelo juiz; eles devem ser também submetidos ao controle pelas partes, as quais através de argumentos jurídicos devem demonstrar se houve prejuízo ou não. “A ela (parte) compete avaliar os efeitos que terá de suportar se o ato irregular incide desfavoravelmente sobre sua participação e arguir a nulidade” (GONÇALVES, 1993, p. 63). Na ausência de prejuízo, o juiz não reconhece a nulidade, já que o ato defeituoso é tolerado no processo. Diante do prejuízo, cabe ao juiz aplicar a sanção da nulidade, tornando nulo o ato defeituoso, viciado, irregular.

Ressalta-se que a parte que deu causa à irregularidade ou ao vício do ato, não pode arguir a nulidade; dessa forma, o trâmite processual regular teria como óbices a própria nulidade e o interesse privado da parte, já que a construção do procedimento válido seria

⁴⁴ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

⁴⁵ Art. 249 [...]

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

obstado pela atuação da parte e nunca haveria o provimento final. “A finalidade do ato processual, não é a de prover interesse da parte, mas de concorrer para a construção do procedimento válido, que permita a emanção do provimento do Estado, através da sentença do juiz” (GONÇALVES, 1993, p. 64). Para que seja reconhecida a nulidade, como sanção, consequência normativa, o ato irregular deve ser apreciado com base nos critérios da finalidade e ausência de prejuízo (GONÇALVES, 1993).

Gonçalves (1993, p. 69) aponta um outro problema para o estudo das nulidades, qual seja, a gradação da gravidade do vício – critério que, segundo alguns autores (e.g., LACERDA, 1990; SILVA; GOMES, 2006) foi adotado no CPC73. No entanto, “a tentativa de se reduzir os vícios a uma categoria, e de classificá-los pela sua gravidade, para dela se extrair a classificação das nulidades, encontra dificuldades insuperáveis pois a própria nulidade não é um vício, e não pode ser conceituada como defeito do ato”. As consequências normativas previstas em lei, quais sejam, inexistência, nulidades e irregularidades, decorrem dos vícios dos atos processuais e esses vícios foram a motivação da política legislativa para prever sanções para a inobservância da lei.

Resta agora esclarecer algumas distinções entre ato nulo e ato inexistente estabelecidas por Gonçalves (1993). Em relação à intempestividade da prática de atos processuais, sempre que se tratar de atos das partes, estar-se-á diante de inexistência dos atos, e não de nulidade. “Os atos processuais existem na cadeia do procedimento em que a validade de um depende da realização daquele que era seu pressuposto. Mas a própria integração do ato ao procedimento depende de sua realização no momento processual oportuno” (GONÇALVES, 1993, p. 75). Logo, se o ato praticado pela parte for intempestivo, ele será considerado inexistente pelo juiz.

O ato nulo, ou seja, aquele ato irregular, viciado, passível de ser anulado por decisão judicial, pode se tornar nulo (e, portanto, ter cessada a produção dos efeitos) ou pode manter-se irregular, considerando-se regular e válido, se não for argüida a sua irregularidade em momento oportuno ou se houver coisa julgada. Ao passo que, o ato inexistente, por não produzir nenhum efeito, não poderá ter sua ineficácia declarada pelo juiz nem se “manter” válido, como ocorre com o ato defeituoso passível de nulidade. Contudo, o ato inexistente no processo, “pode ser suprido, como a falta de citação pelo comparecimento do réu” (GONÇALVES, 1993, p. 76).

Gonçalves (1993), em sua exposição, remete aos estudos de Ferreira (1963) para fundamentar o equívoco em se utilizar a expressão nulidade de pleno direito, a qual é “destituída de significado”, uma vez que, se nulidade é sanção, consequência jurídica prevista

para o ato praticado em desconformidade com o modelo legal, e se essa sanção somente é aplicada após sentença judicial que reconhece o ato irregular como nulo, é impossível a existência de uma nulidade automática, de pleno direito. Além do mais, o reconhecimento da nulidade pelo juiz está condicionado aos princípios da finalidade e do prejuízo (GONÇALVES, 1993).

Gonçalves (1993) concorda com Ferreira (1963) que a manutenção da utilização dessa expressão de forma infundada leva ao equívoco de se distinguir ato nulo e ato anulável tendo como critério a ineficácia e a eficácia: o ato nulo não produz qualquer efeito, ao passo que o ato anulável produz efeitos até que a nulidade seja declarada pelo juiz. Contudo, Gonçalves ressalta que todos os atos defeituosos, viciados, irregulares produzem efeitos, têm eficácia, até a sentença judicial que os reconhece como nulos, cessando sua eficácia.

Outro equívoco é a distinção entre nulidade e anulabilidade em relação aos efeitos que se operam na sentença, *ex tunc* e *ex nunc* respectivamente. Remetendo novamente a Ferreira (1963), o autor demonstra que os efeitos são os mesmos tanto para a nulidade quanto para a anulabilidade (*ex tunc*).

Em relação à nulidade de pleno direito, o autor conclui que, no direito processual,

[...] admiti-la é o mesmo que se admitir que o ato se valora a si mesmo, e que a partir dessa valoração desencadeia automaticamente o efeito de se auto-anular. Mas a força da nulidade, como sanção, não está na força do vício. [...] A sanção se legitima quando o direito positivo a estabelece e a organiza, dispondo sobre as condições de sua incidência e sobre os agentes competentes para sua aplicação. Ela é a garantia do cumprimento da norma (GONÇALVES, 1993, p. 81-82).

Logo, todo o ato existente no processo, ainda que viciado, irregular e defeituoso, produz todos os efeitos até que o juiz reconheça o ato irregular como ato nulo, cominando a sanção de nulidade. Nesse momento, o ato torna-se ineficaz (GONÇALVES, 1993).

É imprescindível pontuar as falhas e equívocos dos critérios propostos pela doutrina para classificar as nulidades em absoluta, relativa e anulabilidades. Os autores que defendem que a nulidade é o próprio vício do ato, ou seja, imanente ao ato viciado, afirmam que o critério que distingue e classifica as nulidades é o da gravidade do vício. A classificação amplamente utilizada pela doutrina processual consiste em nulidades absolutas, relativas e anulabilidades.

Em consonância com Tornaghi (1977), as nulidades absolutas e relativas seriam as nulidades insanáveis, e as anulabilidades seriam as nulidades sanáveis. Conforme apontam maioria dos autores (*e.g.*, LACERDA, 1990; TEIXEIRA, 1990; WAMBIER, 1998; SILVA;

GOMES, 2006; TOVO; TOVO, 1988; FERNANDES; FERNANDES, 1994), as nulidades absolutas seriam as insanáveis e as nulidades relativas e as anulabilidades seriam as sanáveis.

A classificação traz dificuldades insuperáveis. Primeiro, porque não é realmente possível que sejam catalogados os vícios possíveis no processo. Eles, logicamente, admitem gradação, mas essa é feita, no plano abstrato, pelo legislador, no momento em que decide sobre as consequências jurídicas que devem ser atribuídas ao ato irregular, e pelo juiz, no procedimento que concretamente se desenvolve, no momento em que avalia o grau de repercussão do ato defeituoso sobre o processo (GONÇALVES, 1993, p. 89).

Esse primeiro critério não coaduna com o direito processual, “em que vigora, por excelência, a noção de que as normas jurídicas necessitam do órgão da jurisdição para se atuarem; em que vigora a noção de que as consequências jurídicas exigem um procedimento regular e válido para a própria validade de sua incidência” (GONÇALVES, 1993, p. 84). Portanto, não se pode admitir que o vício do ato gere automaticamente a nulidade. Cumpre ressaltar, ainda, que a sanabilidade ou insanabilidade é qualidade do vício e não da nulidade; o vício é sanável ou insanável.

A nulidade é aplicada após a análise pelo juiz dos princípios que justificam ou não o reconhecimento do ato irregular como nulo em cada caso concreto. Nulidade é consequência jurídica, e “a aplicação de sanções depende de uma série de pressupostos normativos que a condicionam, que, na nulidade argüida pela parte, implicam desde a verificação, pelo magistrado, da existência do vício, do prejuízo e, às vezes, até da antecipação do juízo sobre o mérito” (GONÇALVES, 1993, p. 88).

Outro critério utilizado pela doutrina (LACERDA, 1990; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010) para a classificação das nulidades em absoluta e relativa é o da natureza da norma “em função do interesse protegido”. Se a norma resguarda interesse público, trata-se de nulidade absoluta, se a norma protege interesse privado das partes, trata-se de nulidade relativa. No entanto, Gonçalves (1993) também critica este critério, uma vez que, no direito processual, todas as normas são de ordem pública.

O interesse público prevalece em todas as normas processuais, porquanto, no sistema democrático, com as conquistas que já se consolidaram no Direito, interessa aos jurisdicionados em geral, a toda a sociedade, que o ato decisório da sentença seja fruto de um procedimento realizado com a colaboração das partes. A participação garantida no processo daqueles que irão suportar os efeitos da decisão não constitui matéria de interesse particular, mas é essencialmente questão de ordem pública, tanto que, hoje, no Brasil, fez-se objeto de proteção da norma constitucional (GONÇALVES, 1993, p. 93).

Conforme expõe o autor, a garantia do processo e do próprio contraditório está na Constituição; portanto, a garantia de participação das partes em simétrica paridade de armas na construção do provimento final deve ser oportunizada pelo juiz em decorrência de normas imperativas que protegem o interesse público. Em outros termos, portanto o modelo de processo não pode ser constituído visando resguardar o interesse privado das partes. “O que importa, em questão de nulidade, é que a participação das partes seja garantida, e essa garantia não se faz por norma dispositiva, mas por norma imperativa que resguarda a própria concepção democrática de processo” (GONÇALVES, 1993, p. 94).

Outra justificativa que fundamenta que todas as normas são de ordem pública no direito processual é no sentido de que a parte pode arguir a nulidade de um ato irregular, viciado. No entanto, se esse vício não trouxer prejuízo, o juiz não reconhece a nulidade do ato, ainda que a parte alegue (GONÇALVES, 1993).

Gonçalves (1993) ainda elucida que o não reconhecimento da nulidade pelo juiz, significa que a nulidade nunca existiu. Com a sentença de mérito definitiva, “extingue-se a possibilidade de se declarar a nulidade [...] em nenhuma hipótese, pode-se dizer que em razão do advento da coisa julgada a nulidade é sanada, ou que existe mas não pode ser declarada” (GONÇALVES, 1993, p. 97-98).

O referido autor ainda distingue a ação rescisória da nulidade. “A rescisão incide apenas sobre a sentença de mérito e nem sempre provoca outro julgamento da causa e a nulidade incide sobre atos processuais, podendo, em sua extensão, atingir o processo a partir do ato posterior à petição inicial” (GONÇALVES, 1993, p. 97). Os atos reconhecidos como nulos pelo juiz deverão ser repetidos para que a sentença possa ser proferida.

Gonçalves (1993) conclui que o único critério que distingue as espécies de nulidade no Código de Processo Civil de 1973 é a cominação legal. A nulidade cominada é aquela que o juiz pode reconhecer *ex officio* a qualquer momento no processo ou a requerimento da parte, em momento adequado. Já a nulidade não-cominada é aquela que somente pode ser argüida pela parte que não deu causa ao vício do ato e que, em razão desse ato irregular, defeituoso, sofrerá um prejuízo no processo.

Enquanto as nulidades cominadas são próprias do processo abstratamente concebido, em que os preceitos legais pretendem zelar para que os atos se cumpram segundo o modelo legal previamente estabelecido, as nulidades não-cominadas são próprias do processo que concretamente se realiza, quando o modelo legal pode ser, em certa medida, superado, mas os direitos processuais das partes devem ser, em todas as hipóteses, plenamente garantidos. (GONÇALVES, 1993, p. 102).

Na mesma linha de pensamento de Ferreira (1963) e de Gonçalves (1993), Passos (2002), depois de transcorrida mais de uma década desde a promulgação da Constituição de 1988, reafirma e concorda que é incorreto categorizar as nulidades conforme a gravidade do vício, enquadrando-as em classificações que se repetem reiteradamente desde o direito romano, quais sejam: nulidade absoluta e relativa; nulidade e anulabilidade; nulidade sanável e insanável. No entanto, essas classificações se mantêm em Silva e Gomes (2006) e em Cintra, Grinover e Dinamarco (2010). Para Passos (2002), a única distinção que se admite no direito processual é a existência de atos perfeitos e atos defeituosos, sendo que estes são passíveis de serem sancionados com o reconhecimento da nulidade pelo juiz.

No nosso sistema legislativo processual entendemos como inadequado falar-se em categorias de nulidades, sendo incorreto diferenciar-se a nulidade absoluta da relativa ou nulidade de anulabilidade, falando-se de nulidades sanáveis e insanáveis. Há somente, no sistema processual brasileiro, atos perfeitos e atos defeituosos, atos desviados do tipo, atos atípicos que podem sofrer a sanção da nulidade, satisfeitas determinadas condições previstas na lei, tornando-se ineficazes. A nulidade somente existe com o pronunciamento judicial, que torna ineficaz o ato defeituoso. O pronunciamento judicial [...] se faz *indispensável*, porque constitutivo, no caso, dos atos nulos. (PASSOS, 2002, p. 101, grifo do autor).

Passos (2002, p. 107) explica que o vício, o defeito do ato, é um estado anterior ao reconhecimento da nulidade pelo juiz e, portanto, eficaz, produz todos os efeitos; em um estado posterior, encontra-se o ato nulo, ineficaz, que não produz efeitos. “Logo, o vício, o defeito, a imperfeição do ato é um estado anterior ao estado de nulo. O ato, quando atípico, é apenas ato imperfeito, desviado do tipo, é ato que produz efeitos. E enquanto produz efeitos, válido”. A partir da prolação da sentença constitutiva pelo juiz, o ato irregular, defeituoso, deixa de ser válido e eficaz e passa a ser ato nulo, ineficaz, inválido⁴⁶. “O estado de nulo é, por conseguinte, um estado *posterior* ao pronunciamento judicial, é o estado do ato *após* a aplicação da sanção de nulidade” (PASSOS, 2002, p. 107-108).

Ressalva-se que atos imperfeitos, atípicos, mantêm os efeitos produzidos e permanecem válidos se atingirem a finalidade. O referido autor os classifica como atos

⁴⁶ Em relação aos conceitos de validade e eficácia, Passos (2002, p. 127) diz que a distinção é desnecessária. “Eficaz é o que produz efeitos. Consequentemente, ineficaz é tudo o que não produz efeitos. O ato nulo é também um ato ineficaz, porque sem aptidão para produzir efeitos. Válido, por outro lado, é o que tem valor, é o que tem aptidão para ser eficaz. Consequentemente, invalidade importa, também, ineficácia. Identificam-se perfeitamente as duas noções e é excesso pretender extrair de vocábulos tão afins resultados tão diversos”. O autor conclui que ineficácia é o gênero que contém as espécies nulidade e inexistência. “Pela *inexistência*, o ato é ineficaz desde sua origem, porque carecedor dos elementos que permitiriam sua reconhecibilidade como ato processual de determinado tipo. A *nulidade*, diversamente, é sempre o resultado de um pronunciamento judicial sancionatório, alicerçado na atipicidade relevante do ato, pelo que dele se retira a eficácia” (PASSOS, 2002, p. 127).

meramente irregulares. “A atipicidade do ato tanto pode caracterizar mera irregularidade, como legitimar a decretação de sua nulidade, isto é, a sanção de sua invalidade. Só nestas circunstâncias se pode falar de ato nulo” (PASSOS, 2002, p. 111). Logo, antes de reconhecer a nulidade de um ato atípico, o juiz deverá examinar a presença de “termos prescritos pelo sistema”, isto é, deverá analisar os critérios a que suas ações estão subordinadas.

