

# TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS

Interpretação conforme  
a Constituição

Débora Carvalho Fioratto

2ª EDIÇÃO  
atualizada  
com o NCPC





**TEORIA DAS  
NULIDADES  
PROCESSUAIS**

**Interpretação  
conforme a  
Constituição**



Débora Carvalho Fioratto

**TEORIA DAS  
NULIDADES  
PROCESSUAIS**

**Interpretação  
conforme a  
Constituição**

**2ª EDIÇÃO**  
atualizada  
com o NCPC



Copyright © 2013, D'Plácido Editora  
Copyright © 2013, Débora Carvalho Fioratto

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Tales Leon de Marco*

**Diagramação**  
*Daniilo Jorge da Silva*  
*Letícia Robini de Souza*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843 , Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

FIORATTO, Débora Carvalho.

Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição  
-- 2.ed. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-504-7

1. Direito 2. Direito Processual. I. Título II. Nulidade Processual III. Teoria

CDU342

CDD 341.4

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

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

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

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

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

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



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

*F. D. Van Amburgh*



## AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Flaviane de Magalhães Barros, o diálogo constante, a paciente interlocução e as grandiosas intervenções ao longo desta obra.

Aos professores, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Dierle José Coelho Nunes, que, através de suas críticas e lições, também contribuíram para a concretização deste livro.

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

Agradeço à PUC Minas, na pessoa do diretor prof. Guilherme Coelho Colen, a excelência de ensino nesta Universidade!

Aos amigos, bem como aos demais colegas e funcionários do Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, do curso de Direito (PUC-Minas), do curso de Letras (UFMG), e do Ministério Público de Minas Gerais, agradeço a troca de experiências e a alegria compartilhada. Recordar-me-ei, com muito carinho, da convivência com vocês!

Ao Eduardo, grande amigo, a disponibilidade e a presença durante minha caminhada acadêmica.

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

À Maria, nossa maior dádiva, agradeço a possibilidade de ser sua mãe, de sentir o amor incondicional e de experimentar uma felicidade constante e imensurável. Ao Hebert, quem admiro e amo, por compartilhar comigo as ansiedades e as responsabilidades advindas com a paternidade/maternidade.

Agradeço a Deus, as infinitas bênçãos concedidas!



# SUMÁRIO

<b>Prefácio</b> .....	<b>13</b>
<b>Prefácio da segunda edição</b> .....	<b>17</b>
<b>Apresentação</b> .....	<b>21</b>
<b>1. Introdução</b> .....	<b>23</b>
<b>2. Bases teóricas para uma construção da teoria das nulidades</b> .....	<b>29</b>
2.1. Considerações iniciais.....	29
2.2. Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo civil .....	34
2.3. Bases teóricas para a construção das nulidades a partir do processo penal.....	56
<b>3. Desconstrução da teoria das nulidades e sua (in) adequação ao Estado Democrático de Direito</b> .....	<b>89</b>
<b>4. Revisando a teoria das nulidades: Entre o liberalismo processual e a socialização do processo</b> .....	<b>113</b>
<b>5. Reconstrução da teoria das nulidades a partir do Estado Democrático de Direito</b> .....	<b>127</b>

5.1. Uma teoria geral do processo de base principiológicas: o modelo constitucional de processo como marco para uma teoria das nulidades conforme a Constituição.....	132
5.1.1. Por uma teoria das nulidades adequada ao Estado Democrático de Direito .....	143
5.1.1.1. <i>As nulidades reconhecidas de ofício e a observância do contraditório prévio para a consolidação do Estado Democrático de Direito</i> .....	162
<b>6. Nulidades no Novo Código de Processo Civil: Comentando artigo por artigo.....</b>	<b>177</b>
<b>7. Conclusão.....</b>	<b>195</b>
<b>Referências.....</b>	<b>199</b>

## PREFÁCIO

A vida é sempre a mesma para todos: rede de ilusões e desenganos.  
O quadro é único, a moldura é que é diferente.

