

**AS NULIDADES PROCESSUAIS E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹**

***PROCEDURAL NULLITIES AND THEIR CONSTITUTIONAL ADEQUACY IN THE
NEW CIVIL PROCEDURE CODE***

Débora Carvalho Fioratto

Doutoranda em Processo pela PUC MINAS; 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. Belo Horizonte/MG.
fiorattodebora@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como eixo central o estudo das nulidades processuais no novo Código de Processo Civil 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

¹ Artigo recebido em 21/06/2016 e aprovado em 18/08/2016.

processual; Estado Democrático de Direito; Modelo Constitucional de Processo; Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT: This essay focuses on procedural nullities in the new Civil Procedural Code 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.

KEYWORDS: Procedural Nullities; Liberalism of procedural law; Socialization of procedural law; Democratic rule-of-law state; Constitutional model of process; New Civil Procedure Code.

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 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.

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 microsistema 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 microsistema processual. Encontram-se na doutrina, portanto, autores que conceituam nulidade como vício², outros que tentam inovar conceituando-a como defeito ou imperfeição, mas que, na verdade, também não conseguem se desvencilhar da concepção de nulidade como vício³, alguns que conceituam nulidade como atipicidade constitucional⁴ e, finalmente, aqueles que a conceituam como sanção⁵.

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

² LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990; 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; SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³ MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987; 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; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ 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. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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 o Código de Processo Civil de 1973 estava inserido no contexto da socialização processual, extremo oposto do contexto do liberalismo processual e, ao se analisar as normas que tratam das nulidades no CPC2015, constatou-se que a redação dessas normas mantém-se basicamente a mesma.

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 dessa matriz da socialização do processo ainda presente no Novo Código de Processo Civil, visto que a redação das normas referentes às nulidades mantém-se praticamente inalterada, se comparada com o CPC1973.

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 espectador⁶.

⁶ 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.

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 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 interêsse 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*)⁷.

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 Campos⁸ 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”⁹.

⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**: Decreto-lei nº. 1608 de 18 de setembro de 1939. 3 ed. São Paulo: Empreza Panap, 1940, p. 254-255).

⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil** ... cit., p. 268.

⁹ 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, 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”¹⁰.

Logo, o que se verificava era uma aversão às nulidades¹¹, 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*)¹².

As nulidades processuais no contexto do liberalismo eram sempre previstas por determinação específica da lei, que estabelecia especificamente os requisitos necessários para cada ato¹³ 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 vencedora¹⁴.

¹⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil...** cit.,p. 268.

¹¹ MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Nulidades no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 23-24.

¹² BRASIL. **Código de Processo Civil...** cit.,p. 268, grifo meu.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: v. 2: Atti del processo. Padova: A. Milani, 1938, p. 504.

¹⁴ 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**:

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.”¹⁵.

Nesse sentido, Marques¹⁶ 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 Castillo¹⁷, 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).

Campos priorizava, portanto, na Exposição de Motivos do CPC39, 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”¹⁸.

Aragão¹⁹ defende que a legislação processual civil “se libertou dessa errônea concepção”, qual seja, a de descrever exaustivamente os casos de nulidade, ao utilizar

terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 51.

¹⁵ 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, p. 45.

¹⁶ 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, p. 143.

¹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general y historia del proceso (1945-1972)**. Tomo 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 102.

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**... cit., p. 268.

¹⁹ 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.

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 vezo de se considerar o estudo das nulidades do processo orientado pelas mesmas regras vigentes para o Direito Material²⁰.

Para que essas mudanças fossem efetivadas, era imprescindível também, segundo Campos²¹, mudar a função desempenhada pelo juiz no processo, que passaria a ser ativa e autoritária.

A direção do processo deve caber ao juiz; a êste 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 êste 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*)²².

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

²⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil...** cit., p. 340.

²¹ BRASIL. **Código de Processo Civil:** Decreto-lei nº. 1608 de 18 de setembro de 1939. 3 ed. São Paulo: Empresa Panap, 1940.

²² BRASIL. **Código de Processo Civil...** cit., p. 258-259.

oralidade²³.

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”²⁴. Moreira 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.

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”²⁵. 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 sanção²⁶, 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 processo²⁷.

Moreira²⁸ ressalta, contudo, que intensificar o papel do juiz não significa minimizar

²³ 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.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno... cit., p. 51.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno... cit., p. 52.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno... cit., p. 54.