Em relação às normas que não estabelecem a sanção expressa da nulidade, o primeiro critério a ser observado pelo juiz é o da “inatingibilidade do fim a que se destinavam” os atos produzidos; se o ato atípico atingiu o fim para o qual ele foi realizado, o juiz não poderá retirar a eficácia do ato. “A consecução do fim, apesar da imperfeição do ato, constitui um *equivalente* dos requisitos que faltaram ou foram defeituosos. Fez valioso o legislador o princípio da *equipolência das formas*, tendo como perfeito, para fins de sua eficácia, o ato cumprido por forma diversa” (PASSOS, 2002, p. 130) daquela prescrita na lei. O autor alerta para o fato de que a verificação da atingibilidade do fim a que destinava o ato não poderá ocorrer de forma abstrata, dependendo sempre de cada caso concreto para ser objetivado.

Em relação às normas que cominam expressamente a nulidade, o critério acima exposto também deverá ser observado. Ademais, a partir da interpretação lógico-sistemática das normas do art. 249, *caput*, §§1º e 2º do CPC, Calmon de Passos (2002, p. 131) conclui que, “mesmo quando expressamente cominada a nulidade, não será ela pronunciada, caso inexistente prejuízo⁴⁷”.

O referido autor afirma que esses critérios (finalidade e prejuízo) não são divergentes; ao contrário, eles se convergem, se confundem⁴⁸, já que “toda atipicidade acarreta um prejuízo, um dano, desde que os fins do processo ou os fins particulares dos atos não sejam atingidos. Por outro lado, alcançar o fim posto ao ato implica em inexistência do prejuízo⁴⁹”

⁴⁷ “O princípio da inexistência da nulidade não havendo prejuízo é antigo, inclusive entre nós. Já era conteúdo do art. 1.359 do Código de Processo do Estado da Bahia e dos que o acompanharam, inspirados provavelmente, no código do Cantão de Genebra que, no seu art. 745, determinava, entre outros casos, apenas ser possível a decretação da nulidade de um ato do processo quando a violação da forma houvesse causado à parte contrária prejuízo, que só com a anulação fosse possível de ser reparado, dispositivo igualmente inserido no projeto Orlando-Mortara, na Itália. Também na França, o decreto-lei de 30 de outubro de 1935 estendeu a todos os atos processuais princípio inicialmente restrito aos “*exploits d’ajournement*” e aos “*actes d’appel*”, qual o da inexistência de nulidade sem prejuízo para a parte contrária: “*aucune nullité d’exploit au de procédure ne pourra être admise que s’il est justifié qu’elle nuit aux intérêts de la partie adverse*”. O tão proclamado princípio: “*pas de nullité sans grief*” (PASSOS, 2002, p. 131).

⁴⁸ “O prejuízo decorre sempre do dano causado aos interesses tutelados objetivamente no processo. Ora, se prejuízo é isso e somente pode ser isso, **ele se confunde com o fim mesmo do processo**, ou dos atos processuais particularmente considerados, porque tais fins são postos pela lei com vistas à função jurisdicional e seu correto exercício (segundo devido processo constitucional de produção do direito)” (PASSOS, 2002, p. 11, grifo meu).

⁴⁹ “Também a 12ª Subcomissão Legislativa, no art. 502 do anteprojeto de código que elaborou (o de 1939) expressou-se a respeito em termos que bem evidenciam a estrita correlação e perfeita identidade entre *fim do*

(PASSOS, 2002, p. 132). Em termos de jurisprudência, o autor ressalta que não encontrou nenhuma decisão que distinguisse o critério do prejuízo do critério da inatingibilidade do fim. Sempre que o julgador fundamentava o reconhecimento da nulidade na existência do prejuízo, era porque o ato não tinha atingido sua finalidade e, quando fundamentava o reconhecimento da nulidade na inatingibilidade do fim do ato, o prejuízo também era verificado.

O sistema adotado pelo CPC de 1973 é o da finalidade da lei. “Quer seja ou não cominada expressamente a nulidade, a decretação da ineficácia exige que a imperfeição do ato tenha acarretado a inatingibilidade do fim que lhe foi atribuído o que, por sua vez, implica em prejuízo para alguma parte” (PASSOS, 2002, p. 133) e para o próprio processo. As demais normas do CPC que regulam o capítulo das nulidades devem ser interpretadas de forma lógico-sistemática evitando-se equívocos com a literalidade da lei (PASSOS, 2002).

Em relação ao art. 243, deve-se interpretá-lo, partindo da distinção feita na forma do pronunciamento da nulidade, se cominada, *ex officio* pelo juiz; se não cominada, argüida pela parte. “Se a nulidade expressamente cominada por lei deve ser decretada de ofício pelo juiz, consequência necessária é a de que, mesmo quando tenha sido o vício denunciado por quem lhe deu causa, ela será, obrigatoriamente, decretada” (PASSOS, 2002, p. 135).

Apesar de o art. 245 dispor que a nulidade não cominada deverá ser levantada em momento oportuno pela parte, sob pena de preclusão, deve-se ater ao fato de que o processo é garantia constitucional, e não um jogo entre as partes em que a prática dos atos processuais visa apenas resguardar interesse exclusivo delas. Essa norma somente poderia ser aplicada quando a formalidade prevista em lei visasse resguardar interesse exclusivo da parte, podendo esta, a seu arbítrio arguir a nulidade. No entanto, Passos (2002, p. 136) adverte que ele não conseguiu “identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes do processo, daí afirmar que, entre nós, a preclusão não ocorre. A oponibilidade perdura”.

Resta agora analisar alguns erros e repetições infundadas que foram reapresentadas por Passos (2002) e que perduram ainda hoje no contexto democrático, quais sejam, a existência de (i) nulidades sanáveis e insanáveis e (ii) nulidades absolutas e relativas.

Apesar do CPC empregar a expressão nulidades sanáveis (art. 327) como aquelas nulidades que podem ser supridas, ressalta-se que a nulidade somente existe após decisão

ato e prejuízo: “as nulidades processuais, ainda que cominadas pela lei com sanção expressa, só se pronunciarão se restringirem prejudicial e efetivamente a defesa dos direitos das partes devendo ser desprezadas quando não influírem no modo de decidir a causa e no desenvolvimento da execução, *por estar atingido o fim da lei e não ficar prejudicada a garantia estabelecida em favor da parte ou da sociedade*, ressalvados os direitos de terceiros” (PASSOS, 2002, p. 133).

judicial⁵⁰ em que foi verificada a existência do prejuízo para o reconhecimento do ato nulo⁵¹.

Assim sendo, a sanabilidade ou insanabilidade jamais é da nulidade, sim das repercussões que ela determina. O que tem relevo, isso sim, e antecede a decretação da nulidade, é o juízo sobre a repercussão da imperfeição do ato no pertinente ao fim que lhe destinou o sistema, dele resultando a necessidade ou desnecessidade da cominação de sua nulidade. [...] Podemos concluir que ao falar-se nulidades sanáveis e insanáveis está-se a cuidar, verdadeiramente, não da nulidade, sim da repercussão, nos demais atos do procedimento, de sua decretação. [...] Se a imperfeição do ato é relevante, deve o magistrado decretar sua invalidade. Invalidado o ato, passa ele a *faltar* no procedimento. Diante desse resultado, avaliará o magistrado as consequências dessa *falta*. Se ela repercutiu sobre os atos subsequentes, atingindo-os de modo a inviabilizar o prosseguimento do feito, de duas uma – pode-se voltar a praticar o ato no procedimento, sanando-se os efeitos de sua repercussão, ou isso é impossível. Na primeira hipótese, há sanabilidade. Na segunda, de insanabilidade se cuida. (PASSOS, 2002, p. 139-141, grifo do autor).

Verifica-se que não pode ser trazida ou importada para o direito processual a distinção entre as nulidades absolutas e relativas, _ em que as primeiras têm eficácia *ex tunc* e devem ser reconhecidas *ex officio* pelo juiz e as segundas têm eficácia *ex nunc* e devem ser arguidas em momento oportuno pela parte interessada. Novamente, Passos (2002) segue a mesma linha de raciocínio de Ferreira (1963) e de Gonçalves (1993). Primeiro, porque nulidade é sanção e como consequência jurídica, somente poderá ser reconhecido nulo o ato, após sentença do juiz; portanto, a sua eficácia será sempre *ex tunc* “porquanto seus efeitos são postos em relação aos atos *subseqüentes* ao ato anulado, avaliando-se a repercussão sobre eles da invalidade decretada” (PASSOS, 2002, p. 141-142).

Todas as nulidades podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, já que, se não houver prejuízo para o devido processo constitucional, não haverá o reconhecimento da nulidade. Quando se estudam as nulidades no campo do direito processual e na concepção do “*devido processo constitucional de produção do direito*”, descarta-se a possibilidade de existência de nulidades relativas, haja vista que não se pode mais compreender o processo “como algo aproximado das relações jurídicas que têm sua matriz na autonomia privada” (PASSOS, 2002,

⁵⁰ Liebman escreveu algumas notas sobre as nulidades na lei brasileira na obra de Chiovenda (1945, p. 15, grifo meu). Em uma delas, aponta indiretamente a inexistência de ato nulo sem a apreciação da nulidade pelo juiz. “Profundamente diverso é o regulamento das nulidades na lei brasileira. [...] *não é qualquer inobservância das formas que produz automaticamente a nulidade, mas pelo contrário, depende de uma apreciação do juiz, que deve, em cada caso, examinar a finalidade das prescrições cuja observância se arguiu e as consequências que esta concretamente produziu [...]*.”

⁵¹ “A relevância do pronunciamento judicial para a *existência* da nulidade sempre esteve presente para processualistas eméritos e se não produziu quanto dela se deve extrair, atribua-se talvez ao apego às classificações de nulidades, distinções de matizes ou de intensidade de efeitos, quase sempre sob a inspiração dos prestigiosos ensinamentos do direito privado, que tem feito do tema um eterno motivo de polêmicas” (PASSOS, 2002, p. 138).

p. 142).

Ao final de sua obra, Passos (2002) “traça o roteiro” capaz de nortear o juiz que deve analisar uma nulidade processual.

Seu primeiro passo é decidir sobre a perfeição ou imperfeição do ato ou do tipo que se afirma inválido. A imperfeição do ato é sempre resultado de sua atipicidade, isto é, falta ou defeito de algum ou alguns de seus pressupostos ou requisitos. Concluindo pela perfeição, de logo rechaça a invalidade do ato ou do tipo. Convencendo-se de sua imperfeição, deve analisar a relevância ou irrelevância dessa imperfeição. Será irrelevante se a atipicidade, embora existente, não obstou fosse alcançado o fim a que se destinava o ato ou tipo arguido de inválido. Caso entenda ter havido prejuízo para os fins de justiça do processo em virtude da imperfeição, decretará a invalidade do ato ou do tipo. Decretada a invalidade, cabe ao julgador definir que atos, por repercussão, foram atingidos, conseqüentemente se tornaram também inválidos. Bem determinado tudo isso, deve analisar a repercussão desse conjunto de invalidades sobre o próprio procedimento. Se o ato ou tipo invalidado é insuficiente para alcançar todo o procedimento, retoma-se o procedimento a partir do momento em que se consumou o ato inválido, e isso se logra mediante a realização de um novo ato que supre a inexistência, no procedimento, do ato invalidado. Ele não faltava, antes, no procedimento. Mas, invalidado, deixou de existir no procedimento. Esta falta é suprida com a realização do novo ato, que restabelece o *iter* do procedimento. Os atos invalidados por contaminação também serão repetidos caso indispensáveis para que os fins da justiça do processo sejam alcançados. (PASSOS, 2002, p. 146-147).

Gonçalves (1993) ressalta que o tratamento das nulidades em relação a cominação legal, nulidades cominadas e não cominadas, é o mesmo tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal ou Processo do Trabalho, uma vez que “o processo é sempre processo, em qualquer campo do Direito” (GONÇALVES, 1993, p. 100). Especificamente em relação ao Código de Processo Civil (1973), o autor afirma que o legislador agiu com prudência “quando, ao invés de pretender enumerar esses vícios (os vícios possíveis em um processo concreto), tarefa que fatalmente seria fadada ao insucesso, demarcou os limites em que a pena de nulidade poderia ser aplicada. E deixou aos agentes do processo o controle dos atos” (GONÇALVES, 1993, p. 100-101) processuais praticados; cabendo às partes, o direito de alegar os vícios dos atos processuais e ao juiz o dever de reconhecer a nulidade do ato viciado tendo como fundamento os princípios da finalidade e do prejuízo.

Já no Código de Processo Penal (1941), além de consagrar o princípio do prejuízo, o legislador elencou as hipóteses de nulidade, o que impedia que o juiz tivesse a possibilidade de ampliar a cognição e usar seu subjetivismo nesses casos específicos (BARROS, 2010).

Feita a desconstrução da teoria das nulidades a partir dos estudos de Ferreira (1963), Gonçalves (1993) e Passos (2002), verifica-se que a compreensão desses autores sobre o

conceito e o tratamento das nulidades processuais se aproxima do contexto do Estado Democrático de Direito.

A concepção de nulidade como consequência jurídica, sanção (FERREIRA, 1963; GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002; GRINOVER *et al.*, 2009; CINTRA *et al.*, 2010) a ser cominada ou não pelo órgão julgador ao ato praticado em desconformidade com o modelo legal e, portanto, ato irregular, mas eficaz e válido, aproxima-se do Estado Democrático de Direito, visto que o reconhecimento da nulidade pelo juiz fica condicionado à inexistência do binômio finalidade e prejuízo (GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002) para que a sanção possa ser cominada e o ato irregular se torne nulo, deixando de produzir efeitos, e possa ser refeito, dado que os efeitos são sempre *ex tunc* (FERREIRA, 1963; GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002).

Consequentemente, a concepção de nulidade como vício intrínseco ao ato (LACERDA, 1990; TEIXEIRA, 1990; WAMBIER, 1998; SILVA; GOMES, 2006; TORNAGHI, 1977; MEDEIROS, 1987; TOVO; TOVO, 1988) e a classificação das nulidades a partir da gravidade do vício (SILVA; GOMES, 2006 et al), ou a partir da natureza da norma em função do interesse protegido, público ou privado (LACERDA, 1990; CINTRA *et al.*, 2010), ou a partir do instituto da preclusão (WAMBIER, 1998), ou a partir da norma desrespeitada, constitucional ou infraconstitucional (GRINOVER *et al.*, 2009), distanciam-se do Estado Democrático de Direito justamente por terem feições liberais e sociais.

A divisão das nulidades em nulidade de pleno direito, nulidades absolutas e relativas, nulidades e anulabilidades feita por todos os autores que foram utilizados na construção da teoria das nulidades se afasta completamente do contexto democrático, justamente por não conseguir se desvencilhar das heranças do direito privado.

Acertadamente, Ferreira (1963) afirmou e demonstrou que essa divisão somente tem aceitabilidade no plano do direito positivo, com o intuito de preservar interesses das partes. Adicionalmente, como bem salientou Gonçalves (1993), o processo como procedimento em contraditório, que garante a participação daqueles que suportarão os efeitos do provimento final, constitui matéria de ordem pública, que tem prevalência sobre todas as normas processuais em razão da própria democracia, não se podendo, portanto, distinguir as nulidades absolutas e relativas em razão do interesse a se preservar: público ou privado. No mesmo sentido, afirma Passos (2002, p. 142) que, quando se estudam as nulidades processuais na concepção do devido processo constitucional, não se pode conceber o processo “como algo aproximado das relações jurídicas que têm sua matriz na autonomia privada”.

A partir dessa compreensão, a afirmativa feita por Passos (2002) de que todas as nulidades podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, em função do devido processo constitucional e de que a preclusão para a arguição da nulidade não ocorre no direito processual brasileiro, se adéquam ao Estado Democrático de Direito. Outrossim, é correta e adequada ao contexto democrático a defesa de apenas dois critérios, finalidade e prejuízo, para o reconhecimento da nulidade pelo juiz (GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002).