*Florbela Espanca*

O Tema das Nulidades no Processo é certamente um dos temas mais complexos e difíceis da Ciência do direito processual. Mais ainda, o tema das nulidades é complexo para a Teoria do Direito. Portanto, escolher tal tema como objeto de estudo não é tarefa fácil e requer coragem. A autora Débora Carvalho Fioratto encarou esse desafio e buscou nessa sua obra, fruto inicial de sua dissertação de mestrado, uma reflexão importante e necessária sobre as nulidades no processo penal. Seu enfrentamento é mais específico ainda, discutir como as nulidades reconhecidas de ofício pelo juiz se articulam ou não com o princípio do contraditório.

Assim quando a autora me convidou para essa honrosa tarefa de prefaciá-la fiquei a me perguntar o que eu poderia acrescentar ou como poderia contribuir para discussão e estudo do tema das nulidades. Tema esse ao qual tenho, como a autora, grande predileção. Assim, dizer o que penso sobre o tema seria reforçar o que a autora apresenta em seu texto e repetindo diversas questões que cansariam o leitor. Seria, portanto, “chover no molhado”.

Por isso, resolvi me debruçar nas minhas angustias sobre o tema das nulidades. Nas questões que mesmo com toda a pesquisa que realizamos no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, na linha de pesquisa “O processo na construção do Estado Democrático de Direito”, e nos debates acadêmicos com pesquisadores de outros

centros de estudo, ainda não conseguimos chegar às respostas adequadas. Ou seja, buscar apresentar as perguntas para as quais não tenho respostas claras, os pontos ainda não suficientemente pesquisados, para quem sabe outros pesquisadores apresentarem suas ideias. Além disso, as angústias dos pesquisadores decorrem do distanciamento ainda maior entre as pesquisas e a aplicação do Direito. Ou seja, de como os tribunais decidem e aplicam a teoria da nulidade.

Nesse sentido, mesmo reconhecendo a nulidade no processo como uma sanção, ou seja, uma forma de controle dos atos judiciais de conteúdo decisório, que afetam direitos ou garantias fundamentais, tal noção não se prestou ainda modificar a própria aplicação das nulidades no processo. Em específico, o avanço teórico que poderia se evidenciar ao se desvencilhar da teoria da nulidade como vício, algo que Valle Ferreira (1963) já tinha reconhecido a mais de 70 anos, não se constitui na prática da aplicação da teoria das nulidades.

Isso porque, tal avanço foi sendo apropriado teórica e praticamente de forma não coerente e sistemática, usando aqui ou ali partes desse avanço sem reconhecer todas as implicações da mudança. Essa questão fica clara quando ainda se mantem a noção de saneamento da nulidade e não de convalidação. Ou ainda quando se discute a questão do prejuízo, ainda usando a expressão francesa “pas de nullité sans grief” sem discutir verdadeiramente a noção de prejuízo.

Ademais, graduar a nulidade em absoluta ou relativa poderia significar dar uma permissão ao subjetivismo, pois, dependendo do julgador e do caso, um mesmo ato irregular que afeta garantias fundamentais pode ter a nulidade reconhecida por ser absoluta e, portanto, sem maiores formalidades para o seu reconhecimento, exigindo uma argumentação fraca do prejuízo. Ao passo que a nulidade relativa exigiria inúmeras formalidades, sendo passível de preclusão, e exigindo uma argumentação forte sobre o prejuízo. Se nesse sentido a questão já era absolutamente discutível, a introdução na jurisprudência do prejuízo concreto não solucionou a questão.

Assim, o prejuízo passar a ser um requisito indispensável e inarredável das nulidades na jurisprudência do STF poderia parecer a princípio um avanço, mas, em verdade, demonstra uma falácia.

O leading case referenciado pelo Supremo ( HC 85.155/2005) faz a seguinte referencia a temática “A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte *“o âmbito normativo do*

*dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas”*( HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertende, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002).