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 o Código de Processo Civil (1973) estava 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 do Código de Processo Civil (1973) (Projeto de Lei nº. 8046/2010), por ser considerado inadequado ao contexto democrático. No entanto, especificamente no estudo das nulidades processuais, a nova redação das normas _ cópia praticamente fidedigna do CPC1973_ que tratam das nulidades processuais na Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) 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 avanço quando o CPC2015 prevê o contraditório prévio (dever de consulta) 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”²⁹. É visível que Dinamarco³⁰ (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, 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”³¹. 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 ato³².

²⁹ 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, p. 44.

³⁰ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual...** cit., p. 98.

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual...** cit., 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”³³.

Elio Fazzalari³⁴ foi o responsável pela renovação do conceito de procedimento e processo no Direito Processual. Segundo Fazzalari³⁵, 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 resultados³⁶.

A própria noção do Estado Democrático de Direito, pela visão procedimentalista de Habermas³⁷ na perspectiva do sujeito de direitos ao se apropriar da contribuição de Fazzalari³⁸, elucida as críticas formuladas por Gonçalves³⁹ ao processo como relação jurídica. O papel do juiz como “*super-parte*” e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermetica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 262-263.

³⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

³⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...** cit., 2006.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual...** cit., p. 112.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

³⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...** cit., 2006.

³⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

sujeito passivo no processo foram importados ao instrumentalismo processual de Dinamarco⁴⁰. Logo, as críticas também se estendem ao instrumentalismo: não se poderia pensar em um efetivo contraditório, porque a ideia de contraditório para Dinamarco⁴¹ 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 Fazzalari⁴² 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 jurisdicional⁴³.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...** cit., 2006.

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. São Paulo: Forense, 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 e, da teoria Procedimentalista de Habermas 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 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”⁴⁴ 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, está em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

O modelo constitucional de processo que teve como precursor Andolina e Vignera⁴⁵ deve ser compreendido para sua efetiva apropriação com vistas à defesa de uma teoria geral do processo fundada em uma base principiológica uníssona⁴⁶.

O modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera⁴⁷ 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

⁴⁴ 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. 245.

⁴⁵ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1997.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1997.

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)⁴⁸.

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 1988⁴⁹. 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 Fazzalari⁵⁰ 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 processo⁵¹.

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

⁴⁸ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile...** cit., p. 9-11.

⁴⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas... cit., p. 227-238.

⁵⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...** cit., 2006.

⁵¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas... cit., p. 227-238.

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”⁵² 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 Gonçalves⁵³ e Passos⁵⁴, 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”⁵⁵.

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 processual⁵⁶, porque a nulidade só pode ser reconhecida pelo órgão julgador “no

⁵² BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 248.

⁵³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

⁵⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁵⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 248.

⁵⁶ 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. **Nulidades 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 construída⁵⁷ 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”⁵⁸. 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 providimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas. [...]**⁵⁹.

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 poder⁶⁰ através da concepção do policentrismo⁶¹.

A meta do exercício compartilhado e controlado do poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes,

processo...cit.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

⁵⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 248.

⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 248.

⁵⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit., p. 159, grifo meu.

⁶⁰ 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, p. 147.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

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 julgamento⁶².

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 momentos⁶³: 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 partes⁶⁴.

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 prejuízo⁶⁵.

Os critérios que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz é o da finalidade e o do prejuízo⁶⁶. 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

⁶² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória... cit., p. 147-148.

⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

⁶⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.

⁶⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 248.

⁶⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

fins, no sentido de garantir as bases do processo constitucional”⁶⁷ e, a “ausência de prejuízo, significando que a irregularidade do ato não prejudicou as garantias do processo”⁶⁸. O que se verifica é que ambos os critérios são convergentes, complementam-se⁶⁹. 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 destes⁷⁰.

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 Fazzalari⁷¹.

⁶⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.

⁶⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.

⁶⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

⁷⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 249.

⁷¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...** cit., 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 processuais⁷².

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.

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

⁷² BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.

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 anulação⁷³.

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 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 forma⁷⁴.

A distinção quanto ao interesse que se resguarda (público ou privado) também foi sabiamente criticada e desconstruída por Gonçalves⁷⁵ e Passos⁷⁶ 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.

⁷³ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit., p. 249.

⁷⁴ 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. **Nulidades no processo...**cit.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

⁷⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.
PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

Também não há margem para a distinção das nulidades em decorrência da norma que se resguarda – constitucional ou infraconstitucional⁷⁷. 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 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 qualificativos⁷⁸.

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 comparticipação⁷⁹ 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

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 38.

⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

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 sempre⁸⁰ 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 Passos⁸¹ 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”⁸².

⁸⁰ 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 deste artigo, 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.

⁸¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit., p. 135.

⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit., 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 prejuízo⁸³.

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 decisão⁸⁴.

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

⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit., p. 137, grifo do autor.

⁸⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Nulidades e Modelo Constitucional...* cit., p. 250.

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 decisão⁸⁵. 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, que tem a função precípua de oportunizar o contraditório entre as partes.

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

⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

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 constitucionais⁸⁶.

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”⁸⁷.

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 do 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” (Lei 13.105/2015).

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”⁸⁸, ao próprio processo como garantia.

⁸⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit., p. 173.

⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit., p. 174.

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 juiz⁸⁹, 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”⁹⁰.

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 processo⁹¹.

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.

⁸⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit., p. 177.

⁹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **Nulidades e Modelo Constitucional...** cit., p. 249.

5 NULIDADES E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COMENTÁRIOS CRÍTICOS DE CADA ARTIGO

A Lei Ordinária nº. 13.105/2015 visa adequar as normas processuais civis à Constituição Federal de 1988. Em relação às nulidades processuais, em que pese a redação destas normas, sob o título *Das Nulidades*, manter-se praticamente inalterada se comparada com o CPC de 1973 e com o CPC de 1939, adverte-se que o Novo Código de Processo Civil foi elaborado e publicado no contexto democrático, necessitando um novo olhar sobre o conceito, classificação e tratamento dado às nulidades processuais, a partir da observância do princípio do contraditório prévio ou dever de consulta, (art. 10 do NCPC) e da participação e policentrismo processual⁹².

Deve-se interpretar o Novo CPC a partir da Constituição Federal de 1988, que assegura um modelo constitucional de processo, que se funde com a própria compreensão de nulidades processuais, como forma de controle dos atos processuais praticados ou não praticados no processo pelos sujeitos processuais⁹³, levando em consideração o conteúdo principiológico destes atos processuais, e não apenas a questão formal (formalidade prescrita em lei), para o reconhecimento da nulidade pelo órgão jurisdicional⁹⁴.

Verifica-se que a manutenção de terminologia ultrapassada no Novo CPC poderá levar o operador do direito a (ainda) manter a falaciosa concepção de que existe nulidade de pleno direito (*É nulo o processo*), ou seja, nulidade automática no direito processual ou mesmo a crer que a nulidade é imanente ao ato defeituoso, ao se confundir nulidade com vício e classificá-la em absoluta e relativa a partir do critério da gradação da gravidade do vício.

O conceito, a classificação e o tratamento das nulidades processuais no contexto democrático precisa(va) de um novo olhar, de uma revisitação neste Novo CPC. No entanto, diante da inércia do legislador em enfrentar tema tão difícil e complexo, cabe uma interpretação lógico-sistemática deste instituto (nulidades reconhecidas de ofício pelo julgador) a partir de sua conexão com o princípio do contraditório.

⁹² NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

⁹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. **Nulidades e Modelo Constitucional...** cit.

⁹⁴ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

O contraditório, como direito de ser previamente ouvido, apresenta diversas abordagens ao longo dos sistemas processuais (Liberalismo Processual – contexto anterior ao CPC 39, Socialização Processual – CPC39 e CPC73 e Estado Democrático de Direito – pós CF/1988), em termos semânticos: (i) mera bilateralidade de audiência, como direito de ação e reação sem qualquer influência na decisão do juiz; (ii) direito de participação em simétrica paridade de armas na construção da decisão de modo a influenciar o juiz no momento da fundamentação de sua decisão; (iii) influência e não surpresa⁹⁵, exigindo que o juiz só decida se, e somente se, oportunizar o contraditório, independente da matéria ser de conhecimento oficioso, de modo que a decisão não seja uma surpresa para as partes e estas efetivamente tenham participado/influenciado o julgador na formação de seu “convencimento”. O julgador tem o dever de fundamentar suas decisões, de oportunizar o contraditório – prévio ou diferido – mesmo nas matérias de conhecimento oficioso (art. 10 NCPC), e se estas garantias forem desrespeitadas, o instituto das nulidades processuais, como forma de controle dos atos praticados no desenvolvimento do iter procedimental, efetivará o devido processo constitucional.⁹⁶

Não fossem suficientes a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito para que as normas processuais, independente do contexto de publicação dos Códigos de Processo do ordenamento jurídico brasileiro, passassem a ser interpretadas/compreendidas em conformidade com as normas constitucionais, o Novo Código de Processo Civil, por opção legislativa, trouxe um rol não exaustivo de princípios e regras, em seu Capítulo I intitulado *DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL*, demonstrando expressamente que o contexto da aplicação do CPC é democrático e a Constituição Federal de 1988 é a moldura para a interpretação de toda norma infraconstitucional. É a partir desta moldura (CF1988) e dos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC⁹⁷ que as normas referentes às nulidades processuais são comentadas e interpretadas.

⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo...** cit.

⁹⁶ Conferir FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

⁹⁷ CARTA DE BH: Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. In: **IV ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS** em Belo Horizonte/Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://prestandoprova.blogspot.com.br/2015/05/enunciados-do-fppc-sobre-o-novo-cpc.html>>. Acesso em 17 de março de 2015.

Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

O processo enquanto procedimento em contraditório⁹⁸ é uma cadeia de atos em que os subsequentes são pressupostos dos antecedentes e estes atos devem observar os requisitos de existência e validade (formalidades) previstos na lei, objetivando o provimento final (sentença). Dessa maneira, para que não haja nulidade, as formas e formalidades dos atos processuais devem ser observadas pelos sujeitos processuais.

Sabe-se que sempre existiu um embate entre aqueles que defendiam a necessidade das formas, exigindo a irrestrita vinculação dos atos às formas prescritas na lei e aqueles que defendiam que o processo não poderia ser sacrificado à custa da observância delas, exigindo a irrestrita liberdade das formas.

O *sistema da legalidade das formas*, para o reconhecimento da nulidade no *liberalismo processual* (contexto anterior ao CPC39), não deixava espaço para a discricionariedade do juiz, vez que este apenas aplicava a lei, sem nada interpretar, declarando a nulidade sempre que a produção de um ato inobservasse a forma prescrita em lei. 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. Esse processo caracterizado pela luta, pelo jogo entre as partes, teve como principais aliadas as nulidades processuais enquanto táticas protelatórias, instrumento de chicana, uma vez que havia uma irrestrita vinculação dos atos às formas estabelecidas pela lei e, portanto, uma infundável positividade das nulidades nos códigos.

As nulidades processuais, no contexto do liberalismo, eram sempre cominadas, previstas por determinação específica da lei, que estabelecia especificamente os requisitos necessários para cada ato 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 (espiolhadores de nulidades) controlavam todo o trâmite do processo. Nesse contexto, o sistema das nulidades tinha como objetivo preservar o interesse das partes. A nulidade era compreendida como vício intrínseco ao ato, justamente porque o juiz ficava adstrito à alegação da parte, devendo, de forma mecânica, verificar se a nulidade positivada

⁹⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito...* cit., 2006.

na lei se aplicava ao caso em análise, ainda que não decorresse nenhum prejuízo para as partes e os atos praticados fossem absolutamente aptos à finalidade a que o processo os destinava⁹⁹.

O *sistema da instrumentalidade das formas*, adotado na **socialização processual**, (contexto do CPC39 e CPC73) garante ao juiz interpretar as irregularidades dos atos processuais e determinar-lhes as consequências jurídicas, excepcionando as formas prescritas em lei sempre que ausente o prejuízo e desde que o ato atinja a sua finalidade. 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 são compreendidas como sanção, 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. Em que pese a regra ser a observância da forma prescrita em lei para a prática do ato, esta regra é excepcionada sempre que não decorra nenhum prejuízo para as partes e desde que os atos praticados sejam absolutamente aptos à finalidade a que o processo os destina¹⁰⁰.

A manutenção (adoção) do sistema da instrumentalidade das formas e a classificação das nulidades em absolutas e relativas possibilita uma abertura discricionária à interpretação jurisdicional no contexto do **Estado Democrático de Direito**. Para controlar a atuação solipsista e *ex officio* do juiz é imprescindível que este oportunize o contraditório prévio para que sua decisão seja legítima, visto que a interpretação compartilhada do direito garante uma decisão racional, já que construída com a participação das partes que sofrerão os efeitos do provimento final.

A norma prevista neste art. 276 CPC2015 corresponde ao art. 243 CPC/73. A parte que praticou o ato processual sem observar as formalidades prescritas na lei não poderá arguir o vício, o defeito deste ato objetivando o reconhecimento da nulidade pelo julgador. A parte que deu causa à irregularidade ou ao vício do ato, não pode arguir a nulidade. Caso contrário, o trâmite processual regular teria como óbices a própria nulidade e o interesse privado da parte, já que a construção do procedimento válido seria obstada pela atuação da parte e nunca haveria o provimento final.