Em relação aos tratamentos das nulidades no Código de Processo Civil (1973) e no Código de Processo Penal (1941), verifica-se que aquele está inserido no contexto da socialização processual, ao passo que este tem resquícios do liberalismo processual e características da socialização processual.

Conclui-se, por conseguinte, que a teoria das nulidades defendida pelos autores no segundo capítulo da construção do tema tem feições liberais e sociais, não se adequando à concepção de Estado Democrático de Direito. Logo, torna-se imprescindível compreender o liberalismo processual e a socialização processual para que o instituto das nulidades processuais seja interpretado conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da demonstração da inadequação das matrizes liberais e de socialização do processo para a reconstrução de uma teoria das nulidades processuais.

4 REVISANDO A TEORIA DAS NULIDADES: ENTRE O LIBERALISMO PROCESSUAL E A SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO

A revisão do tratamento das nulidades processuais no contexto do liberalismo e da socialização processual é fundamental para a superação e desvencilhamento dessas matrizes presentes no Código de Processo Civil (1973) e no Código de Processo Penal (1941).

Apesar de haver justificado a não utilização da Exposição de Motivos do CPC73 por não pontuar diretamente o tema das nulidades e pelas normas serem praticamente uma repetição daquelas dispostas no CPC39, neste momento o estudo da Exposição de Motivos do CPC39⁵² torna-se fundamental e incisivo para demarcar as diferentes características do processo e das nulidades na transição do liberalismo processual para a socialização processual. Acrescenta-se ainda a utilização da Exposição de Motivos do CPP41, uma vez que as normas referentes às nulidades processuais ainda guardam resquícios do liberalismo processual.

O liberalismo processual marcou-se por um processo essencialmente escrito, apegado ao excessivo rigor e observância das formas, conduzido unicamente pela atuação das partes em decorrência do princípio dispositivo, já que o juiz era um mero espectador (NUNES, 2008). Francisco Luís da Silva Campos responsável pela elaboração do CPC39 e do CPP41, exaustivamente demonstra as características desse processo:

O processo era mais uma congêrie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema [...]. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, [...] o processo decaira da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de proteção das situações ilegítimas [...]. O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. [...] um conjunto de regras destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos. É ainda a concepção duelística do processo judiciário, em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido (*sic*) (BRASIL, 1940, p. 254-255).

Essa narração feita por Campos (BRASIL, 1940) com o intuito de justificar a necessidade de substituição da concepção duelística de processo, própria do Estado Liberal,

⁵² Aragão (1987, p. 339-340) ao comentar o tratamento das nulidades no Código de Processo Civil de 1973 afirma que “o Código se inspirou nos mesmos princípios por que se norteava o legislador de 1939, tendo feito muito poucas modificações no assunto referente às nulidades, de modo a conservar intactas, no fundo, as disposições existentes, que submeteu, contudo, a uma pequena revisão de técnica legislativa e de forma.

pela concepção autoritária de processo, própria do Estado Social, comprova-se pelos estudos de Nunes (2008), nos quais ele sintetiza as características do processo comum.

a) monopólio do procedimento escrito, de modo que “as atividades processuais não expressadas em autos ou atos escritos, eram juridicamente inexistentes, e uma decisão baseada em elementos diversos dos escritos era ela mesma absolutamente nula”; b) proibição da imediatidade do juiz com as partes e provas [...]; d) devido à ausência de direção formal do procedimento pelo juiz, este se desenvolve de modo descontínuo e fragmentário; e) **as partes e, primordialmente, seus advogados são os senhores incontrolados do procedimento, com utilização de táticas protelatórias, recursos e manobras abusivas; e f) como consequência das características anteriores, gerava-se uma enorme duração dos processos cíveis, não constituindo raridade uma tramitação processual por várias décadas** (CAPPELLETTI *apud* NUNES, 2008, p. 34-35, grifo meu).

Esse processo caracterizado pela luta, pelo jogo entre as partes, teve como principais aliadas as nulidades processuais enquanto táticas protelatórias, uma vez que havia uma irrestrita vinculação dos atos às formas estabelecidas pela lei e, portanto, uma infundável positividade das nulidades nos códigos. Segundo Campos (BRASIL, 1940, p. 268) as nulidades “sempre foram o instrumento da chicana, das dilações e dos retrocessos processuais”. Também na Exposição de Motivos do CPP41 ele afirma que “o excessivo rigorismo formal [...] dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais” (BRASIL, 2008, p. 350).

Nesse processo, a vitória dependia da esperteza dos advogados em “espiolhar” essas nulidades com o intuito de delongar ao máximo o seu fim. Isso posto, “os males do processo tradicional foram agravados com um enxame de nulidades, a que os litigantes sempre recorreram insidiosamente quando lhes faltavam os recursos substanciais com que apoiar as suas pretensões” (BRASIL, 1940, p. 268).

Logo, o que se verificava era uma aversão às nulidades (MEDEIROS, 1987, p. 23-24), justamente pela função que elas desempenhavam.

A nulidade tinha um carácter puramente técnico ou, antes, sacramental. **Era a sanção das violações das regras do processo em atenção exclusivamente ao espírito de cerimônia e de formalidade, ainda que de tais violações não decorresse nenhum prejuízo para as partes e os atos praticados fossem absolutamente aptos à finalidade a que o processo os destinava.** [...] Uma das fontes mais abundantes das insídias, surpresas e injustiças em que era tão rico o processo tradicional (*sic*) (BRASIL, 1940, p. 268, grifo meu).

As nulidades processuais no contexto do liberalismo eram sempre previstas por determinação específica da lei, que estabelecia especificamente os requisitos necessários para

cada ato (CARNELUTTI, 1938, p. 504) e, na ausência desses requisitos, o ato eivado de vício, devido à primazia da forma, seria objeto de arguição pelo advogado da parte. As partes e seus advogados controlavam todo o trâmite do processo. Nesse contexto, o sistema das nulidades tinha como objetivo preservar o interesse das partes. Logo, a compreensão da nulidade como vício intrínseco ao ato é plenamente aceitável, justamente porque o juiz ficava adstrito à alegação da parte, devendo, de forma mecânica, verificar se a nulidade positivada na lei se aplicava ao caso em análise. Em consequência, o juiz era apenas um espectador, um observador da luta entre as partes com a função de apenas proclamar a parte vencedora (MOREIRA, 1984, p. 51).

Na mesma linha de raciocínio, Wambier (1998), em relação à posição passiva do juiz no processo, afirma que

a aplicação do *sistema da legalidade*, em sua concepção mecanicista, segundo o qual não há nulidade *sem previsão legal expressa*, faz com que o magistrado tenha a sua tarefa reduzida a uma atuação quase *mecânica*, e o obriga a pronunciar-se, não raramente, sem ter chegado a uma verdadeira convicção. (p. 134, grifo do autor).

No liberalismo processual, o juiz fica adstrito a verificar se a norma positivada na lei se aplica ao caso, não podendo ampliar a cognição em decorrência do princípio dispositivo, que lhe veda a atuação *ex officio* e idealiza “uma concepção de protagonismo processual das partes, eis que desde a abertura (proposição) do procedimento até mesmo o impulso oficial era confiado a estas.” (NUNES, 2008, p. 45).

Nesse sentido, Marques (2009, p. 143) afirma que “o judiciário nada interpretava, apenas reproduzia a palavra da lei, exercendo aquela atividade mecânica de aplicação silogística da norma ao caso concreto. Partindo da premissa de que os textos legislativos deveriam ser claros e precisos, bastava dizer a lei”. Por isso, eram aceitáveis no contexto liberal a compreensão da nulidade como vício intrínseco ao ato e a sua classificação conforme a graduação da gravidade do vício.

Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 102), autor referência de Buzaid na Exposição de Motivos do CPC73, defende que o juiz espectador no liberalismo processual era “totalmente desarmado e inerte em relação aos maiores extravios das partes, como se o processo satisfizesse a um mero interesse privado e não a uma altíssima finalidade pública⁵³” (tradução minha).

⁵³ “Totalmente desarmado e inerte frente a los mayores extravíos de las partes, cual si el proceso satisficiera un mero interés privado y no una altísima finalidad pública” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 102)

Resquícios das características do liberalismo processual ainda encontram-se vigentes no direito processual brasileiro, nas normas do art. 564 CPP41 que enumeram os casos em que a nulidade do ato deverá ser reconhecida pelo juiz. Essa norma demonstra a dificuldade em se desvencilhar do excessivo apego às formas e uma positivação desnecessária dos casos de nulidade, já que o legislador também consagrou o princípio do prejuízo. Em relação às hipóteses do art. 564 do CPP41 (BRASIL, 2008) “o juiz somente teria necessidade de verificar se a norma expressa no referido artigo era aplicável ao caso em questão. [...] Assim, a nulidade deveria ser preponderantemente arguida pela parte, não podendo o juiz reconhecê-la sem sua provocação” (BARROS, 2010, p. 5). O juiz ficava adstrito à lei para aplicá-la naqueles casos exatos, não podendo ampliar a cognição, através de critérios subjetivos (subjetivismo) (BARROS, 2010) em decorrência do princípio dispositivo.

Campos priorizava, portanto, na Exposição de Motivos de ambos os códigos (CPC39/ CPP41), a necessidade de se abrandarem os excessos de formalismo no processo, bem como de se reduzirem as nulidades ao mínimo necessário, sendo somente aceitáveis em casos excepcionais.

Em relação ao Código de Processo Civil, ele afirmava que “o projeto submeteu as nulidades a um regime estrito, só as admitindo em casos especiais, quando os atos não possam ser repetidos ou sanadas as irregularidades” (BRASIL, 1940, p. 268).

Aragão (1987) defende que a legislação processual civil “se libertou dessa errônea concepção”, qual seja, a de descrever exaustivamente os casos de nulidade, ao utilizar conceitos mais amplos no código.

No campo do ato processual, a descrição de tipos defesos já foi o norte dos legisladores, que se empenhavam na indicação de inumeráveis causas de nulidade, enunciando-as nos Códigos respectivos. Em boa hora, no entanto, o Direito brasileiro, com o Código de 1939, se libertou dessa errônea concepção, passando a adotar conceitos amplos, que constituem categorias próprias, forradas ao vez de se considerar o estudo das nulidades do processo orientado pelas mesmas regras vigorantes para o Direito Material (ARAGÃO, 1987, p. 340).

No mesmo sentido do processo civil, Campos elucida que “o processo penal é aliviado dos excessos de formalismo [...]; as nulidades processuais, (são) reduzidas ao mínimo [...]” (BRASIL, 2008, p. 342). Portanto, para demonstrar a característica de excepcionalidade da nulidade também no processo penal, afirma que “é consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. [...] Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade” (BRASIL, 2008, p. 350). Logo, em

relação ao processo penal, apesar de o legislador do Código não conseguir se desvencilhar totalmente da tradição liberal, deixando resquícios (art. 564CPP41), ele também adota a tradição da socialização do processo ao consagrar o princípio do prejuízo.

Para que essas mudanças fossem efetivadas, era imprescindível também, segundo Campos (BRASIL, 1940), mudar a função desempenhada pelo juiz no processo, que passaria a ser ativa e autoritária.

A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer (*sic*) (BRASIL, 1940, p. 258-259).

Essas mudanças foram adaptadas no direito processual brasileiro a partir das ideias de Franz Klein⁵⁴ na legislação austríaca, que defendia a adaptação de um processo oral em substituição a um processo escrito e à prevalência do papel do juiz. As ideias de Klein seriam, portanto, opostas ao liberalismo processual, já que se buscava uma socialização processual, com ênfase na atuação do juiz no processo, protagonismo judicial, e no princípio da oralidade (NUNES, 2008). Consoante Alcalá Zamora y Castillo (1992), o juiz defendido por Klein era o juiz-diretor, a figura intermediária entre o juiz espectador e o juiz ditador.

me contentaré con afirmar que entre el *juez-espectador* que, por lo visto, añoran, totalmente desarmado e inerte frente a los mayores extravíos de las partes, cual si el proceso satisficiera un mero interés privado y no una altísima finalidad pública, y el *juez-dictador*, que yo también rechazo, existe distancia más que suficiente como para erigir una figura intermedia de *juez-director* del proceso, que es precisamente la que supo crear Klein en Austria y la que de él adoptó Chiovenda para su prédica reformadora en Italia (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 102 – 103, grifo do autor).

A transição do liberalismo processual para a socialização processual é, principalmente, marcada pelo protagonismo judicial, ou seja, pela intensificação do papel do juiz dentro do processo. O que se verifica, constantemente, é uma preocupação do legislador “em colocar à disposição do juiz armas para o combate à chicana” (MOREIRA, 1984, p. 51). Moreira (1984) ressalta que, dentre todos os instrumentos colocados à disposição do juiz o que se

⁵⁴ Alcalá-Zamora afirmou, em uma conferência na Universidade de Honduras em 1945, que, apesar de incompreendida por parte dos magistrados austríacos, a reforma empreendida por Klein no procedimento civil, ao final do séc. XIX, era genial. “La incomprensión mostrada por un sector considerable de la magistratura austríaca ante la genial reforma operada a fines del siglo XIX en el enjuiciamiento civil por Klein[...]” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 88).

destaca é a possibilidade de agir de ofício dentro do processo.

Especificamente em relação ao processo penal, destacam-se o princípio inquisitório e a verdade real como reflexos desse protagonismo judicial.

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente.

Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real (MARQUES, 2009, p. 147).

No mesmo sentido, Coutinho (2001, p. 25) aponta o “quão solitário e penoso é o labor do juiz, ciente de que *deve* chegar à *verdade* pelos caminhos que escolher”, A razão disso está principalmente no fato de que o juiz, primeiro, escolhe a hipótese⁵⁵ para, depois, buscar a prova que irá fundamentar a sua decisão, uma vez que a gestão da prova⁵⁶ é marco característico do sistema inquisitório.

⁵⁵ Conforme aponta Cordero (2000), a partir do “primado das hipóteses sobre os fatos”, define-se o “quadro mental paranoico” do juiz, uma vez que, “soberano da situação, o inquisidor elabora hipóteses dentro de um campo paranoico” (CORDERO, 2000, p. 19, tradução minha). Surge com a gestão da prova no sistema inquisitório, a possibilidade de se buscarem aquelas que irão fundamentar e confirmar a decisão prévia e mentalmente imaginada pelo juiz. “O inquisidor trabalha em segredo o quanto quer, sobre os animais que confessam; concedida uma hipótese, sobre ela constroem-se conjecturas indutivas; a falta do debate contraditório abre uma passagem lógica ao pensamento paranoico; tramas sofisticadas eclipsam os fatos. **Dono do tabuleiro, ele dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao mundo onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos pairam e se movem em quadros manipuláveis [...].** **Jogo perigoso, pois o escrevente (inquisidor) redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, de acordo com a convalidação ou não da hipótese; e, sendo as palavras uma matéria plástica** (os acusados lançam-nas como torrentes), **qualquer conclusão torna-se possível.** O ardor poético desencadeia um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica” (CORDERO, 2000, p. 23, tradução minha, grifo meu).

No original: “Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide” (CORDERO, 2000, p. 19). “El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables [...]. Juego peligroso, pues el escribiente redacta con libertad, selectivamente atento o sordo a los datos, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una materia plástica (los acusados las lanzan como torrentes), cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento narcisista de omnipotencia, en el cual desaparece cualquier cautela de autocrítica” (CORDERO, 2000, p. 23).

⁵⁶ Segundo Coutinho, nesse sistema inquisitório, o juiz, ao ser o gestor da prova, “tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a *possibilidade da crença no imaginário*, ao qual toma como verdadeiro” (COUTINHO, 2001, p. 32, grifo do autor).

[A verdade real] aparece retratada como sinônimo de justiça. Seduz, porque está associada ao discurso de combate à impunidade, corolário da ideologia da defesa social. Esse discurso contamina o método acusatório ao colocar em segundo plano a tutela dos direitos fundamentais. Claro está que o mito da verdade absoluta legitima os poderes instrutórios do Juiz, permitindo-lhe correr atrás de informações penalmente relevantes, depois de encerrada a instrução e desenvolvida a atividade probatória das partes.