Certamente, a expressão francesa não pode ser considerada um dogma, pois a teoria da nulidade não precisa de verdades absolutas. Mas, quando a jurisprudência decide que em ambas as situações ( nulidade absoluta e relativa) deve-se perquirir o prejuízo e, ao mesmo tempo, continua a aplicar a preclusão, não estaria retornando a nulidade ao movimento das rigidez das formas, já que a nulidade relativa fica dependendo de mera formalidade de ser arguida no momento oportuno? De forma mais específica deve-se ressaltar a situação própria do processo penal, na aplicação do art. 212 do CPP, em que se decidiu que se trata de nulidade relativa. Em dois acórdão do STF ( HC 107.318/SP e HC 110.936/RS) decidiu-se que a arguição da nulidade deveria ser antecedida pelo protesto em audiência, algo que não existe na prática processual penal brasileira.

Assim, essa adoção da noção de prejuízo sem coerência com os demais requisitos para o reconhecimento da nulidade oblitera o verdadeiro sentido do prejuízo na Teoria da Nulidade. Avaliar se o ato irregular gerou ou não prejuízo requer, antes de tudo, referenciar à finalidade do ato, ou seja, articulação do binômio prejuízo/finalidade, como asseverado por Débora Carvalho Fioratto, seguindo o importante estudo de Aroldo Plínio Gonçalves sobre nulidades.

Dentre os meus questionamentos sobre a questão do prejuízo, destaco o seguinte: O prejuízo concreto da forma como se exige na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impede que a nulidade seja verdadeiramente reconhecida, principalmente em situações nas quais a demonstração do prejuízo está intimamente ligada ao respeito às garantias constitucionais?

Certamente, a teoria da nulidade tem que se articular com os princípios constitucionais do processo, pois, é ela o instrumental teórico necessário para garantir o controle do processo com o respeito aos princípios constitucionais. Isso é fato, como ressalta Débora Carvalho Fioratto. Certamente, há questões principiológicas com relação à teoria das nulidades que não podem ser desconsideradas. Esclarecendo, é preciso que as nulidades sejam debatidas e decididas no processo penal, respeitando, o contraditório, a ampla argumentação, a imparcialidade, a fundamentação da decisão, como bases principiológicas, corroborada com a presunção de inocência.

Dessa feita, o esforço da autora em discutir sobre a decisão de ofício e o contraditório me sugere novas questões que me angustiam. Dentre

elas, a aplicação da Súmula 160 do STF que determina uma situação dispare entre acusação e defesa, já que a nulidade a favor da acusação não pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal, mas a favor da defesa, pode ser reconhecida inclusive no recurso exclusivo da acusação. Será que essa disparidade se justifica pela presunção de inocência, ou não seria melhor reconhecer a deficiência da defesa? Ou por outro lado, não seria coerente ampliar as possibilidades do tribunal no recurso, desde que submetendo ao contraditório das partes, reconhecer uma questão de nulidade que deveria ter sido arguida pela acusação?

Como disse no início, minha intenção não é dar respostas, é provocar novas discussões. Nesse modo, desafiar os pesquisadores como Débora Carvalho Fioratto desafiou a muitos ao decidir escrever sobre o tema das nulidades. As questões aqui levantadas e não respondidas servem para demonstrar que a reflexão da presente obra é absolutamente relevante para que possamos avançar no mundo das nulidades. Que a leitura dessa obra possa estimular a busca de novas molduras para um tema tão recorrente na teoria do processo e tão relevante no fazer jurídico do processo penal.

Boa leitura!

Belo Horizonte, julho de 2013.

*Flaviane de Magalhães Barros*

## PREFÁCIO DA SEGUNDA EDIÇÃO

Discutir sobre nulidades no contexto do Processo Penal “no meio” da americanização decorrente da “Operação Lava Jato” é uma tarefa complexa. Isto porque o livro, partindo da leitura do processo como procedimento em contraditório (seu coração) e da constitucionalização das coordenadas para leitura do Processo brasileiro, procura demonstrar a importância das normas processuais como direitos fundamentais. A importação das categorias advindas da experiência americana, bem assim das velha divergência entre liberais e sociais, moduladas em relativa e absoluta, ganhou um incremento.