⁹⁹ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

¹⁰⁰ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

Contudo, em relação às nulidades processuais cominadas pelo legislador, enquanto forma de controle dos atos processuais e de sua regularidade e conformidade ao modelo constitucional de processo (conteúdo principiológico que informa o processo civil), a parte não deve apenas arguir o vício processual, mas sim requerer o reconhecimento da nulidade em decorrência do direito dos sujeitos processuais a controlar a regularidade do processo e sua conformidade ao modelo constitucional de processo. Ademais, “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”¹⁰¹. O direito de arguir o vício e requerer o reconhecimento da nulidade pelo juiz decorre da própria concepção de contraditório enquanto garantia de participação das partes em simétrica paridade de armas e da ampla defesa. Dessa maneira, deve-se garantir o direito dos sujeitos processuais a controlar os atos processuais praticados e, somente após o debate em contraditório demonstrando o prejuízo ou o não cumprimento da finalidade do ato que o julgador poderá ou não reconhecer a nulidade do ato defeituoso. Isso porque, o próprio julgador, *ex officio*, pode reconhecer nulidades no direito processual, desde que observada a norma presente no art. 10 NCPC¹⁰².

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Nulidade: vício x sanção

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 nulo¹⁰³.

¹⁰¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit., p. 135.

¹⁰² FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

¹⁰³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.

Nulidade: forma de controle do ato processual, de sua regularidade e de sua conformidade em relação ao modelo constitucional de processo¹⁰⁴. 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 refeito¹⁰⁵.

Nulidade x Inexistência:

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.

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 arguida 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”¹⁰⁶.

A norma prevista neste art. 277 CPC2015 corresponde ao art. 244 CPC/73 e disciplina a instrumentalidade das formas e sua correlação ao princípio da finalidade. Acrescenta-se que este dispositivo deve ser interpretado de maneira lógico-sistemática com a norma do art. 283, parágrafo único, CPC2015, que explicita o princípio do prejuízo.

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.

Por opção de política legislativa, o legislador cominou sanção de nulidade aos atos viciados, defeituosos, irregulares, ou seja, aqueles atos praticados em desconformidade com a forma prescrita em lei, fixando, contudo, limites (princípios da finalidade e do prejuízo) para que o julgador pudesse reconhecer a nulidade deste ato ainda que eivado de vício na forma.

¹⁰⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.

¹⁰⁵ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit., p. 76.

Caso o ato defeituoso, viciado, irregular tenha atingido o fim para o qual ele foi realizado, o julgador não poderá retirar a eficácia do ato.

Ressalta-se que, no Estado Democrático de Direito, com o objetivo de afastar a interpretação discricionária por parte dos julgadores, deve-se desvincular o reconhecimento das nulidades processuais à mera inobservância da forma/formalidade dos atos prescrita na lei e deve-se atrelar o seu reconhecimento ao conteúdo principiológico, de maneira que a discussão do prejuízo e da finalidade abranja, de forma conexa, a violação às garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões que devem estar presentes em todo e qualquer processo civil constitucional¹⁰⁷.

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

Classificação das nulidades: nulidades de pleno direito; nulidades sanáveis e insanáveis; nulidades relativas e absolutas; nulidades e anulabilidades.

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.

Crítica a manutenção da classificação das nulidades:

- i) Impossibilidade de existir um ato “relativamente” desconforme ao modelo constitucional de processo
- ii) Inexiste 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.

a) Graduação da gravidade do vício:

Vício/nulidade insanável corresponde à nulidade absoluta e vício/nulidade sanável corresponde à nulidade relativa.

¹⁰⁷ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

Crítica: Nulidade não é vício e nem defeito do ato. A vinculação da gradação de vícios na classificação das nulidades significa afirmar que nulidade é vício e, portanto, as normas processuais são automáticas (nulidade de pleno direito) e que não há necessidade de um processo (procedimento em contraditório) para que o órgão jurisdicional possa reconhecer a nulidade do ato defeituoso.

“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”¹⁰⁸.

b) Natureza da norma:

As nulidades são classificadas em razão do interesse que a norma jurídica violada protege. Se a norma resguarda interesse público, trata-se de nulidade absoluta, se a norma protege interesse privado das partes, trata-se de nulidade relativa.

Crítica: a garantia do processo e do próprio contraditório estão 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, o modelo de processo não pode ser constituído visando resguardar o interesse privado das partes.

c) Efeitos produzidos:

Nulidade absoluta opera os efeitos *ex tunc*. Nulidade relativa opera os efeitos *ex nunc*.

Crítica: se o ato irregular for reconhecido nulo pelo julgador, ele deve ser refeito, operando sempre os efeitos *ex tunc*.

d) Legitimação e momento (Cominação legal):

Nulidade absoluta pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz e pelas partes na primeira oportunidade de falarem nos autos, sob pena de preclusão.