Negando a possibilidade concreta de inexistirem provas que sustentem hipótese acusatória, ele, o Juiz inquisidor, mais vivo do que nunca e convencido de que há responsabilidade penal, reassume a gestão da prova e redireciona o processo para o caminho da condenação (MARQUES, 2009, p. 147).

Em decorrência do protagonismo judicial “o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito” (MOREIRA, 1984, p. 52). Logo, em relação às nulidades processuais, a lei, em vez de enumerar abstratamente as hipóteses que ocasionam a nulidade, fixa os critérios e os princípios que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, podendo ele agir *ex officio*, não adstrito ao princípio dispositivo. Nesse contexto, as nulidades processuais já poderiam ser compreendidas como sanção (FERREIRA, 1963), uma vez que o reconhecimento delas está sempre condicionado à declaração do juiz, após sua análise cognitiva e subjetiva em relação aos limites (princípios) impostos pela legislação processual.

Dentre esses critérios, destaca-se o do “*pas de nullité sans grief*”, ou seja, é somente mediante a constatação do prejuízo para a atuação da parte ou para o próprio processo que o juiz reconhecerá a nulidade, modificando-se, por conseguinte, o tratamento das nulidades no direito processual. Outrossim, o princípio do prejuízo pode ser compreendido como uma abertura para o juiz interpretar a nulidade ou não de um ato, de forma solitária e de ofício, sem depender da provocação da parte. Dessa forma, as nulidades passam a ser reconhecidas pelo juiz, excepcionalmente, já que nem todo vício do ato ocasionará a sanção da nulidade, o que significa uma maior eficiência dos atos processuais praticados no processo (BARROS, 2010).

Tal medida visa obter a maior eficiência dos atos processuais, no sentido de uma economia processual. Mais do que isto, as nulidades em termos processuais passa a ser reconhecida de ofício pelo juiz, sem a provocação das partes. Ela passa a ser hipótese de não aplicação do princípio dispositivo, por se tratar de questão de ordem pública. Estas características aproximam a teoria das nulidades às influências do socialismo processual, que tem como importante característica a atuação ativa do juiz no processo, ou seja, o protagonismo judicial (NUNES, 2008), inclusive no sentido de suprir as deficiências argumentativas das partes (BARROS, 2010, p. 5).

Moreira (1984, p. 54) ressalta, contudo, que intensificar o papel do juiz não significa

minimizar a importância do papel das partes no processo. “Confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem rezear alguns, não implica forçosamente instaurar no processo civil o domínio do “autoritarismo” ou do “paternalismo””. Pelo contrário, o autor reforça que o ativismo judicial ainda depende da iniciativa da parte, e que tanto o juiz quanto as partes desempenham papéis complementares no processo.

No entanto, o que a socialização processual propiciou ao processo e à teoria das nulidades com o ativismo judicial foi uma abertura para o próprio subjetivismo, uma vez que o juiz pode inovar e ampliar a cognição, agindo de ofício ou a requerimento da parte e tendo como “limite” os critérios e princípios que condicionam o reconhecimento das nulidades processuais. Logo, a aplicação da sanção de nulidade pelo juiz deixa de ser uma atividade mecânica, sempre dependente da provocação da parte.

Conclui-se que o movimento de reforma processual marcou-se por dois extremos, liberalismo e socialização processual, fazendo com que a teoria das nulidades processuais também fosse adaptada para se enquadrar conforme cada um desses contextos. Logo, verifica-se que tanto o sistema de liberalismo processual como o sistema de socialização processual estão em parte privilegiados no Código de Processo Penal (1941), ao passo que o Código de Processo Civil (1973) está inserido no contexto da socialização processual.

Compreendidas, pois, as matrizes liberais e de socialização do processo em relação às nulidades processuais, resta finalmente superá-las, já que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muda-se, novamente, o contexto de aplicação da teoria das nulidades. Em outros termos, é necessária uma releitura para reconstruir conceitos não mais condizentes com o Estado Democrático de Direito.

Depois de transcorrida mais de uma década da instituição do Estado Democrático de Direito, optou-se, então, por uma reforma total dos Códigos de Processo Penal (1941) (PLS nº. 156/2009) e de Processo Civil (1973) (Anteprojeto do Código de Processo Civil/2010), por serem considerados inadequados ao contexto democrático. No entanto, especificamente no estudo das nulidades processuais, a redação dessas normas ainda se mostra inadequada quando se qualifica a nulidade como insanável ou como absolutamente nula, considerando-a, indiretamente, portanto, como vício intrínseco ao ato. No entanto, pode-se vislumbrar um possível avanço quando o projeto de CPC prevê o contraditório prévio para todas as decisões de ofício, permitindo efetivamente um controle das partes sobre a atuação *ex officio* do órgão julgador.

Não obstante, independentemente das tentativas de reformas totais ou parciais, o

estudo das nulidades sempre demandará uma interpretação conforme a Constituição. Logo, esses temas precisam ser trabalhados no contexto do Estado Democrático de Direito.

Busca-se, portanto, estabelecer, no presente trabalho, uma teoria das nulidades condizente com o contexto democrático e com o modelo constitucional de processo. Parte-se, aqui, da noção de que todo processo é constitucional e, conseqüentemente, fundamenta-se em uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões), que pode se expandir para se adequar a cada microsistema (processo civil, processo penal) (BARROS, 2010).

5 RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A compreensão do processo, do papel das partes e do juiz e, especialmente, do tratamento das nulidades processuais no Estado Democrático de Direito⁵⁷ depende, como já exposto, de uma revisitação crítica e reflexiva do liberalismo e da socialização processual, buscando-se abandonar equívocos dos respectivos modelos para o estabelecimento de um sistema processual, democrático e constitucional. Para que possa ocorrer uma interpretação conforme a Constituição e condizente com o Estado Democrático de Direito, “a argumentação liberal e a argumentação de bem-estar devem ser considerados reflexiva e criticamente, sob as condições jurídico-processuais, como perspectivas argumentativas concorrentes” (OLIVEIRA, 2004, p. 211).

Para o estabelecimento de uma teoria das nulidades processuais, faz-se necessário, primeiramente, compreender o Estado Democrático de Direito e, posteriormente, demonstrar como o modelo constitucional de processo interage com o processo como garantia e como é possível a defesa de uma teoria geral de processo em bases principiológicas, a partir da importante relação entre Constituição e Processo. Somente após elucidação desses temas, será possível a reconstrução de uma teoria das nulidades adequada ao contexto democrático.

O Estado Democrático de Direito deve ser compreendido a partir da visão procedimentalista do direito (HABERMAS, 2003b). Conforme Habermas (2003b) os paradigmas⁵⁸ do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito são definidos a partir da demarcação entre autonomia pública e autonomia privada de sujeitos de direito.

⁵⁷ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2006, p.99).

⁵⁸ Com o intuito de esclarecer o significado jurídico da expressão “Estado Democrático de Direito”, Dias (2010) demonstra sua preferência à posição doutrinária que compreende “o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas”, em detrimento da posição doutrinária que compreende o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito a partir de uma visão paradigmática. Ressalta, no entanto, que esses paradigmas “devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.” (DIAS, 2010, p. 57).

Oliveira (2002) afirma que, no Estado Liberal, havia uma divisão entre a esfera civil, compreendida pela sociedade civil, e a esfera pública, compreendida pela sociedade política.

Assim, no Estado Liberal o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado: das relações familiares, contratuais e negociais. Dessa forma, o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito; ou seja, o que não é proibido por lei é permitido. A sociedade política constituída pela “melhor sociedade”, aquela que poderia votar, em virtude de sua capacidade econômica, estava, portanto, incumbida de formular leis, as quais deveriam ser de caráter genérico e abstrato (BARROS, 2008b, p. 24)

Esse Estado era marcado pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em um sistema de freios e contrapesos e pelos direitos fundamentais de caráter individual, igualdade, liberdade e propriedade (BARROS, 2008b). No entanto, apenas a previsão na Constituição desses direitos fundamentais sem a capacidade de garanti-los de forma efetiva foi, juntamente com o excessivo formalismo, a causa para que o paradigma do Estado Liberal fosse superado e substituído pelo Estado Social (LAGES, 2002).

No paradigma do Estado Social, definem-se os direitos sociais e coletivos e redefinem-se os direitos fundamentais de caráter individual.

[...] a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480).

Consequentemente, muda-se o papel do Estado: “não mais um Estado Liberal – ‘neutro’, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’” (OLIVEIRA, 2002, p. 59).

Porém, a crítica que Habermas (2003b) faz a esses dois modelos de paradigma é que há uma preocupação em se saber se a autonomia privada é suficientemente garantida pelos direitos à liberdade ou se ela deveria ser garantida a partir de prestações sociais, sendo os paradigmas sempre limitados “à determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica”. Nesse sentido, Baracho Júnior (2000) justifica a superação desse Estado Social:

Este paradigma foi superado em razão da incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida.

É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar-se necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina (p. 167).

É por isso que Habermas (2003b) alerta para o fato de que no Estado Democrático de Direito a oposição entre autonomia privada e autonomia pública deve ser substituída, obrigando-se a “interpretar a relação entre autonomia privada e cidadã no âmbito de referências recíprocas e não mais num contexto de confronto” (p. 133).

O referido autor esclarece que, no Estado Democrático de Direito, não é suficiente a preocupação com a autonomia privada ou com a pública de forma estanque, mas sim com a co-originalidade entre elas, ou seja, “o nexos interno que existe entre autonomia privada e autonomia do *cidadão* e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica (HABERMAS, 2003b, p. 146, grifo do autor).

A formação democrática de vontade e da opinião depende da realização concomitante e indivisível da autonomia pública e privada do cidadão, que, como sujeito de direito, deve ser reconhecido como autor e destinatário da norma jurídica, ou seja, “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” (HABERMAS, 2003a, p. 157). Partindo-se da compreensão do sujeito de direito, o princípio do discurso assume “pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização” (HABERMAS, 2003a, p. 158).

O princípio da democracia, resultado do entrelaçamento entre o princípio do discurso e a forma jurídica, “aparece como núcleo de um sistema de direitos [...] que deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios de direito positivo” (HABERMAS, 2003a, p. 158).

No Estado Democrático de Direito, são considerados legítimos esses direitos atribuídos e reconhecidos reciprocamente pelos cidadãos em decorrência de um discurso racional, já que, em decorrência da compreensão dos sujeitos de direito, “pressupõe(-se) um

procedimento democrático comunicativo institucionalizado juridicamente”⁵⁹ (BARROS, 2004, p.11).

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. (HABERMAS, 2003b, p. 147).

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. Do ponto de vista do conteúdo, as normas emitidas pelo legislador político e os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito (HABERMAS, 2003b, p. 153).

A partir desses breves apontamentos, conclui-se que o Estado Democrático de Direito se pauta na co-originalidade entre soberania popular (autonomia cidadã) e direitos fundamentais (autonomia privada). Nesse Estado, os sujeitos de direito adquirem importante papel na formação e conformação da sociedade, a partir do procedimento democrático, uma vez que o direito passa a ser obedecido por ser legítimo (BARROS, 2004).

“Quando se analisa o Estado Democrático de Direito, fala-se em uma estrutura que se mantém sempre aberta a revisão, que não se encontra fechada em um modelo padrão-estaque” (BARROS, 2008b, p. 27). Daí advém a importância da teoria procedimentalista de Habermas e dos sujeitos de direito.

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado Social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. (HABERMAS, 2003b, p. 183).

Elucidada a compreensão de Estado Democrático de Direito, compete agora demonstrar como o modelo constitucional de processo interage com o processo como garantia

⁵⁹ “Ao mesmo tempo em que ele é destinatário de normas garantidoras ou realizadoras de direitos fundamentais, é também autor, tendo em vista que participa da vida pública e dos processos de formação de opinião e vontade, notadamente por meio dos direitos políticos no qual se funda o processo legislativo de formulação de direitos, com os quais os cidadãos se reconhecem reciprocamente” (BARROS, 2004, p. 12). Segundo Oliveira (2006, p. 114), esses direitos fundamentais são: “a) direitos a iguais liberdades subjetivas; b) a iguais direitos de pertinência; c) à garantia do direito à tutela jurisdicional; d) à elaboração legislativa autônoma; e e) direitos participatórios”.

e, dessa forma, demonstrar como é possível a defesa de uma teoria geral do processo em bases principiológicas.

5.1 Uma teoria geral do processo de base principiológicas: o modelo constitucional de processo como marco para uma teoria das nulidades conforme a Constituição

Para elucidação do processo como garantia constitucional no contexto democrático, é imprescindível esclarecer a concepção de processo condizente com esse modelo. Para tal, apresenta-se aqui a concepção de processo como relação jurídica.

O processo brasileiro sofreu, desde o Código de Processo Civil de 1939, forte influência de Bülow, no âmbito doutrinário, com a intensificação e prevalência da atuação do juiz no processo. “O processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador” (LEAL, 2005, p. 44). É visível que Dinamarco (2003), em sua obra *Instrumentalidade do Processo*, buscou sintetizar as influências estrangeiras no processo pátrio, compactando-as, em sua teoria do processo, como instrumento da jurisdição, que tem por fim a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social.

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. [...] Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados. (DINAMARCO, 2003, p. 181-183, grifo do autor).

A problemática advinda com a visão instrumentalista do processo⁶⁰, propagada por

⁶⁰ As críticas ao instrumentalismo decorrem do processo como instrumento da jurisdição. “Insero no conceito de direito democrático (em sua aplicação ou justificação), o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: nesse aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito” (ARAÚJO, 2003, p. 120-121).

Dinamarco (2003), advém da influência estrangeira bülowiana da concepção de processo como relação jurídica entre as partes e o juiz. Conceber o processo como relação jurídica significa afirmar que uma parte tem direito e a outra, dever de sujeição, já que quem tem direito (sujeito ativo) pode exigir determinada conduta do sujeito passivo (direito subjetivo), devido à existência do “vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo” (GONÇALVES, 1992, p. 98). Entretanto, não se pode afirmar que, no processo, uma das partes tem o direito de exigir da outra uma determinada conduta.

No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou ato (GONÇALVES, 1992, p. 98).

Era visível a importância do papel do juiz nessa concepção de processo. As críticas advindas do papel de “*super-parte*” do juiz e da impossibilidade de uma relação jurídica entre as partes foram suficientes para a superação desse entendimento de processo. “A visão instrumentalista do processo é nitidamente dependente de um sujeito cognoscente [...]. O processo “depende”, pois, da capacidade intelectual/intuitiva do juiz, que carrega assim, sob seus ombros, o peso da subjetividade do sujeito da modernidade” (STRECK, 2009, p. 262-263).

Elio Fazzalari (2006) foi o responsável pela renovação do conceito de procedimento e processo no Direito Processual (GONÇALVES, 1992). Segundo Fazzalari (2006), o processo é espécie do gênero procedimento⁶¹, e o que irá distingui-los é a presença do contraditório.

Na teoria Fazzalariana,

o procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto (GONÇALVES, 1992, p. 112).

Já o processo é o procedimento realizado em contraditório entre as partes, que participarão na construção do provimento final: “a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 119-120) que define o processo.

Essa estrutura dialética consiste

⁶¹ “A obra fazzalariana apresenta nítido marco distintivo entre os institutos processuais do procedimento e do processo, figurando referidos institutos como noções distintas, mas complementares” (LEAL, 2004b, p. 261).

[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (GONÇALVES, 1992, p. 112).