Afinal de contas as normas processuais são disponíveis? A resposta decorrente da tradição continental seria a de que as normas são Direitos Fundamentais que, por definição, não podem ser flexionadas pelo Estado e muito menos renunciadas pelos titulares. Não seria um direito disponível e, portanto, alienável, vendável, renunciável. A confusão retratada no belo livro de Débora Carvalho Fioratto advém, em muito, do rebaixamento da tradição do devido processo legal.

Entretanto, na tradição americana, para me circunscrever a ela, há o acometimento de direitos renunciáveis ao titular, dentre eles o Direito ao Processo e, por outro lado, padrões de atuação Estatal (*standard*) irrenunciáveis. João Gualberto Garcez Ramos explica: “*Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode ‘viver’ sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de ‘desistibilidade’ (waivability).*” Na hipótese de padrão: “*estabelecem um standard, os princípios alicerçam o próprio sistema de justiça criminal. Com isso, o mandamento é*

*absoluto; não pode ser afastado, porque constitui a estrutura do próprio sistema. Se for violado, configurar-se-á uma verdadeira e própria infração ao princípio standard do devido processo legal.*”<sup>1</sup>

A distinção entre normas “padrão” e “privilégios”, no campo das nulidades, tem sido interpretada de maneira utilitarista e pragmática, voltada às finalidades ditas maiores do processo, ou seja, a apuração de crimes. Supera-se, assim, o dilema entre liberais e sociais, para regozijar-se com o processo como instrumento realizador de apuração de uma verdade que regride à real. Em nome das finalidades (apuração dos crimes), o processo penal democrático e suas nulidades, passam a ser um estorvo.

Embora possa ter divergência sobre a possibilidade de a nulidade ser uma sanção, pois me parece que a teoria das nulidades ganharia mais eficácia se fosse pensada na lógica da má formação, a saber, declara-se que foi produzida em desconformidade com as regras do jogo, e não uma sanção. Aí se evitaria a discussão de ser absoluta ou relativa, pois se a formação foi viciada, no que propus a leitura como “doping”, pouco importam seus efeitos. Dito de outra forma: uma jogada viciada não pode gerar efeitos (absolutos ou relativos)<sup>2</sup>. Um competidor que se vale do doping é desclassificado de todo o certame e não pode utilizar as vitórias anteriores.

Inexiste, portanto, um processo penal natural, dado que é construído artificialmente e as teorias importam. Quer a herança liberal como a social, bem assim as importações recentes, recebem, no livro de Débora, a resposta constitucionalizada, superando as distinções entre relativa e absoluta. O estatuto da conformidade constitucional das normas processuais e o não rebaixamento para simples direitos disponíveis passa a ser o desafio de quem pensa o processo penal como limite<sup>3</sup>.

Assim é que o trabalho de Débora Carvalho Fioratto, no momento em que é mãe, em segunda edição, apresenta-se como uma promessa às gerações que virão, no sentido de que possamos compreender o papel fundamental que o contraditório representa na formação e validade dos

---

<sup>1</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111.

<sup>2</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015, p. 130-135.

<sup>3</sup> LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Processo penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

atos processuais, bem assim o lugar e a função do Juiz no processo penal democrático, colocando um ponto de barreira à instrumentalização do processo em mero mecanismo de apuração de crimes, dada sua função de garantia. Mas garantir o acusado, hoje, é visto como crime hediondo, no que sou coautor da conduta.

Recomendo fortemente a leitura e espero que o leitor possa compreender o sentido de uma teoria das nulidades para além dos mantras entoados por uma teoria que se vale do processo para finalidades outras que não a garantia de todos nós contra o Estado, justamente no momento em que é acusado.

*Alexandre Morais da Rosa.*

Professor de Processo Penal da UFSC.

Juiz de Direito do TJSC.

Doutor em Direito pela UFPR.



## APRESENTAÇÃO

No interior de Minas Gerais é tradição os jovens serem apresentados aos mais velhos fazendo-se uma esmiuçadora referência de sua origem. Na eventualidade do costume não ser observado por quem apresenta, o jovem é invariavelmente perguntado: *Qual é sua descendência!* – Em verdade, a pergunta é direta: *Você é filho de quem!*

Agindo dessa forma, pretende o vivido interpelante obter, com uma única indagação, informações sobre a origem, os valores e os princípios que nortearam a formação daquela pessoa.