Nulidade relativa somente pode ser arguida pela parte na primeira oportunidade de falar nos autos, sob pena de preclusão e desde que não tenha dado causa à nulidade.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit., p. 89

Gonçalves¹⁰⁹ defende que este é o único critério que deve ser admitido no direito processual: as nulidades 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 momento processual adequado e opera a preclusão.

Crítica: 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 (processo civil, processo penal, processo do trabalho, processo administrativo, processo legislativo)¹¹⁰.

Ademais, uma vez que a prática dos atos processuais não visa resguardar interesse exclusivo das partes, o instituto da preclusão não ocorre no direito processual, perdurando a oponibilidade¹¹¹.

A norma prevista neste art. 278 CPC2015 corresponde ao art. 245 CPC/73 e disciplina o instituto da preclusão e o momento processual adequado para que a parte possa arguir o vício, o defeito do ato processual praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo.

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. 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. Ademais, a arguição da irregularidade do vício pode ser feita a qualquer momento, mas o julgador só reconhecerá a nulidade se demonstrado/provado o prejuízo e se o ato não tiver atingido a

¹⁰⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.

¹¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.; FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

¹¹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit.

finalidade de resguardar as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões.

Apesar deste art. 278 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, Passos¹¹² 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”. Essa norma deve, portanto, ser interpretada a partir da Constituição, visto que o legislador apenas copiou o capítulo *das nulidades* do CPC1973 no Novo Código de Processo Civil, sem enfrentar este complexo tema, deixando ao arbítrio do julgador a produção de sentido destas normas, visto que não há entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência quanto ao conceito, classificação e tratamento das nulidades.

Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

A norma prevista neste art. 279 CPC2015 corresponde ao art. 246 CPC/73. O Ministério Público deverá intervir no processo como *custos legis* sempre que houver previsão na lei ou na Constituição e nos processos que tratem de interesse público ou social, de interesse de incapaz e de litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, conforme explicita o art. 178CPC2015.

¹¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades...** cit., p. 136.

Em que pese a expressão “*É nulo*”, no direito processual não existe nulidade automática, de pleno direito. Logo, todo ato defeituoso, ou seja, praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo, deve ser reconhecido nulo pelo julgador, tendo como limites os princípios da finalidade e do prejuízo. Dessa maneira, ainda que haja previsão expressa de que os atos deverão ser refeitos após o reconhecimento da nulidade pelo julgador, essa decisão sobre a convalidação ou repetição do ato somente pode ocorrer após a abertura do contraditório prévio para que este sujeito processual, cuja participação no processo não foi observada, demonstre a existência ou inexistência do prejuízo.

Nulidade e contraditório prévio (dever de consulta):

O art. 10 NCPC 2015 que impõe o dever de consulta aos sujeitos processuais sobre qualquer matéria que seja relevante para a solução da causa, ainda que de conhecimento oficioso pelo julgador e que impossibilita a decisão surpresa – contraditório como influência e não surpresa encontra-se repetida em outros dispositivos do NCPC (Art. 493 e parágrafo único; art. 933; art. 927, §1º).

Privilegia-se o contraditório prévio para que a decisão de conhecimento oficioso pelo juiz seja legitimada pela participação efetiva dos sujeitos processuais, possibilitando a interpretação compartilhada do direito.

Em relação à uniformização de jurisprudência, ou seja, na formação dos precedentes, tanto os juízes quanto os tribunais devem observar o contraditório prévio enquanto dever de consulta e proibição de decisões surpresa, contraditório compreendido como influência e não surpresa. A norma prevista no art. 10 deve ser observada no momento da decisão e da formação do precedente.

Ressalta-se que a não observância do dever de consulta e a prolação de decisão surpresa viola o contraditório enquanto influência e não surpresa de maneira que este ato processual (decisão) estará eivado de vício que deverá ser reconhecido nulo, em decorrência do evidente prejuízo. As nulidades processuais enquanto forma de controle dos atos processuais se fundem com a própria concepção de processo enquanto garantia constitutiva de direitos fundamentais.

Esta alteração no Título III *DAS NULIDADES* no Novo CPC2015 merece ser destacada. O art. 279CPC2015 dispõe que o juiz deverá reconhecer a nulidade do ato ou mesmo do processo sempre que o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Em que pese esta decisão ser de conhecimento oficioso e podendo o julgador invalidar todos os atos a partir do momento que o MP deveria ter sido intimado dos atos processuais, foi acrescentado o §2º neste dispositivo informando que o reconhecimento da nulidade dependerá sempre da intimação do Ministério Público para se manifestar sobre o prejuízo advindo de sua não intervenção no feito. Possibilita-se um incidente processual para que se oportunize/garanta o contraditório prévio ao Ministério Público enquanto fiscal da lei.

Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais.

A norma prevista neste art. 280 CPC2015 corresponde ao art. 247 CPC/73. A comunicação dos atos processuais aos sujeitos processuais deve seguir as formalidades previstas na lei. Ressalta-se a impropriedade da expressão “*serão nulas*”, herdada do direito material, já que não existe nulidade automática no direito processual. Em decorrência da instrumentalidade das formas, ainda que a citação ou intimação seja praticada em desconformidade com a prescrição legal, se o réu comparece em audiência, apresenta defesa, enfim, pratica atos demonstrando que aquela comunicação, mesmo que irregular, defeituosa, viciada, cumpriu a sua finalidade e, portanto, não gerou prejuízo para a defesa da parte, não haverá necessidade de reconhecer a nulidade da citação ou intimação. Por isso a importância dos princípios (critérios) que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz e a necessidade de o julgador oportunizar o contraditório prévio ou dever de consulta às partes para que, por meio de um incidente processual, elas manifestem sobre o binômio finalidade-prejuízo, para que o julgador decida sobre a convalidação ou repetição do ato irregular.

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

A norma prevista neste art. 281 CPC2015 corresponde ao art. 248 CPC/73. 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 defeito¹¹³.

Dois enunciados sobre o tema foram aprovados no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que ocorreu em Belo Horizonte, no final do 2º semestre de 2014.

Enunciado n.º 276 do FPPC: Os atos anteriores ao ato defeituoso não são atingidos pela pronúncia de invalidade. (Grupo: Competência e invalidades processuais)

Enunciado n.º 277 do FPPC: Para fins de invalidação, o reconhecimento de que um ato subsequente é dependente de um ato defeituoso deve ser objeto de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas. (Grupo: Competência e invalidades processuais)¹¹⁴.

Em relação ao controle dos atos processuais pelas partes e pelo juiz para a adequação da teoria das nulidades ao processo como garantia constitucional, a cognição sobre a irregularidade de um ato e a demonstração do prejuízo e do não cumprimento de sua finalidade deve ser oportunizado pelo julgador (dever de consulta) para que as partes participem da construção da decisão de reconhecimento ou de convalidação do ato irregular. As partes, enquanto sujeitos de direito, são coautoras e destinatárias da decisão do julgador.

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 consequente¹¹⁵.

Para que a decisão não seja o produto de uma interpretação única e subjetivista do juiz e seja adequada ao caso concreto, garante-se a fundamentação das decisões às partes. Não obstante, essa fundamentação deve refletir os argumentos debatidos pelas partes em

¹¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo...**cit.

¹¹⁴ CARTA DE BH: Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. In: **IV ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS** em Belo Horizonte/Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://prestandoprova.blogspot.com.br/2015/05/enunciados-do-fppc-sobre-o-novo-cpc.html>>. Acesso em 17 de março de 2015.

¹¹⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional... cit.; FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

contraditório sobre o ato irregular originário (a (des) necessidade do reconhecimento da nulidade) e os atos subsequentes que dele dependam e, portanto, também devam ser reconhecidos como nulos e refeitos, visto que os legitimados ao processo e, por conseguinte, ao provimento, têm a garantia de uma ampla argumentação e têm, portanto, o direito de influir na decisão, a qual, destarte, não pode representar uma surpresa para os afetados pelo provimento fina¹¹⁶.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

Ler comentários ao art. 281. A norma prevista neste art. 282 CPC2015 corresponde ao art. 249 CPC/73.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

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

Em relação aos enunciados aprovados no FPPC em Belo Horizonte, importante destacar também o *Enunciado n.º 279 do FPPC: Para os fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação a norma constitucional. (Grupo: Competência e invalidades processuais)* e o *Enunciado n.º 278 do FPPC: O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos. (Grupo: Competência e invalidades processuais)*¹¹⁷.

Nulidade e princípio do prejuízo (pas de nullité sans grief):

O critério do prejuízo e a sua aferição são fundamentais para o reconhecimento da nulidade processual. Não basta que o prejuízo seja apenas potencial, presumido, decorrente de inobservância de forma ou formalidade prescrita em lei; 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, para que o ato irregular seja reconhecido como nulo, deixando de produzir seus efeitos e possa ser refeito. Para tanto, os sujeitos

¹¹⁶ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

¹¹⁷ CARTA DE BH: Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis... cit.

processuais devem arguir a irregularidade do ato e argumentativamente comprovar a existência ou não desse prejuízo para a sua atuação no processo constitucional.