A própria noção do Estado Democrático de Direito pela visão procedimentalista de Habermas (2003b) na perspectiva do sujeito de direitos ao se apropriar da contribuição de Fazzalari⁶² (2006), elucida as críticas formuladas por Gonçalves (1992) ao processo como relação jurídica. O papel do juiz como “*super-parte*” e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no processo foram importados ao instrumentalismo processual de Dinamarco (2003). Logo, as críticas também se estendem ao instrumentalismo: não se poderia pensar em um efetivo contraditório, porque a ideia de contraditório para Dinamarco⁶³ (2003) não se fundamenta na simétrica paridade, visto que uma parte tinha o direito e a outra, o dever de sujeição, devido ao vínculo jurídico.

O instrumentalismo reforça a atuação do juiz no processo, já que os escopos metajurídicos possibilitam ao juiz fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos, para além da argumentação das partes, reforçando o solipsismo judicial. Logo, o entendimento do processo como instrumento da jurisdição condiz com o Estado Social, que tem como objetivo precípuo reforçar o papel dos juízes e enfraquecer a atuação das partes e, Conseqüentemente, não se adéqua ao Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, é imprescindível atentar-se às considerações de Lênio Streck (2009) em relação ao papel do processo no Estado Democrático de Direito.

Na medida em que se recupera a especificidade do jurídico através do *plus*

⁶² “Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo portanto o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão *autores* da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do sentido da Constituição” (GALUPPO, 2003, p. 63, grifo do autor).

⁶³ Dias (2010, p. 89, grifo do autor; grifo meu) ressalta que “o fato de processualistas de renome, como é o caso unanimemente reconhecido de Cintra, Grinover e Dinamarco, agora, estarem admitindo que *processo é procedimento realizado presente o contraditório, embora não se desliguem da ideia do processo como relação jurídica*, por si só, bem demonstra o acerto técnico de Elio Fazzalari, ao elaborar a teoria do processo como procedimento em contraditório, em substituição à mumificada teoria do processo como relação jurídica”.

normativo e qualitativo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, é necessária uma profunda reflexão sobre o papel do processo (civil e penal). Passados vinte anos, continuam dominantes no processo civil as posturas instrumentalistas e, no processo penal, o modelo inquisitivo, reforçado pelos diversos positivismos, pelos quais se delega a colheita da prova ao solipsismo judicial. Na medida em que todo ato judicial é um ato de jurisdição constitucional, não é difícil constatar as consequências desses problemas na efetividade e no acesso à justiça. Desde Oskar Von Bülow (*sic*) que o processo foi transformado em instrumento da jurisdição e, essa por sua vez, como bem assinala André Cordeiro Leal, em atividade dos julgadores. Essa problemática ingressa no século XX e se estende ao século XXI, mesmo que já estejamos sob a égide de um novo paradigma constitucional e democrático. Para o autor, a jurisdição, a partir das propostas científicas de um processo a ser tematizado no Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas, sim, o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo [...] que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão. (STRECK, 2009, p. 262).

No mesmo sentido, afirma André Leal (2008, p. 134) que Bülow desenvolveu “uma proposta técnica de sustentação do decisionismo judicial, [...] uma jurisdição como atividade estatal salvacionista pelo juiz que, a pretexto de permitir operacionalidade, se auto-imuniza da indagação sobre a legitimidade democrática dessa atuação”. Na mesma linha teórica, o autor defende que, para os instrumentalistas, “o escopo do processo não deixou de ser técnico, já que destinado à realização de valores necessários à adaptação do direito a uma certa “realidade social”, cuja normatividade, no entanto, não se deixa problematizar” (LEAL, 2008, p. 137).

Logo, verifica-se que a teoria de Fazzalari (2006) é adequada ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, todavia, que, apesar de o contraditório distinguir o processo do procedimento para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional decorrente da relação Constituição⁶⁴ e Processo.

Fazzalari, ao distinguir **Processo** e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia⁶⁵. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das

⁶⁴ “A Constituição deve ser entendida como norma dotada de todos elementos necessários à sua aplicação. Sendo norma, ela é de pronta eficácia: não depende da vontade dos Poderes Públicos, até porque não é ela mais uma fôrma do que se concebeu na modernidade como Estado, mas sim algo que está voltado para a própria sociedade” (MEYER, 2003, p. 169).

⁶⁵ Segundo Dias, há distinção entre direitos e garantias fundamentais; “direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e

democracias, o contraditório é **instituto** do Direito Constitucional e não mais uma **qualidade** que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional (LEAL, 2009, p. 83, grifo meu)⁶⁶.

Sendo assim, a teoria de Fazzalari deve ser complementada pela teoria Constitucionalista, para a compreensão do processo e do contraditório como garantias constitucionais. Como resultado dessa relação entre Constituição e Processo, afirma-se que

[...] o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis (BARACHO, 1999, p. 90).

Partindo-se da noção de processo como garantia constitucional, apropriando-se dos conceitos de procedimento, processo e contraditório da teoria de Fazzalari (2006) e, da teoria Procedimentalista de Habermas (2003) em uma releitura em conformidade com o contexto democrático, é possível pensar em uma teoria geral do processo que se fundamente em um modelo constitucional de processo e, que, portanto, desvincule-se da teoria geral do processo proposta pelos instrumentalistas. Dinamarco (2003) defende uma teoria geral do processo com base na compreensão do processo como relação jurídica entre o juiz e as partes e estruturada a partir da jurisdição. Essa teoria, nesses termos, não é adequada ao Estado Democrático de Direito.

“Neste sentido, pode-se afirmar a existência de uma teoria geral do processo, não fundada na noção de Jurisdição como pretende Dinamarco (1998), mas na noção de processo” (BARROS, 2010, p. 245) como garantia constitucional que se encontra definido na própria Constituição. Logo, a teoria geral do processo, compreendida por meio de um modelo constitucional de processo, que se fundamenta em uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) presente em qualquer processo constitucional (BARROS, 2008a), está em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais” (DIAS, 2004, p. 111). Nesse mesmo sentido, Vargas. “Os direitos individuais são os direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visando precipuamente à proteção dos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade. As garantias são os instrumentos de efetividade desses direitos. [...] De nada valeriam os direitos fundamentais se o homem não pudesse manejar os remédios cabíveis para garantir-lhes a efetividade” (VARGAS, 1992, p.33-36).

⁶⁶ Nesse sentido, André Leal afirma que “o contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (LEAL, 2002, p.88, grifo do autor).

O modelo constitucional de processo que teve como precursor Andolina e Vignera (1997) deve ser compreendido para sua efetiva apropriação com vistas à defesa de uma teoria geral do processo fundada em uma base principiológica uníssona (BARROS, 2006).

O modelo constitucional de processo⁶⁷ proposto por Andolina e Vignera (1997) é marcado pela expansividade, pela variabilidade e pela perfectibilidade, características que integram “um esquema geral de processo”, ou seja, um “modelo único e tipologia plúrima” que significa um único modelo constitucional de processo, que admite pluralidade de procedimentos (procedimento como a sucessão, a seqüência de atos e de fases do processo). À norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo é garantida a sua expansão para microssistemas – característica essa denominada expansividade. Ao expandir para um determinado microssistema, a norma processual pode variar, pode assumir forma diversa, em decorrência das especificidades daquele microssistema (variabilidade); logo, o modelo constitucional, ao definir novos institutos em decorrência do processo legislativo, tende a se aperfeiçoar (perfectibilidade) (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 9-11).

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. (BARROS, 2009, p. 335).

O processo como garantia constitucional, advindo de uma interpretação⁶⁸ constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, é marcado pela base principiológica uníssona (esquema geral), ou seja, garantias processuais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, previstas nas normas da Constituição Federal de 1988 (BARROS, 2009). A Constituição, portanto, desempenha um importante papel⁶⁹, visto que torna o processo constitucional e democrático, estabelecendo princípios que constituirão a garantia do devido processo constitucional. É importante ressaltar que

⁶⁷ “Ítalo Augusto Andolina, passou a definir, por volta de 1990, uma nova teoria processual denominada “modelo constitucional de processo”, expressão utilizada em consonância com a qualidade jurídica dos princípios processuais expressos na Constituição da República da Itália de 1947” (NEGRI, 2003, p.102).

⁶⁸ “[...] quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está* falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*” (SILVA, 2005, p. 132-133, grifo do autor).

⁶⁹ “O processo é incessantemente chamado a questionar-se acerca do seu próprio grau de jurisdicionalidade e a adequar-se ao “modelo” previsto pela Constituição” (ANDOLINA, 1997, p. 65).

o modelo único e de tipologia plúrima exige que o esquema único de processo ou que a base principiológica uníssona seja garantida, mas que não se retire ou desconsidere as especificidades do referido microssistema, retomando assim as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em razão da própria co-dependência entre garantia do processo e direitos fundamentais (BARROS, 2009, p. 335).

Compreendido o processo como garantia constitucional a partir do aperfeiçoamento e apropriação do modelo constitucional de processo⁷⁰ proposto para o processo civil italiano por Andolina e Vignera, é necessária a análise dessa base principiológica uníssona, caracterizada pela indissociabilidade e pela co-dependência entre os princípios que a constituem. Nesse modelo, cada princípio que constitui a base principiológica uníssona guarda singular dependência e conexão com os demais. Logo, a violação ou inobservância de um desses princípios significa o desrespeito aos demais (BARROS, 2009, p. 331-345).

Insta elucidar que o eixo central do presente trabalho é demonstrar a adequação do tratamento das nulidades ao modelo constitucional de processo. Logo, será analisada, de forma sucinta, a conexão existente entre os princípios que constituem o esquema geral de processo, quais sejam: o contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla argumentação e o terceiro imparcial, já que qualquer “argumentação relativa à nulidade deve ser conjugada ao respeito ao modelo constitucional de processo” (BARROS, 2010, p. 246).

O contraditório, que para Fazzalari (2006) compreende a própria definição de processo, significa o espaço argumentativo em que às partes, em simétrica paridade, será garantida a participação na construção da decisão. A fundamentação das decisões é a garantia de que o juiz, ao decidir, irá fundamentar a sua decisão, utilizando os argumentos dos respectivos legitimados ao “pronunciamento do órgão estatal” (afetados pela decisão). A ampla argumentação é a garantia do tempo necessário para a efetiva construção de argumentos (defesa técnica e auto-defesa) a serem utilizados pelas partes no processo, inclusos aqui o direito à prova. A imparcialidade do juiz é definida a partir do desvencilhamento do seu subjetivismo, o qual decorre dos escopos metajurídicos do processo (BARROS, 2009, p. 331-345).

Se o juiz fundamenta sua decisão em argumentos não-jurídicos ou em argumentos não

⁷⁰ “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz” (BARACHO, 2008, p. 139). No entanto, Barros (2009) trabalha a necessidade de aperfeiçoamento desse modelo visto que o modelo constitucional de processo é um esquema geral para todos os processos e não apenas para o processo civil e, a definição do papel do juiz deve ocorrer através da atuação das partes (complicação (NUNES, 2008)).

utilizados pelas partes, ocorre a violação dos princípios: da fundamentação da decisão e, conseqüentemente, do contraditório, haja vista que as partes não participaram na construção do processo; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva a argumentação a ser utilizada na preparação de sua ampla defesa; do terceiro imparcial, uma vez que, ao decidir com base em argumentos pessoais, o juiz passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo a sua imparcialidade.

Logo, esses princípios que constituem a base principiológica uníssona são indissociáveis e co-dependentes. Através da fundamentação da decisão, as partes, aqueles afetados pela decisão, poderão fiscalizar se o juiz respeitou o contraditório e a ampla argumentação, além de ter se mantido imparcial durante o processo. Se esses princípios forem respeitados a decisão é aceitável por ser racional e legítima. Essa conexão demonstra que, se houver supressão do contraditório, haverá a violação dos demais princípios, pois a decisão será construída somente pelo juiz, fundamentada por argumentos desse único intérprete, solipsismo judicial, e às partes não será garantida a ampla argumentação, já que elas não precisarão preparar os argumentos para se defenderem de forma ampla (como elas não construirão a decisão, a fundamentação da decisão também será desrespeitada).

Verifica-se que, no Estado Democrático de Direito, deve-se buscar um devido processo constitucional, presentes as garantias constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, que constituem a base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo. Com isso, é possível garantir que a efetividade do processo⁷¹ não seja fetichizada como justiça rápida⁷², mas sim

⁷¹ Segundo Leal (1999, p. 231, grifo do autor), a efetividade do processo está intimamente ligada às garantias constitucionais para o reconhecimento e fruição dos direitos; “*Processo*, cuja *efetividade* não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, *mas* pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos”. Vieira (1998, p. 90, grifo do autor) também compreende a dependência mútua entre Direito e Processo, já que este efetiva aquele; “o *Direito* depende do *Processo* (que lhe traz a efetivação), como o *Processo* depende do *Direito* (que o informa e lhe dita os trâmites)”.

⁷² “Ainda prevalece na Suprema Corte brasileira a ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte) por via de um “prestação jurisdicional” que só seria efetiva se fosse de pronto-socorro jurídico a uma população reconhecidamente órfã em direitos fundamentais”. Dessa forma trabalha-se “uma Constituição como normas de promessa e não estatuto de direitos instituídos e já garantidos (líquidos e certos) no plano constituinte” (LEAL, 2004a, p. 73). Dias (2006, p. 655) informa que, com a inserção da norma do art. 5º, LXVIII na Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº. 45, “o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como, também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. Contrapõe-se a este direito o dever do Estado de prestar a jurisdição mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, processos cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual, evitando-se suas “etapas mortas”.

compreendida como o respeito às garantias processuais⁷³ para o reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

O processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais⁷⁴ garante às partes afetadas pela decisão o contraditório como forma de participação em simétrica paridade na construção da sentença. Portanto, o princípio do contraditório deve ser repensado, em conexão com os princípios da fundamentação das decisões, do terceiro imparcial e da ampla argumentação, uma vez que as partes construirão a decisão através de uma efetiva argumentação durante o processo, e não mais o juiz, como pensou os instrumentalistas, por meio de sua atuação única e exclusiva no processo. “Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, **seu controle**” (NUNES, 2008, p. 159, grifo meu), fazendo com que a sentença deixe de ser “um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição, que é o juiz prolator da decisão” (BARROS, 2008a, p. 132).

Da mesma forma que o processo constitucional “fixa os limites de atuação” de cada sujeito processual, possibilitando às partes a participação em contraditório e o controle sobre a atuação do juiz em decorrência da co-dependência entre os princípios que constituem a base principiológica uníssona, as nulidades para se adequarem ao processo como garantia constitucional também devem ser compreendidas “como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo” (BARROS, 2010, p. 248) por todos os sujeitos processuais.

Passa-se agora a uma reflexão e elaboração de uma teoria das nulidades adequada à

⁷³ Dias já nos adverte que alguma demora processual é inevitável, já que advém da garantia dos próprios princípios processuais constitucionais para uma efetiva tutela dos direitos; por isso, entende ser equivocado pensar em uma “jurisdição instantânea” como justificativa para as reformas. “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo” (DIAS, 2007, p. 219, grifo do autor).

⁷⁴ “Os Direitos Fundamentais são os *direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático*. Ao afirmarmos tratar-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade” (GALUPPO, 2003, p. 236-237, grifo do autor).

noção de processo como garantia estruturada a partir do modelo constitucional de processo fundamentado em uma base principiológica.

5.1.1 Por uma teoria das nulidades adequada ao Estado Democrático de Direito⁷⁵

As nulidades processuais no contexto democrático visam efetivar o processo como garantia constitucional, já que são formas de controle dos atos não praticados, da regularidade dos atos processuais praticados e de sua conformidade e adequação ao modelo constitucional de processo. Dessa forma, a nulidade somente pode ser compreendida em conformidade com o Estado Democrático de Direito na concepção de Gonçalves (1993) e Passos (2002), ou seja, nulidade é sanção, é a consequência jurídica “do reconhecimento pelo órgão julgador da desconformidade do ato frente ao modelo constitucional de processo, gerando, como consequência, a necessidade de se refazer o respectivo ato, declarando-o nulo” (BARROS, 2010, p. 248).