Neste ato, não me descuidarei da *mineiridade* de revelar a “linhagem jurídica” da jovem autora Débora Carvalho Fioratto e especialmente de sua obra intitulada “*Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição.*”

Desponta-se, de início, a informação de que a autora é filha da PUC Minas.

Não obstante tenha se licenciado recentemente em Letras pela prestigiada UFMG, a formação jurídica da autora foi exemplarmente construída na graduação da Faculdade Mineira de Direito e, posteriormente, solidificada nas cadeiras do Mestrado, na linha de processo, desta mesma instituição de ensino.

A leitura de sua obra também é capaz de revelar sua origem, visto que seus escritos encontram-se sedimentados na concepção do processo penal de garantias e de sua inegociável subordinação aos princípios constitucionais.

Por meio de sólida base teórica e convincentes argumentos, a autora foi capaz de despontar as “inadequações das nulidades processuais nas

matrizes do liberalismo processual<sup>4</sup> e da socialização processual<sup>5</sup>, ademais de defender uma teoria das nulidades a partir de uma perspectiva democrática”, esta última caracterizada pelo prestígio ao contraditório prévio e de sua necessária influência na decisão judicial final.

Ao afirmar que as nulidades são formas de controle do ato processual frente ao modelo constitucional de processo e partindo do protesto da não existência de ato “relativamente” desconforme a este modelo, a autora conclui pela impossibilidade da distinção entre nulidade absoluta e relativa.

As teses defendidas e comprovadas nesta obra, especialmente sobre o tema das nulidades, serão de extrema valia à academia e aos advogados criminais entrincheirados na luta pelo consagrado direito de defesa.

Isso porque, na atualidade, assim como o brando vento é capaz de “tombar” um frágil bambu, lamentavelmente, a alegação da existência de nulidade é facilmente “derrubada” por meio da lacônica “fundamentação” de que o prejuízo decorrente da não observância do procedimento correto, no caso concreto, não teria sido suficientemente demonstrado pela parte.

Afortunadamente, os argumentos lançados na presente obra foram capazes de transformar o frágil bambu num avermelhado cerne de aroeira, ao contrapor a crescente e inapropriada exaltação do Direito Processual Penal como mero instrumento de imposição da pena, apresentando-nos, ao contrário, uma releitura do tema das nulidades à luz de uma perspectiva constitucional e garantista.

*Prof. Guilherme Coelho Colen*

Mestre em direito processual pela PUC Minas;  
Doutorando em direito penal pela UFPE  
Professor da graduação e especialização da FMD – PUC Minas  
Diretor da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas

---

<sup>4</sup> Segundo a autora, o liberalismo processual se caracteriza, dentre outros aspectos, por uma postura inerte do juiz, que se limita a verificar se a norma se aplica ao caso concreto, em uma atuação mecânica da lei.

<sup>5</sup> A socialização processual é caracterizada pela presença de um juiz protagonista, ativo, autoritário e intérprete único da lei, dado que é dotado de privilégio cognitivo em relação às partes. Imbuído de poderes para atuar *ex officio*, o juiz conduz todo o processo, relegando às partes papel passivo.

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

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

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

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

Ressalta-se que a construção de uma teoria das nulidades processuais aplicada a todo processo constitucional somente é possível a partir do modelo constitucional de processo que se fundamenta em uma base principiológica uníssona de princípios, contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, os quais irão se aperfeiçoar ou se expandir para abarcar princípios decorrentes das especificidades de cada microssistema em estudo. Por isso, a proposição de uma teoria das nulidades visa a fixar as bases para uma interpretação constitucionalmente adequada das nulidades processuais, sem desconsiderar as especificidades de cada microssistema processual. Isso posto, o presente trabalho constrói o tema tanto no processo penal quanto no processo civil, justamente para demonstrar a possibilidade de uma teoria das nulidades aplicada ao processo constitucional, quando se fixam as bases que devem estar presentes em qualquer microssistema processual: conceitos, princípios que condicionam o reconhecimento da nulidade pelo juiz, tratamento das nulidades, bem como a elucidação de erros e repetições infundadas.

