

AS NULIDADES PROCESSUAIS E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL PROCEDURAL NULLITIES AND THEIR CONSTITUTIONAL ADEQUACY

Débora Carvalho Fioratto*

Resumo

O presente artigo tem 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.

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

* Mestre em Direito Processual pela **PUC Minas**; Pesquisadora-orientadora no Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo, vinculado à Faculdade Mineira de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas; Professora de Processo Penal da PUC Minas; Bacharel em Direito pela PUC Minas; Sócia Fundadora e membro do Conselho Deliberativo do IHJ/MG; Licenciada em Letras pela UFMG. Belo Horizonte/MG. fiorattodebora@hotmail.com

Abstract

This essay 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.

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

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 infundáveis 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 dilatório) 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.

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. 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 gradação 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.

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 está 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.

No Estado Democrático de Direito, 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.

Pretende-se, portanto, 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 processuais adequada ao contexto democrático a partir da compreensão do papel das partes e do juiz, ou seja, da participação processual, uma vez que as nulidades são formas de controle dos atos processuais e de sua conformidade com o modelo constitucional de processo.

2 NULIDADES PROCESSUAIS: 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).

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, exhaustivamente demonstra as características desse processo:

O processo era mais uma congérie 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 protelação 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).

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

positivação 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).

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 gradação 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 pública” (tradução minha).

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) 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 inúmeras 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 Klein 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).

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 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.

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 hipótese para, depois, buscar a prova que irá fundamentar a sua decisão. Cordero (2000, p. 19, tradução minha), a partir de sua teoria sobre o “primado das hipóteses sobre os fatos”, define o “quadro mental paranoico” do juiz, ao afirmar que, “soberano da situação, o inquisidor elabora hipóteses dentro de um campo paranoico”. Surge com a gestão da prova no sistema inquisitório, a possibilidade de o juiz inquisidor buscar aquelas que irão fundamentar e confirmar a decisão prévia e mentalmente imaginada por ele.

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).

A gestão da prova pelo juiz, que busca, incansavelmente, a “sua” verdade real, é marco característico do sistema inquisitório e legitima o seu protagonismo no processo. 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).

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.

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) (Projeto de Lei nº. 8046/2010), 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 Lei 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.

3 RELEITURA DO PROCESSO A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

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.

A problemática advinda com a visão instrumentalista do processo, propagada por 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 procedimento, e o que irá distingui-los é a presença do contraditório. Essa estrutura dialética consiste

[...] 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 emanção 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 (2003) na perspectiva do sujeito de direitos ao se apropriar da contribuição de Fazzalari (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 Dinamarco (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 precípua reforçar o papel dos juízes e enfraquecer a atuação das partes e, conseqüentemente, não se adéqua ao Estado Democrático de Direito.

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 Constituição 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-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das **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).

Sendo assim, a teoria de Fazzalari deve ser complementada pela teoria Constitucionalista, para a compreensão do processo e do contraditório como garantias constitucionais.

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, 2010), está em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

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 processo 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).

O processo como garantia constitucional, advindo de uma interpretação 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, 2006). A Constituição, portanto, desempenha um importante papel, visto que torna o processo constitucional e democrático, estabelecendo princípios que constituirão a garantia do devido processo constitucional.

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, 2006).

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.

4 TEORIA DAS NULIDADES ADEQUADA AO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

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 microsistema, 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.

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 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 a controlar a regularidade do processo e o respeito ao modelo constitucional de processo” (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.** [...] (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 afeta 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.

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.

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 microssistema 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.

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, 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 feito, 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.

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 microsistema 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 comparticipação (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 sempre¹ 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 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

¹ 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 microsistema 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.

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.

4.1 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 constitucional, 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, 2008). 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 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.

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 partes, 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 estática, 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, 2008).

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 comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões” (NUNES, 2008, p. 173).

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

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 da proposta de Novo 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 não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (Projeto de Lei nº. 8.046/2010).

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.

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.

Em relação ao papel desempenhado pelo juiz, não se espera que ele 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 co-relação com os princípios da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões.

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, garantidor do contraditório.

Consequentemente, 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.

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. 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.

5 CONCLUSÃO

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.

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.

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

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; 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.

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. 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.

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. **Novo Código de Processo Civil: Projeto de Lei nº. 8.046/2010**. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: jun. 2013.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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.

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, 2003. v. 2.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

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. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009.

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.

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.

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.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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.

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.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro**: novo enfoque e comentário. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.