A cominação de sanção ao ato não praticado ou ao ato praticado em desconformidade com os princípios constitucionais que constituem a base principiológica uníssona (*i.e.*, contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) bem como aqueles princípios que, em decorrência da característica da expansividade do modelo constitucional de processo, determinam a especificidade de cada microssistema, somente poderá ocorrer após a argumentação das partes sobre a necessidade de se reconhecer o ato irregular como ato nulo. Em decorrência dessa conceituação da nulidade processual como sanção, não se pode admitir que no processo constitucional exista nulidade de pleno direito, ou seja, uma nulidade automática (BARROS, 2010).

Por isso, é correto o entendimento de que não existe nulidade de pleno direito no direito processual (FERREIRA, 1963; GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002), porque a nulidade só pode ser reconhecida pelo órgão julgador “no processo jurisdicional por meio de

⁷⁵ A presente pesquisa labora a construção de uma teoria das nulidades processuais adequada ao Estado Democrático de Direito e, portanto, passível de ser aplicada a todo processo constitucional. As características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade presentes no modelo constitucional de processo, que se fundamenta em uma base principiológica uníssona de princípios (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões), permitem o aperfeiçoamento desses princípios ou a inclusão de novos princípios em decorrência das especificidades de cada microssistema em estudo. Isso posto, a proposição de uma teoria das nulidades tem como objetivo precípuo fixar as bases para uma interpretação constitucionalmente adequada das nulidades processuais, sem desconsiderar as especificidades de cada microssistema processual.

um espaço argumentativo formado no processo para discutir a própria regularidade do ato processual, de modo que a declaração da nulidade do ato não seja consequência de uma decisão monológica, mas sim uma decisão construída” (BARROS, 2010) em contraditório pelas partes.

Consequentemente, ao se compreender o processo como garantia constitucional, o papel do juiz passa a ser definido a partir da atuação das partes, que em relação às nulidades processuais não deve apenas argui-las no processo, “mas sim requerer sua declaração como um direito de todas as partes à controlar a regularidade do processo e o respeito ao modelo constitucional de processo” (*sic*) (BARROS, 2010). Logo, cada sujeito processual desempenha o seu papel na construção do provimento final e no controle dos atos processuais.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas **para que todos os envolvidos assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.** [...]

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise (NUNES, 2008, p. 159, grifo meu).

Especificamente no processo penal, vislumbra-se a divisão do papel de cada sujeito processual no contexto democrático a partir da compreensão do princípio acusatório, que descentraliza o poder (MARQUES, 2009, p. 147) através da concepção do policentrismo (NUNES, 2008).

A meta do exercício compartilhado e controlado do poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes, abrangendo naturalmente a iniciativa probatória. Em consequência as provas deixam de ser produzidas de ofício e sigilosamente, sob o argumento de que se busca a verdade, e passam a ser introduzidas pelos destinatários do provimento, à luz da publicidade, para serem incorporadas no julgamento (MARQUES, 2009, p. 147-148).

Em relação ao controle dos atos processuais pelas partes e pelo juiz para a adequação da teoria das nulidades ao processo como garantia constitucional, observa-se que o reconhecimento da nulidade ocorre em dois momentos (GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002): primeiro, verifica-se a irregularidade do ato para, depois, cominar a sanção de nulidade. Logo, o ato irregular é aquele praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo, e o ato nulo será aquele que se declara a nulidade, posteriormente

à garantia do espaço argumentativo às partes (BARROS, 2010).

A cognição sobre a nulidade se dá em duas fases: na primeira verifica-se a ocorrência de um ator irregular, ou seja, [...] desconforme ao modelo constitucional de processo. Isto é, o ato processual desconforme às normas processuais afetam a garantia do processo e, portanto, é um ato irregular.

Na segunda fase, discute-se argumentativamente se o ato irregular deve ser reconhecido como nulo, quando ficar demonstrado que o ato não cumpriu sua finalidade, gerando prejuízo (BARROS, 2010, p. 248).

Os critérios que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz é o da finalidade e o do prejuízo (GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002). Logo, sob a óptica do modelo constitucional de processo, a finalidade do ato deve ser compreendida “no sentido [...] de o ato processual cumprir os seus fins, no sentido de garantir as bases do processo constitucional” (BARROS, 2010) e, a “ausência de prejuízo, significando que a irregularidade do ato não prejudicou as garantias do processo” (BARROS, 2010). O que se verifica é que ambos os critérios são convergentes, complementam-se (PASSOS, 2002). Portanto, pode-se concluir pela existência do binômio finalidade-prejuízo como critério que condiciona todo o estudo das nulidades processuais (BARROS, 2010).

A cognição sobre a irregularidade de um ato e a demonstração do prejuízo e do não cumprimento de sua finalidade como critério para declaração da nulidade tem que ser entendido como um incidente processual que exige a participação dos afetados pela futura decisão que anulará, garantindo, assim, o contraditório e a ampla argumentação destes (BARROS, 2010, p. 249).

Dessa forma, como os sujeitos processuais têm o direito ao controle dos atos processuais, o reconhecimento da nulidade pelo juiz está condicionado à participação efetiva das partes por meio do contraditório e da ampla argumentação na demonstração: (i) da existência do prejuízo, já que o ato não cumpriu a sua finalidade e, portanto possa ser reconhecido processualmente como nulo; ou (ii) da inexistência do prejuízo, já que o ato cumpriu a sua finalidade devendo, por conseguinte, ser reconhecido processualmente como convalidado. (BARROS, 2010).

Ressalta-se que nesse espaço argumentativo em que se demonstrará a necessidade ou não de se reconhecer o ato irregular como ato nulo será também o espaço para argumentar quais atos processuais são dependentes desse ato irregular e se há a necessidade ou não de refazê-los diante da decisão que comine a sanção a esse ato irregular originário. Logo, defende-se que a sanção de nulidade seja cominada não só ao ato nulo, mas a todos os demais

que forem realizados após ele e possuam um vínculo procedimental nos termos de o ato nulo ser pressuposto lógico e necessário para o ato conseqüente. Para que essa conclusão seja possível, adota-se, portanto, o conceito de procedimento de Fazzalari (2006).

O critério da finalidade é facilmente demonstrado quando há o entrelaçamento com o critério do prejuízo; é, por isso, que se fala no binômio finalidade-prejuízo. Se inexistente o prejuízo, é porque o ato processual cumpriu a sua finalidade de garantir o contraditório, a ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação das decisões. Logo, é imprescindível a compreensão do critério do prejuízo, que deve ser preponderantemente demonstrado, ou melhor, argumentado pelos sujeitos processuais (BARROS, 2010).

Por isso, não basta que o prejuízo seja apenas potencial, presumido; é imprescindível que seja amplamente discutido em termos concretos, devendo ser evidenciado, demonstrado, comprovado, levando em consideração as características de cada caso concreto e a sua coerência com o microsistema processual (civil, trabalho, penal, consumidor, dentre outros), para que o ato irregular seja reconhecido como nulo, deixando de produzir seus efeitos e possa ser refeito. Para tanto, os sujeitos processuais devem arguir a irregularidade do ato e argumentativamente comprovar a existência ou não desse prejuízo para a sua atuação no processo constitucional (BARROS, 2010).

Destaca-se que no Estado Democrático de Direito cada caso é único e, mesmo havendo uma teoria geral do processo, compreendida a partir do modelo constitucional de processo e da base principiológica, e uma teoria das nulidades, é imprescindível a discussão do prejuízo de forma efetiva para que ele seja sempre argumentativamente demonstrado.

Levando-se em consideração que (i) nulidade é sanção cominada pelo órgão julgador após garantido o espaço argumentativo aos afetados, (ii) não existe, portanto, nulidade de pleno direito e (iii) o reconhecimento da nulidade ocorre em dois momentos distintos (primeiro, verifica-se a desconformidade do ato com o modelo constitucional, arguindo sua irregularidade, para, depois, no espaço argumentativo do contraditório e da ampla argumentação, verificar a (in)existência binômio finalidade-prejuízo para o reconhecimento da nulidade ou da convalidação do ato irregular), outra conclusão não há que afirmar que inexistente a distinção entre nulidade absoluta e relativa no Estado Democrático de Direito.

Em uma proposta para teoria das nulidades adequada ao Estado Democrático de Direito, não cabe, portanto, qualquer distinção entre nulidade absoluta ou relativa. Ou seja, se a nulidade é uma consequência decorrente da irregularidade do ato que gerou prejuízo e não alcançou sua finalidade. Trata-se de ato desconforme o modelo constitucional de processo. Não é possível existir um ato “relativamente”

desconforme aos princípios constitucionais garantidores do processo. Ou o ato irregular atingiu sua finalidade e não gerou prejuízo, ou a única consequência adequada para controlar tal irregularidade é refazê-lo, após sua anulação (BARROS, 2010, p. 249).

Junto com a impossibilidade de existir um ato “relativamente” desconforme ao modelo constitucional de processo, inexistente a possibilidade de se cominar “meia-sanção” ao ato irregular. Ou se comina a sanção quando no espaço argumentativo se demonstrar que o ato irregular não cumpriu seus fins e gerou prejuízo para o modelo constitucional de processo, ou não se comina a sanção.

Ademais, conforme restou comprovado anteriormente, as distinções entre nulidade absoluta e relativa quanto aos efeitos (*ex tunc* ou *ex nunc*) ou quanto à gradação da gravidade do vício (nulidade insanável ou sanável) demonstram-se incorretas, visto que, se o ato irregular for reconhecido nulo, ele deve ser refeito, operando sempre os efeitos *ex tunc*. Adicionalmente, compete apontar que nenhuma nulidade tem a qualidade de ser insanável ou sanável; apenas o vício pode ser qualificado dessa forma (FERREIRA, 1963; GONÇALVES, 1993; PASSOS, 2002).

A distinção quanto ao interesse que se resguarda (público ou privado) também foi sabiamente criticada e desconstruída por Gonçalves (1993) e Passos (2002) ao afirmarem que, no processo, não se resguarda interesse das partes, mas somente interesse público em decorrência do devido processo como procedimento em contraditório. Somando-se a isso, tem-se que, a partir da compreensão do processo como garantia constitucional e de sua interação com o modelo constitucional de processo, não há margem para dúvidas de que se resguarda unicamente interesse público no processo.

Também não há margem para a distinção das nulidades em decorrência da norma que se resguarda – constitucional ou infraconstitucional (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009). Quando se pensa em um modelo constitucional de processo, torna-se visível que, se o ato processual for contrário a esse modelo, ele também será contrário à Constituição, já que toda norma processual tem sua matriz principiológica na própria Constituição. Nesse sentido, Barros (2009) aduz que

a noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura, pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos (p. 333-334).

Em relação às características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade desse modelo constitucional de processo, Leal (2008) afirma que,

atualmente, pelas características da *expansividade, variabilidade e perfectibilidade* do Processo, não há falar em Processo Constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este *juridicamente* fundado naquele dentro de um *modelo* institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhes são qualificativos (p. 38, grifo do autor).

Por sua vez, tem-se a distinção das nulidades em relação a quem está legitimado a arguir a nulidade e o momento para argui-la, sob pena de preclusão: se o juiz, *ex officio*, a qualquer tempo; ou a parte, na primeira oportunidade que se manifestar nos autos. No Estado Democrático de Direito, a teoria das nulidades estabelecida a partir da compreensão do modelo constitucional de processo e de sua interação com o processo como garantia deve considerar as nulidades como forma de controle dos atos processuais e de sua regularidade com a base uníssona de princípios, bem como os demais princípios resultantes da coerência a cada microssistema processual. Logo, todas as nulidades visam efetivar e garantir o processo e, uma vez que o interesse é sempre público, elas podem e devem ser reconhecidas *ex officio* pelo juiz.

Destaca-se, no entanto, que essa participação (NUNES, 2008) deve ocorrer da seguinte maneira: tanto o juiz quanto as partes podem e devem arguir a irregularidade de um ato praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo. Porém, a cognição sobre a irregularidade desse ato e a argumentação sobre o (não) cumprimento dos fins e a (in)existência do prejuízo para o reconhecimento da nulidade deve ser feita através da garantia do contraditório e da ampla argumentação aos afetados pela decisão do juiz que reconhecer o ato irregular, como ato nulo.

Em relação ao instituto da preclusão, pode-se pensar, em um primeiro momento, que a coisa julgada será sempre⁷⁶ um limite preclusivo para as nulidades. No entanto, como já elucidado, o reconhecimento da nulidade ocorre em duas fases: primeiro, é arguida a irregularidade do ato, para depois de ampliada a cognição sobre esse ato e demonstradas

⁷⁶ Ressalta-se, no entanto, que, no processo penal, admite-se reconhecer nulidade a favor do acusado em sede de revisão criminal. No processo civil, há a possibilidade de ação rescisória, no prazo de dois anos, com o intuito de reconhecer nula a sentença transitada em julgado. Logo, conforme se defendeu ao longo da dissertação, em um Estado Democrático de Direito podem-se estabelecer parâmetros para uma teoria das nulidades processuais; contudo, cada caso é único, tornando-se necessário discutir o prejuízo em termos concretos, levando em consideração as características de cada caso e a sua coerência com o microssistema processual. Portanto, pode-se afirmar que a coisa julgada é um limite preclusivo para as nulidades no processo, desde que se afirme que essa conclusão comporta exceções em decorrência de o próprio Estado Democrático de Direito estar em constante construção pelos sujeitos de direito.

argumentativamente a sua desconformidade com o modelo constitucional de processo e a existência do prejuízo para as garantias processuais ser reconhecido o ato irregular como ato nulo, ou seja, ser cominada a sanção da nulidade. Logo, o que os sujeitos processuais arguem é a irregularidade do ato e, portanto, poder-se-ia pensar, *a priori*, que a arguição dessa irregularidade do ato poderia precluir. Contudo, visto que a nulidade é uma forma de controle dos atos processuais e o processo como instrumentalidade técnica não é um fim em si mesmo, porque ele busca o provimento final, garantidos a base principiológica uníssona, não se pode aplicar o instituto da preclusão às nulidades processuais, porque as nulidades se fundem com a própria compreensão do processo como garantia.

Nesse sentido, afirma Passos (2002, p. 135) que o art. 245 do CPC, ao dispor que “a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão,” implica em “afirmar que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente delas”. O referido autor ressalta que, “até esta data, ainda não consegui(u) identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes no processo, daí afirmar que, entre nós, a preclusão não ocorre. A oponibilidade perdura” (PASSOS, 2002, p. 136).

Em verdade, tudo se harmoniza, quando se atende ao que ora é esclarecido. As violações de forma não cominada devem ser apreciadas de ofício. As partes podem, igualmente, argui-las. Apenas se reserva a estas a arguição de formalidade *exclusivamente* estabelecida em seu favor, vale dizer, no seu exclusivo interesse. Concluindo. Salvo essa hipótese, se é que existe, a arguição da nulidade pode ser feita a qualquer momento, todavia só prevalecerá diante da existência do prejuízo (PASSOS, 2002, p. 137, grifo do autor).

Por isso, pode-se concluir que somente a coisa julgada pode ser considerada um limite preclusivo para as nulidades, mas não se pode concluir que ela será sempre o limite preclusivo para as nulidades. Essa compreensão é aceitável em razão do paradigma do Estado Democrático de Direito, da fusão entre nulidade e modelo constitucional de processo e da própria concepção de processo como garantia que sempre visa resguardar interesse público.

Nulidade e modelo constitucional do processo se fundem na compreensão do processo como garantia. Isto porque os princípios constitucionais que sustentam a base principiológica do processo são base para o processo adequado e para o controle dos atos processuais. Ao mesmo tempo, a decisão que anula o ato processual irregular precisa respeitar o modelo constitucional de processo, isto é, ela tem que ser formada com a garantia do contraditório, da ampla argumentação, do juiz imparcial e a fundamentação racional da decisão (BARROS, 2010, p. 250).