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

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

Em relação aos critérios para que o juiz possa reconhecer as nulidades, vários princípios são apontados, tais como: “processo é

forma”; “as formas têm caráter instrumental”; “não há nulidade sem prejuízo”; “proteção”; “causalidade”; “contraditório”; “comunicação”; “convalidação”; “celeridade”; “especificidade”; “eficácia do ato viciado”; “economia processual”; e “interesse”. Enfim, encontram-se muitos significantes diferentes referindo-se a um mesmo significado e, assim, criando um impasse total na doutrina.

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

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

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

Gonçalves (1993) afirma que a única classificação admitida no Código de Processo Civil de 1973 (CPC73) é o da cominação legal, nulidades cominadas e não cominadas, podendo essa classificação ser utilizada no processo penal. Segundo o autor, as cominadas devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz e também podem ser alegadas pelos outros sujeitos processuais, ao passo que as não cominadas exigem a alegação pela parte prejudicada. No entanto, Passos (2002) defende que, em razão do devido processo constitucional, todas as nulidades podem ser reconhecidas de

ofício pelo juiz e acrescenta que, já que a prática dos atos processuais não visa resguardar interesse exclusivo das partes, o instituto da preclusão não ocorre no direito processual, perdurando a oponibilidade.

Firmou-se, portanto, a necessidade de se desconstruir as divergentes teorias das nulidades de matriz liberal e social – sustentadas pela relação jurídica processual e pelo instrumentalismo – a partir da demonstração de sua inadequação ao contexto democrático. A razão dessa necessidade está no fato de que se verificam resquícios do liberalismo processual e características da socialização processual no Código de Processo Penal de 1941 e observa-se que, apesar de o Novo Código de Processo Civil de 2015 ter sido elaborado no contexto democrático, houve a reprodução fidedigna das normas referentes às nulidades processuais do Código de Processo Civil de 1973, que apesar de sua vigência no contexto democrático, estava inserido no contexto da socialização processual. O liberalismo processual e a socialização do processo serão elucidados no Capítulo 4, do presente livro.

No último capítulo, a partir do marco teórico do trabalho, que é a Teoria Procedimentalista de Habermas (2003), elucida-se o conceito de Estado Democrático de Direito pela co-originalidade entre autonomia cidadã e autonomia privada, em que os sujeitos de direito adquirem importante papel na formação e conformação da sociedade, a partir do procedimento democrático, já que são autores e destinatários da norma jurídica. Em seguida, demonstra-se como o modelo constitucional de processo, inicialmente proposto por Andolina e Vignera (1997), interage com o processo como garantia e como é possível a defesa de uma teoria geral do processo em bases principiológicas (BARROS, 2008).

Adverte-se, contudo, que esta obra pretende 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 comparticipação processual (NUNES, 2008), uma vez que as nulidades são formas de controle dos atos processuais e de sua conformidade com o modelo constitucional de processo (BARROS, 2010).

Conclui-se, portanto, serem inadmissíveis no Estado Democrático de Direito – que se fundamenta nos direitos fundamentais e na soberania

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

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

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.

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

“**Dono do tabuleiro**, ele dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao mundo onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos pairam e se movem em quadros manipuláveis [...]. Jogo perigoso, pois o escrevente (inquisidor) redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, de acordo com a convalidação ou não da hipótese; e, sendo as palavras uma matéria plástica, qualquer conclusão torna-se possível” (CORDERO, 2000, p. 23, tradução minha).

A partir dessa conscientização, elabora-se uma teoria das nulidades adequada ao contexto democrático e ao modelo constitucional de processo.

**EIXOS TEMÁTICOS:** Bases Teóricas para uma Construção da Teoria das Nulidades // Desconstrução da Teoria das Nulidades e sua (In) Adequação ao Estado Democrático de Direito // Revisando a Teoria das Nulidades: Entre o Liberalismo Processual e a Socialização do Processo // Reconstrução da Teoria das Nulidades a partir do Estado Democrático de Direito // Nulidades no Novo Código de Processo Civil