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 parte alegue a nulidade, ela não será pronunciada pelo juiz. Os sujeitos processuais têm o direito ao controle dos atos processuais e 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.

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 somente mediante a constatação do prejuízo para a atuação da parte ou para o próprio processo que o juiz reconhecerá a nulidade. 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.

(In)sanabilidade do vício: importante explicitar que se alterou, acertadamente, a expressão *nulidades sanáveis* por *vícios sanáveis*, no art. 352 CPC2015 de maneira a esclarecer que toda nulidade para ser reconhecida depende de um pronunciamento judicial e o que pode ser sanado é o ato defeituoso, viciado, irregular, ou seja, aquele praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

A norma prevista neste art. 283 CPC2015 corresponde ao art. 250 CPC/73. Ler comentários ao art. 276 quanto ao sistema da instrumentalidade das formas.

Em relação aos enunciados aprovados no FPPC em Belo Horizonte, também se aplica a este dispositivo o *Enunciado n.º 279 do FPPC: Para os fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação a norma constitucional. (Grupo: Competência e invalidades processuais)*¹¹⁸.

A parte final do parágrafo único deste art. 283 foi acrescida da expressão “de qualquer parte”, para explicitar que na ausência de prejuízo para qualquer parte (autor ou réu), o ato processual praticado com erro de forma será aproveitado.

A aferição do prejuízo é fundamental para o reconhecimento da nulidade processual. A argumentação deve estar atrelada às garantias constitucionais do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões. Ademais, se o ato processual praticado ou a omissão de ato processual violar o modelo constitucional de processo, ou seja, desrespeitar a base principiológica uníssona, o prejuízo deixa de se vincular à forma/formalidade legal e passa a se vincular ao conteúdo dos princípios que efetivam o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, demonstrando-se o efetivo prejuízo para a parte.

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.

Crítica: A partir da análise jurisprudencial, verifica-se a manipulação da teoria do prejuízo e da finalidade do ato, que são cláusulas genéricas, para legitimar a interpretação do julgador quanto ao reconhecimento ou não da nulidade de um ato viciado/defeituoso, comprometendo a eficácia de princípios constitucionais ou processuais que estão presentes naquela determinada norma cuja formalidade deveria ter sido observada. Por isso a importância de se garantir o contraditório prévio, sempre que o julgador for reconhecer nulidade *ex officio*, afastando o seu subjetivismo e interpretação exclusiva e propiciando uma consulta às partes para argumentarem sobre a existência ou não do prejuízo a partir da interpretação compartilhada do alcance da norma inobservada e da necessidade de se sancionar o ato defeituoso¹¹⁹.

¹¹⁸ CARTA DE BH: Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis... cit.

¹¹⁹ FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais...** cit.

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.

No Estado Democrático de Direito deve-se vincular o reconhecimento das nulidades processuais ao conteúdo principiológico advindo com a forma/formalidade do ato cuja previsão legal é garantia para a parte, de maneira que a discussão do prejuízo abranja, de forma conexa, a violação às garantias constitucionais que devem estar presentes em qualquer processo (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial, fundamentação das decisões).

6 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.

Apesar do Novo Código de Processo Civil repetir a redação das normas do CPC1973 quanto às nulidades processuais, é imprescindível a interpretação do instituto das nulidades processuais em conformidade com a Constituição e a partir de uma análise sistêmica das normas do CPC2015, em especial o art. 10CPC2015 que trata da necessidade

do contraditório prévio, ou dever de consulta às partes, sempre que o juiz for decidir, ainda que se trata de matéria de ordem pública, que ele poderia decidir *ex officio*. Essa norma impõe ao julgador o dever de intimar as partes para se manifestarem sempre que ele for reconhecer a nulidade de um ato praticado em desconformidade com o modelo constitucional de processo. Logo, as partes, enquanto sujeitos de direitos, serão co-autoras e destinatárias da decisão do juiz quanto o reconhecimento ou não da nulidade do ato viciado. Ademais, as partes poderão demonstrar a existência ou não do prejuízo e a necessidade ou não de se refazer o ato processual ou de convalidá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: Empreza 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.

FIORATTO, Débora Carvalho Fioratto. **Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Carta de BH: Enunciados consolidados do. In: **IV ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS** em Belo Horizonte/ Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://prestandoprova.blogspot.com.br/2015/05/enunciados-do-fppc-sobre-o-novo-cpc.html>>. Acesso em 17 de março de 2015.

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.