Compreendida a co-dependência entre os princípios que constituem a base principiológica uníssona para a garantia do processo, não se admite mais o protagonismo judicial no contexto democrático. Logo, apesar de todas as nulidades poderem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, o seu reconhecimento exige sempre a garantia do contraditório prévio.

5.1.1.1 As nulidades reconhecidas de ofício e a observância do contraditório prévio para a consolidação do Estado Democrático de Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou, nas normas do art. 5º, inc. LV, o princípio do contraditório como garantia constitucional. No entanto, sabe-se que, para a efetivação do processo no Estado Democrático de Direito, é necessário implementar as demais garantias processuais constitucionais, que integram o devido processo constitucional⁷⁷, e não apenas o contraditório.

O contraditório desempenha um importante papel, haja vista que garante a participação, em simétrica paridade, da construção da decisão, a todos os afetados por ela. Logo, apesar de a tendência do movimento processual ter sido sempre pendular (ora o liberalismo processual, ora a socialização processual), verifica-se que, no Estado Democrático de Direito, as partes devem deixar de ser meros espectadores e sujeitos passivos (socialização processual) à espera de uma decisão a ser prolatada pelo único intérprete do Direito e passar a atuar ativamente de forma a influenciar, através dos argumentos, a construção da decisão (NUNES, 2004). Essa mudança de perspectiva deve ser dosada, para que não haja um retorno ao liberalismo processual. Para que isso seja possível, o princípio do contraditório desempenha função precípua no processo; ao ser compreendido, no contexto do Estado

⁷⁷ Nesse sentido, Dias (2010) afirma que “o devido processo legal, principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este a principiológica metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a)- direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)- garantia do juízo natural; c)- garantia do contraditório; d)- garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou defensor público; e)- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas” (p. 125). Ademais, o autor ressalta que, em decorrência do princípio do devido processo constitucional, “a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional)” (DIAS, 2010, p. 123).

Democrático de Direito, como garantia constitucional e princípio da influência e da não surpresa pelos processualistas brasileiros, o princípio do contraditório fará com que o processo se estruture de forma adequada à Constituição, definindo o papel das partes e do juiz no processo.

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir o efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental. (NUNES, 2004, p. 41).

Em relação ao processo penal, também não existe mais espaço para o protagonismo judicial, ou seja, para aquele ser que acumula várias funções (acusatória, defensiva e judicante) em decorrência do princípio inquisitório. Com a garantia efetiva do contraditório e com a substituição do sistema inquisitório (resquícios) pelo sistema acusatório, o papel dos sujeitos processuais se torna visível: “ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas; ao advogado cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador cabe produzir legislação adequada ao ordenamento jurídico” (STRECK, 2010, p. 5). Acrescenta-se, ainda, que o juiz tem a função precípua de oportunizar o contraditório entre as partes.

No Estado Democrático de Direito, portanto, o sistema acusatório democrático viabiliza, efetiva, a democracia, uma vez que há a descentralização do poder ou o policentrismo (NUNES, 2008). O princípio acusatório, “optando pelo poder compartilhado e controlado, mira a tutela dos direitos fundamentais [...]. Ele transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos” (MARQUES, 2009, p. 147), exigindo que a função acusatória e defensiva, bem como a iniciativa probatória, sejam exclusivamente das partes. Isso posto, as provas deixam de ser produzidas *ex officio* pelo juiz, sob o mito de que se busca a verdade real, e passam a ser introduzidas somente por aqueles que sofrerão os efeitos do provimento, podendo e devendo ser incorporadas ao julgamento. O sistema acusatório democrático assegura a unidade entre as provas produzidas, a ampla argumentação e o contraditório entre as partes, e o julgamento pelo juiz, sendo garantida a sua imparcialidade através da fundamentação de sua decisão.

A crítica formulada à visão instrumentalista de processo decorre desse ativismo

(protagonismo) judicial e da redução do contraditório ao simples dizer e contradizer das partes⁷⁸, ou seja, o direito de ação (informar) e de reação. Ao final, é o juiz que decidirá unilateralmente, sem levar em consideração a argumentação das partes: o contraditório foi apenas uma bilateralidade de audiência e as partes “fingiram” que participaram do processo, já que seus argumentos não influenciaram na decisão do juiz, que, por ser o único intérprete do direito, acredita que pode fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos (políticos, econômicos, sociais).

O contraditório como bilateralidade de audiência é uma garantia estática⁷⁹, visto que, apesar de a decisão ser construída unicamente pelo juiz, “garantiu-se” o contraditório pela participação aparente das partes. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, devem-se buscar as garantias dinâmicas para que o processo assegure o reconhecimento e a fruição dos direitos constitucionais (NUNES, 2004).

Constatar-se-á, adiante, que, no Brasil, a compreensão constitucional do princípio do contraditório está um pouco atrasada em comparação a outros ordenamentos jurídicos. No entanto, antecipa-se que, na redação do anteprojeto de reforma do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010), o contraditório como princípio de influência e de não surpresa passa a ser privilegiado no direito processual pátrio.

Gonçalves (1992), ao elucidar sobre o princípio do contraditório em referência ao art. 16⁸⁰ do Novo Código de Processo Francês, dispõe que, “sendo o contraditório um princípio

⁷⁸ “A essência do princípio do contraditório residiria, assim, na garantia da discussão dialética dos fatos da causa. Para tanto, impende estabelecer, no processo, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes. A audiência bilateral, que a regra latina já traduzia – “*audiatur et altera pars*” (“seja ouvida também a parte adversa”) -, há de ser assegurada mediante a concessão de vista à parte contrária dos pedidos e alegações formulados pela outra parte, assim como dos documentos que uma delas junte aos autos, a fim de que possa o *ex adverso* refutar os argumentos expendidos ou fazer prova contrária” (MEDINA, 2004, p. 35).

⁷⁹ Comoglio distingue a garantia estática (formal) da garantia dinâmica (de aplicação). A estática reforça o perfil estrutural externo: a estabilidade e a aplicação dos princípios ou do direito garantido. Já a garantia dinâmica assegura a efetiva fruição dos direitos garantidos pela Constituição.

“Anzitutto, sono garanzie in senso formale o statico quei profili strutturali che rafforzano dall'esterno - ad es., con la rigidità delle norme costituzionali o con la adozione delle c.d. riserve di legge - la stabilità e l'opponibilità dei principi o dei diritti garantiti, nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato, nonchè la loro tendenziale immodificabilità nel tempo. Sono, invece, garanzie in senso attuativo e dinamico quegli strumenti giurisdizionali che siano specificamente previsti - avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale - per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto attribuito o riconosciuto da quelle norme fondamentali” (COMOGLIO, 1998, p. 100-101).

⁸⁰ Complementando sua análise, Gonçalves (1992) aduz, à época, que “nesse sentido, dispõe o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* da França: *Le Juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*. A nova redação provocou o retorno aos textos de 1971 e 1972, substituindo o art. 16 do novo Código instituído pelo Decreto n.º. 75-1123, de 05 de dezembro de 1975: “*Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction*” e sua alínea 1ª, que dispensava o juiz de observar “*le principe de la contradiction des débats lorsqu'il relève d'office un moyen de*

jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo” (p. 122-123).

Nunes (2008, p. 173) afirma que, na legislação francesa, “o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impediu o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar acerca de suas observações”. Logo, o contraditório também passa a ser compreendido como princípio da influência e da não surpresa, devendo o juiz oportunizar o contraditório entre as partes, em relação às questões que serão utilizadas no processo.

O autor ressalta que foi somente após a Segunda Guerra que o princípio do contraditório passou a ser compreendido como influência e não surpresa pela doutrina processual germânica. “[...] uma possibilidade **de influência** sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com **inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa**” (NUNES, 2008, p. 171, grifo meu), passa a ser o novo delineamento do contraditório. Na Alemanha, o juiz tinha o dever de oportunizar o contraditório ainda que *ex officio* para que as partes, de forma participada, manifestassem sobre as questões determinantes para a decisão (NUNES, 2008, p. 171). “O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da participação, assegurando, constitucionalmente o policentrismo processual” (NUNES, 2008, p. 172).

Em relação ao ordenamento jurídico italiano, Nunes (2008, p. 171) afirma que, “no mesmo período tedesco a doutrina italiana começara a percebê-lo (contraditório) como

pur droit”, disposição anulada pelo *Conseil d’État*, em 12 de outubro de 1979, após reação manifestada por várias associações de advogados, conforme relatam JEAN VINCENT e SERGE GHINCHARD – *Procédure Civile, vingtième édition*, Paris: Dalloz, 1981, p. 432. Como expõem EMMANUEL BLANC e JEAN VIATTE, o antigo texto de 1971, que foi revigorado, tinha originariamente a seguinte redação: “*le Juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droits autres que d’ordre public qu’il a demandés, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*” Cf. *Nouveau Code de Procédure Civile commenté dans l’ordre des articles*, Paris, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1980, p. 33)” (GONÇALVES, 1992, p. 123, grifo do autor).

Dias (2009) afirma, em relação ao novo e atual CPC francês (2001), “que a concepção atualizada do contraditório foi acolhida pelo art. 16 do novo Código de Processo Civil francês (2001), cujo conteúdo normativo é desenvolvido em três alíneas. Efetivamente, prescreveram as normas ali contidas: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Ele não pode reter (*ou réserver para si*), na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham postos em debate contraditoriamente. Ele não pode fundar sua decisão sobre meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações”. No original: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations””(DIAS, 2009, p. 436).

garantia de simétrica paridade de armas, como em Fazzalari (1958)”. No entanto, o contraditório somente foi positivado na Constituição Italiana no final da década de 1990 (NUNES, 2004) que dispõe que “todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de um juiz terceiro e imparcial” (tradução minha)⁸¹. Nessa norma, verifica-se que às partes é garantido o contraditório, em condições de paridade, e não ao juiz (NUNES, 2004).

Antes dessa inserção no texto constitucional, a garantia da igualdade das partes, no processo, em relação ao contraditório e ao direito de defesa era elaborada pela jurisprudência da Corte Europeia. Nesse sentido, a Corte continuamente recorda a sentença que define que “o princípio da igualdade de armas (contraditório) – um dos elementos da noção mais ampla de processo justo – exige que a cada parte seja fornecida uma oportunidade razoável para apresentar seu caso, em condições que não ponha o seu adversário em situação de distinta desvantagem” (TARZIA, 2001, p. 163-164, tradução minha)⁸².

O direito de participação das partes também estava presente no Código de Processo Civil Português reformado⁸³ (NUNES, 2008).

Ao comparar esses ordenamentos com o brasileiro, verifica-se que o princípio do contraditório, apesar de estar previsto na CF de 1988, no art. 5º, inc. LV, é interpretado como o simples dizer e contradizer, sendo apenas uma garantia estática (NUNES, 2004, p. 46).

O que piora ainda mais a situação é a credulidade reformista brasileira que tão somente com o constante reforço de poderes judiciais, com possibilidades cada vez mais recorrentes da prática solitária da decisão, resolver-se-á todas as mazelas de nosso sistema processual.

Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel dialógico e problematizante do processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática da aplicação de tutela (NUNES, 2004, p. 46, grifo meu).

É mister, portanto, que o princípio do contraditório seja analisado de forma constitucionalmente adequada, em conformidade com o modelo constitucional de processo,

⁸¹ “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

⁸² “que le principe de l’ égalité des armes - l’un des éléments de la notion plus large de procès équitable - requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire” (TARZIA, 2001, p. 163-164).

⁸³ “Art. 3.3 do Código de Processo Civil português: 3. O juiz deve observar e fazer cumprir ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (NUNES, 2008, p. 173)

como garantia de influência e de não surpresa. Há de se ter em mente que “o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões” (NUNES, 2008, p. 173).

Segundo José Lebre de Freitas (1996), com fundamento na doutrina de Trocker, o princípio do contraditório deve deixar “de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (*sic*) (p. 96). A decisão surpresa ou de “terceira via” ocorre sempre que ela não decorrer do contraditório entre as partes, mas da vontade subjetiva do juiz (NUNES, 2004). Nesse sentido,

[...] o **contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficiosos, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (NUNES, 2008, p. 174, grifo meu).

O princípio do contraditório, portanto, garante que as partes, ao participarem na construção da decisão, influenciem, através de seus argumentos, a própria sentença⁸⁴, que ao refletir a argumentação efetivamente debatida entre os afetados, será legítima e racional.

No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução *argumentativa* no processo da *situação de aplicação*, e, por outro, da determinação *argumentativa* de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais do discurso de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional (OLIVEIRA, 2000, p. 165, grifo do autor).

A garantia efetiva do contraditório como princípio de influência e de não surpresa se projeta na decisão final, tornando-a legítima e aceitável pelas partes. Logo, o juiz deve oportunizar o contraditório prévio sempre que for decidir de ofício. Essa previsão está positivada no art. 10 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que determina que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual

⁸⁴ Segundo Oliveira (2001, p. 198) o processo “é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração da decisão participada”.

não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (BRASIL, 2010).

Apesar de o contraditório prévio não estar previsto nos Códigos de Direito Processual vigentes, esse princípio pode ser compreendido a partir da interpretação dos princípios que informam a base principiológica uníssona de todo processo constitucional.

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. [...] Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas (BARROS, 2008a, p. 135-136).

Sendo assim, se o juiz deve fundamentar a sua decisão e se essa fundamentação precisa comprovar que, durante todo o processo, foi observada a imparcialidade do julgador, através da garantia da ampla argumentação às partes pela utilização de argumentos construídos por estas em simétrica paridade, de forma a influírem na decisão, o juiz deve sempre oportunizar o contraditório, ainda que se trate de decisões *ex officio*. Esse contraditório não pode ser *a posteriori*, sob pena de nulidade, por violação à norma constitucional, já que “a decisão surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório” (NUNES, 2008, p. 174), ao próprio processo como garantia.

Por essa razão, tem-se a fusão entre as nulidades processuais e o modelo constitucional de processo, haja vista que aquelas (enquanto forma de controle da regularidade dos atos processuais em relação à observância dos princípios constitucionais que informam o processo como garantia) também precisam que esses mesmos princípios sejam garantidos para que as nulidades possam ser reconhecidas pelo juiz. Logo, o contraditório prévio é condição *sine qua non* para a aceitação legítima e racional das decisões *ex officio* que visam reconhecer as nulidades.

Cumpra, antes de continuar a explanação, esclarecer o papel do juiz no Estado Democrático de Direito – papel esse que também deve estar em conformidade com o modelo constitucional de processo. Conforme apontado no capítulo 4 da presente pesquisa, não se espera que o juiz se sujeite a um papel coadjuvante no processo, atuando como mero

espectador da luta entre as partes, como se pretendia no liberalismo processual; tampouco se espera que o juiz seja o protagonista no processo que age *ex officio* em detrimento da atuação das partes, característica própria da socialização processual. De fato, o papel do juiz deve ser definido a partir do contraditório como princípio de influência e não surpresa e de sua correlação com os princípios da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões.

Para que a sentença não seja o produto de uma interpretação única e subjetivista do juiz, garante-se a fundamentação das decisões às partes. Não obstante, essa fundamentação deve refletir os argumentos debatidos pelas partes em contraditório, visto que os legitimados ao processo e, portanto, ao provimento⁸⁵, (FAZZALARI, 2006) têm a garantia de uma ampla argumentação (direito a autodefesa, direito a defesa técnica, direito a produção de prova, direito a um tempo processual necessário para que se prepare a argumentação de cada parte) e têm, portanto, o direito de influir na decisão, a qual, destarte, não pode representar uma surpresa para os afetados pelo provimento final. Garantindo-se, dessa forma, a imparcialidade do juiz.

Na perspectiva de Gonçalves (1992, p. 120), “o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, [...] daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença”. A decisão do juiz para ser legítima e aceitável precisa que o contraditório tenha sido garantido às partes, as quais, como sujeitos de direito, deverão ter sido autores para que se aceitem como destinatários dessa norma (sentença). Logo, o papel do juiz é o de oportunizador do contraditório. “É necessário que (o juiz) esteja presente, atuando nos atos judiciais que visem a assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório” (GONÇALVES, 1992, p. 125-126).

Se as partes possuem ação, quais serão os limites entre os pedidos das partes e a atuação do juiz no processo, em uma perspectiva que leve em consideração o processo como garantia própria do Estado Democrático de Direito? [...] Os limites da sentença serão dados pelo fato que se pretende reconstruir

⁸⁵ Machado e Barros (2010, p. 80-81) aduzem que, em relação ao conceito de ação de herança pandectista, “não se pode admitir que somente o autor tenha direito de ação, e o réu um reduzido e não simétrico direito de defesa, definido apenas como reação ao direito de ação. [...] Nessa perspectiva de legitimidade pela construção democrática do provimento, insere-se a mudança da compreensão do conceito de ação, em sua conformação ao Estado Democrático de Direito”. Nesse sentido, Fazzalari (2006, p. 369-370) explica que a legitimação para agir se determina em função do provimento e que em relação às partes, elas são legitimadas para o processo, “uma vez que [...] os efeitos (do provimento) incidem no patrimônio de alguns sujeitos, e já que é óbvia a exigência que eles, enquanto estão para tornar-se destinatários da eficácia do provimento jurisdicional, participem do *iter* de formação do mesmo; por essa razão – isto é, enquanto sejam, [...] *legitimados passivos em relação ao provimento requerido* – tais sujeitos são “contraditores” legitimados a “dizer e contradizer” no curso do procedimento: “legitimados para o processo”.

argumentativamente no processo. Todas as circunstâncias relevantes para reconstruir o fato devem ser introduzidas no processo e submetidas ao contraditório e à ampla argumentação das partes (MACHADO; BARROS, 2010, p. 81-82)

A atuação do juiz em conformidade com o processo como garantia deve ser, portanto, o de oportunizador do contraditório ou, ainda, o de “garantidor do contraditório” (MACHADO; BARROS, 2010, p. 83).

Conclusão esta também presente no *caput* do art. 11 do Anteprojeto do Código de Processo Civil: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2010). Conseqüentemente, todas as decisões devem ser fundamentadas, inclusive as de ofício. Essa fundamentação somente será legítima e aceitável se o juiz baseá-la nos argumentos construídos pela participação efetiva das partes (contraditório) durante o processo. Somente com a fundamentação das decisões e do contraditório efetivo é que se poderá “driblar” o subjetivismo do juiz e a sua parcialidade.

Vislumbra-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e a sua parcialidade, eis que, embora seja ele uma pessoa humana com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo (BARROS, 2008a, p. 145).

Conforme elucidado anteriormente, nulidade é sanção e o juiz, para cominá-la ao ato irregular, deve oportunizar o contraditório, ou seja, o espaço argumentativo, para que as partes demonstrem a existência de prejuízo para as garantias do processo já que o ato não cumpriu os seus fins. Essa argumentação deverá estar presente na decisão do juiz que reconhece ou não a nulidade em decorrência da co-dependência entre a fundamentação das decisões, contraditório, ampla argumentação e terceiro imparcial – base principiológica para um processo conforme a Constituição.

Ademais, uma vez que todas as nulidades podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz (PASSOS, 2002), não se admite, no contexto democrático, o ativismo judicial e, portanto, apesar de todos os sujeitos processuais poderem controlar a validade dos atos processuais, os afetados pela decisão (partes) têm direito de controlar a atuação do juiz por

meio da co-dependência do contraditório e da fundamentação das decisões. É por isso que se defende a garantia do contraditório prévio sempre que o juiz reconhecer uma nulidade de ofício, porque o contraditório “possui significado não somente por garantir às partes aduzir aquilo que o juiz não pode conhecer de ofício, mas, também pelo fato de garantir que uma questão submetida à discussão será mais bem decidida do que quando posta e analisada solitariamente pelo magistrado” (NUNES, 2008, p. 177).

O próprio juiz tem possibilidade, no Estado Democrático de Direito, de controlar a validade dos atos processuais, ou seja, pode de ofício verificar que o ato é irregular. Mas reconhecer a nulidade ele somente poderá após garantir às partes afetadas o direito ao contraditório e à ampla argumentação. Apenas dessa maneira, o julgador garantirá que sua atuação não será discricionária, entregue à sua própria subjetividade, assim proferindo uma decisão com aceitabilidade racional, fundada na compreensão dos princípios do processo (BARROS, 2010, p. 249).

Assim sendo, conclui-se que, em relação ao reconhecimento das nulidades de ofício pelo juiz, a fundamentação da decisão pressupõe a existência de um contraditório prévio efetivo, sendo o contraditório pressuposto para uma fundamentação da decisão racional e legítima. No Estado Democrático de Direito, o contraditório, ao ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, efetiva a concepção habermasiana do sujeito de direito como co-autor e destinatário da norma jurídica: as partes serão co-autores da decisão e, concomitantemente, destinatários desse provimento, já que suportarão os seus efeitos. A garantia do contraditório também se torna base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle dos atos processuais. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Dessa co-dependência, indissociabilidade, decorre a conexão entre esses princípios constitucionais e a fusão entre o modelo constitucional de processo e as nulidades processuais.

6 CONCLUSÃO

As considerações expendidas nesta dissertação constituem uma tentativa de demonstrar as inadequações das nulidades processuais nas matrizes do liberalismo processual e da socialização processual, buscando-se estabelecer uma teoria das nulidades a partir de uma perspectiva democrática de processo, no marco procedimentalista da teoria de Habermas.

O liberalismo processual consistia em um juiz inerte à luta entre as partes, haja vista que a vitória no processo, compreendido como instrumento privado de resolução de conflitos, dependia da esperteza do advogado em espiolhar nulidades, tidas como táticas protelatórias, instrumento de chicana. Em decorrência do excessivo rigor formal, de uma série infundável de nulidades positivadas no código e do princípio dispositivo, o juiz apenas verificava se a lei se aplicava ao caso concreto, em uma atuação mecânica da lei.

No extremo oposto, a socialização processual consistia em um juiz protagonista, ativo, autoritário e intérprete único da lei, dado que era dotado de privilégio cognitivo em relação às partes. Imbuído de poderes para atuar *ex officio*, o juiz conduzia todo o processo, relegando às partes papel passivo. A sentença do juiz era fruto do seu subjetivismo, fundamentada em argumentos metajurídicos, de sua convicção de vida. Nesse contexto, adotava-se o critério do prejuízo como uma tentativa de superação, ou ainda, de substituição das inúmeras nulidades previstas na lei processual. Assim, o juiz podia declarar nulidades *ex officio*, tendo como “limite” a existência do prejuízo.

Essas matrizes precisam ser superadas, porque após a promulgação da Constituição Federal de 1988, constituiu-se o Estado Democrático de Direito e, com ele, a compreensão do direito como legítimo a partir da co-originalidade entre autonomia pública e privada e, portanto, como resultado da participação do sujeito de direito como autor e destinatário da norma jurídica, de forma democrática.

Em outros termos, não mais se admite um processo com a prevalência de atuação do juiz, nem com a prevalência de atuação das partes: superada a concepção de processo como relação jurídica entre as partes e o juiz, em que uma parte tem o dever de sujeição e a outra o direito de impor essa sujeição em decorrência do direito subjetivo, e também superada a concepção da instrumentalidade do processo, que acredita nos “super-poderes” intuitivos do juiz (super-parte), o processo como garantia constitucional deve assegurar a comparticipação dos sujeitos processuais. O juiz tem o dever de oportunizar e garantir o contraditório e as

partes têm o direito ao contraditório, ou seja, de participar em simétrica paridade no processo, de forma a influir na decisão, a qual, por sua vez, não pode constituir uma surpresa para as partes.

A partir da concepção de processo como garantia e de sua adequação ao modelo constitucional de processo que se funda em uma base principiológica uníssona, na qual se garante o contraditório, a ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação das decisões de forma dependente e conexa, determina-se um pano de fundo para desconstruir as nulidades processuais de matrizes liberal e social e se estabelecer uma teoria das nulidades em conformidade com o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Estabelecem-se os parâmetros conforme a Constituição para a teoria da nulidade, mas sem se olvidar da própria especificidade desse paradigma, que se caracteriza por ser um projeto inacabado, sempre à espera do por vir, e que exige esforço hermenêutico em cada caso para solucionar as questões colocadas em discussão.

Destarte, ressalta-se que, apesar de se defender a teoria geral do processo – fundada no modelo constitucional de processo a partir das características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em que a base principiológica irá se expandir para se adequar a cada microsistema processual de acordo com as suas especificidades –, tem-se a consciência de que cada caso é único e de que, mesmo sendo estabelecidas as bases para uma teoria das nulidades, o critério finalidade-prejuízo para o reconhecimento das nulidades pelo juiz deve ser sempre discutido, argumentado e demonstrado em termos concretos, garantidos às partes o contraditório e a ampla argumentação.

Tomando como base teórica os autores da desconstrução das nulidades processuais de matrizes liberal e social – Ferreira (1963), Gonçalves (1993) e Passos (2002) –, em complementaridade com a teoria de Habermas (2003), a teoria do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006) e a teoria constitucionalista de processo, chegou-se aos parâmetros de uma teoria das nulidades adequada à Constituição Federal de 1988.

Nesse âmbito, conclui-se que as nulidades processuais são forma de controle do ato processual, de sua regularidade e de sua conformidade em relação ao modelo constitucional de processo. Portanto, nulidade é sanção cominada pelo juiz ao ato irregular desconforme a esse modelo, devendo o ato irregular, após a cominação da sanção de nulidade, ser refeito. Nestes termos, não se admitem no processo nulidades de pleno direito, já que nenhuma nulidade é automática e todas dependem sempre de reconhecimento pelo órgão julgador, após

a garantia às partes da ampla argumentação e contraditório sobre a irregularidade do ato e a sua desconformidade com o modelo constitucional de processo.

Além do mais, em decorrência do processo como garantia, as partes têm o direito de requerer o reconhecimento da nulidade pelo juiz de forma a controlar a própria regularidade do processo.

O reconhecimento da nulidade ocorre sempre em dois momentos: primeiro, é argüida e verificada a irregularidade do ato; depois, argumenta-se a sua desconformidade com as garantias do processo, para que o ato seja então reconhecido processualmente nulo pelo juiz. Esse reconhecimento deve estar sempre condicionado ao critério finalidade-prejuízo, devendo o prejuízo ser amplamente discutido e argumentado em cada caso concreto.

Como os sujeitos processuais têm o direito ao controle dos atos, o reconhecimento da nulidade pelo juiz está condicionado à participação efetiva das partes por meio do contraditório e da ampla argumentação na demonstração da existência do prejuízo (circunstância em que o ato não cumpriu a sua finalidade e, portanto, possa ser reconhecido processualmente como nulo) ou da inexistência do prejuízo (circunstância em que o ato cumpriu a sua finalidade e deve, por conseguinte, ser reconhecido processualmente como convalidado).

Ressalta-se que nesse espaço argumentativo em que se demonstrará a necessidade ou não de se reconhecer o ato irregular como ato nulo será também o espaço para argumentar quais atos processuais são dependentes desse ato irregular e se há ou não a necessidade de refazê-los diante da decisão que comine a sanção a esse ato irregular originário.

Ademais, as nulidades processuais como forma de controle da conformidade do ato ao modelo constitucional de processo não admite a distinção em nulidade absoluta e nulidade relativa, já que não existe ato relativamente desconforme ao modelo constitucional de processo. No mesmo sentido, a nulidade como sanção cominada pelo órgão julgador não admite que o juiz comine meia-sanção ao ato: ou se reconhece processualmente a nulidade, ou se reconhece processualmente a convalidação do ato.

Consequentemente, não existe nenhum critério distintivo entre nulidades absolutas e relativas. O ato que for processualmente reconhecido como nulo deve ser refeito; logo, os efeitos que se operam serão sempre *ex tunc*. O processo como garantia constitucional não admite que se resguarde interesse privado; portanto, o interesse será sempre de ordem pública.

Somando-se a isso, quando se pensa em um modelo constitucional de processo, torna-se visível que, se o ato processual for contrário a esse modelo, ele também será contrário à

Constituição, já que toda norma processual tem sua matriz principiológica na própria Constituição. Logo, toda norma que se resguarda no processo será constitucional. Além disso, todas as nulidades visam garantir o direito ao processo e, uma vez que o interesse é sempre público, elas podem e devem ser reconhecidas *ex officio* pelo juiz. Dessa forma, em relação à preclusão, a coisa julgada pode ser um limite preclusivo para as nulidades processuais. No entanto, ela nem sempre será o limite preclusivo, em decorrência do Estado Democrático de Direito, projeto inacabado e em constante construção pelos sujeitos de direito.

Por fim, conclui-se que, apesar de todas as nulidades poderem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, o seu reconhecimento exige sempre a garantia do contraditório prévio, em decorrência do papel que o juiz desempenha no processo (garantidor do contraditório entre as partes) e da própria compreensão do contraditório como influência e não surpresa a partir da conexão com os demais princípios da base uníssona.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 2.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estúdios de teoria general y historia del proceso (1945-1972)**. Tomo 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1050>>. Acesso em: 24 mar. 2009.
- ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 63-69. jul./set. 1997.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1997.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, arts. 154-269. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3/4, p. 89-154, 1º/2º sem. 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.16, n.62, p.135-200, jan. 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, Ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf> Acesso em: dez. 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. v. 1, p. 227-238.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre,

v. 1, n. 6, p. 131-148, 2008a.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1, p. 331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional de Processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 243-256.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-148.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Decreto-lei nº. 1608 de 18 de setembro de 1939. 3 ed. São Paulo: Empresa Panap, 1940.

BRASIL. **Código penal: Código de processo penal; Legislação penal e processual penal; Constituição Federal**. Organizador: Luiz Flávio Gomes. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Novo Código de Processo Penal**: PLS nº. 156/2009. 2009a. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: ago. 2010.

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organizador: Anne Joyce Angher. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. 8ªed. São Paulo: Rideel, 2009b.

BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: dez. 2010.

BUZUID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de processo civil**. Rio de Janeiro, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: v. 2: Atti del processo. Padova: A. Milani, 1938.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**: volume 3: da estrutura do processo. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v.3, p. 473-486, maio 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: volume 3: a relação processual ordinária de cognição (continuação). São Paulo: Saraiva, 1945.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, p. 95-150. abr./jun. 1998.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. p. 653-663.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas C.; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: DIAS, Ronaldo Brêtas C.; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, Antonio Bento de. **Nulidades em matéria criminal no processo e julgamento**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1960.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Ano 14, n.3, p. 29-38, out. 1963.

FREITAS, Jose Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais a luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.213-238.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

LAGES, Cíntia Garabini. **A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. 2002. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 133f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo

civil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.2, n.3/4 , p.229-235, 1º/2º sem. 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**, Belo Horizonte, v.1, p.59-78, jan./jun. 2004a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: volume 5: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual: processo, ação e jurisdição em** Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. Porto Alegre: Síntese, 2004b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: 1984.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; BARROS, Flaviane de Magalhães. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo sobre a mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 2, p. 72-85, 2010. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/92.pdf>>. Acesso em: dez. 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MEDINA, Paulo. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos: 2003. p. 163-235.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 43-56.

NEGRI, André del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**, Belo Horizonte, v.1, p. 39-55, jan./jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5/6, p. 161-169, 1º/2º sem. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 189-225.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Flávio Pâncaro da. Prólogo à 2. ed. In: LACERDA, Galeano. **Despacho saneador**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.115-143.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à**

defesa. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigos_view2.asp?cod=94>. Acesso em: Jul. 2010.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 103, p. 156-174, jul./set 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Prazos e nulidades em processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v.2.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro**: novo enfoque e comentário. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.1, p.90-107, 1ºsem. 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.