

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

ISABELLA MARÇALLO THEREZA

**APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O SISTEMA DE NULIDADES NO
PROCESSO PENAL**

CURITIBA

2011

ISABELLA MARÇALLO THEREZA

**APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O SISTEMA DE NULIDADES NO
PROCESSO PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. dr^ª. Clara Maria Roman Borges

Curso de Direito
Direito Público

Curitiba
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ISABELLA MARÇALLO THEREZA

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O SISTEMA DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Clara Maria Roman Borges

Orientadora

André Ribeiro Giamberardino

Primeiro membro

Priscilla Plachá Sá

Segundo membro

Curitiba, 08 de dezembro de 2011.

Dedico este trabalho, acima de tudo, aos grandes amores da minha vida, meus pais, meu porto seguro. A vocês devo tudo o que sou. Agradeço pelo amor incondicional, por tornarem todos os meus sonhos possíveis, por me guiarem pelo caminho correto, e por me ensinarem que, somente com muito trabalho e esforço, é possível alcançar o que se busca. É o amor de vocês que me sustenta, nos mantém unidos, e me faz muito feliz.

Aos meus irmãos, pela amizade e cumplicidade sem limites.

Às quatro melhores amigas que podem existir, e que tornaram os últimos cinco anos da minha vida inesquecíveis.

À Dr^a. Sônia Mercer, pela dedicação, carinho e paciência com que me transmite lições diárias sobre o direito e, em especial, sobre a vida.

Agradeço à Orientadora, Profª. Clara Maria Roman Borges, pela sabedoria, atenção, e paciência com que acompanhou este trabalho.

RESUMO

O sistema de nulidades no processo penal está vinculado à idéia de conformidade do ato processual com a estrutura legal prevista pelo legislador. Seu estudo é de grande relevância, na medida em que as formas processuais, quando resguardadas, garantem o cumprimento dos princípios fundamentais que são por elas tutelados e, constituem, simultaneamente, limites ao poder punitivo estatal e garantias destinadas ao réu. Este trabalho visa analisar a categoria das nulidades de acordo com preceitos da teoria tradicional e, na seqüência, a partir de aspectos desenvolvidos pela teoria crítica, demonstrar que aquela é legitimadora do sistema inquisitório, e que estamos diante da necessidade de se reestruturar o sistema de nulidades do processo penal brasileiro a fim de que ele seja, com base no princípio da instrumentalidade constitucional, garantia de proteção aos direitos individuais contra a arbitrariedade estatal.

Palavras-chave: Tipicidade Processual. Nulidades. Instrumentalidade das Formas. Princípio do prejuízo. Instrumentalidade Constitucional. Saneamento.

ABSTRACT

The system of nullities in the penal procedure is attached to the idea of conformity between the procedural act and the legal structure provided by the legislator. Its study is relevant, since the procedural forms, when safeguarded, guarantee the fulfillment of the fundamental principles that are protected by them, and are, simultaneously, limits to the punitive power of the state and guarantees for the accused. This study intends to analyze the category of nullities according to precepts of the traditional theory and, on following, according to aspects developed by the critical theory, demonstrate that the traditional theory is legitimating the inquisitorial system. Also we have the necessity of restructure the system of nullities of the Brazilian penal procedure to make it, based on the principle of constitutional instrumentality, guarantee of protection to individual rights against the state arbitrariness.

Key-words: Procedural Typicality. Nullities. Forms Instrumentality. Principle of Prejudice. Constitutional Instrumentality. Convalidation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – TEORIA TRADICIONAL DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL	12
1.1. A forma e a tipicidade dos atos processuais	12
1.1.1. Atos processuais inexistentes.....	14
1.1.2. Atos processuais irregulares.....	16
1.1.3. Atos processuais nulos	17
1.2. A nulidade na categoria das sanções.....	18
1.2.1. Nulidades absoluta e relativa	20
1.3. Classificação dos atos processuais.....	22
1.3.1. Atos essenciais e não essenciais	22
1.3.2. Formalidades essenciais e secundárias	24
1.4. Momento para argüição da nulidade	26
1.4.1. A súmula 160, do Supremo Tribunal Federal.....	27
1.5. Requisitos para a declaração da nulidade – artigo 565, do CPP	28
1.6. Instrumentalidade das formas	29
1.6.1. <i>Pas de nullité sans grief</i>	30
1.6.2. Irrelevância do ato para a apuração da verdade substancial ou para a decisão da causa	31
1.6.3. Causalidade	32
1.7. Convalidação.....	33
CAPÍTULO II – VISÃO CRÍTICA ACERCA DA TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL	36
2.1. Considerações iniciais.....	36
2.2. Atos inexistentes: uma categoria frustrada.....	38
2.3. Superação da estrutura legal vigente: nulidades cominadas e não cominadas	39
2.4. Teoria do prejuízo e finalidade do ato: inversão do ônus probatório	40
2.5. Críticas à classificação em nulidades absolutas e relativas	44

2.6. A forma processual como garantia ao réu.....	46
2.7. Saneamento	47
2.8. A nulidade não é sanção	48
2.9. Contaminação: nulidade por derivação	51
2.10. Nulidades no inquérito policial.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Tratar-se-á nas páginas que seguem do sistema de nulidades no processo penal brasileiro, a fim de demonstrar a legitimação da estrutura inquisitória pelas categorias tradicionais, bem como abordar o papel da teoria crítica na reestruturação do sistema de nulidades voltado à instrumentalidade constitucional. Este é um tema de grande relevância, tendo em vista que a configuração do sistema de nulidades influencia diretamente no estímulo/obstrução da acusatoriedade no sistema processual penal brasileiro.

As nulidades processuais estão vinculadas à idéia de formalismo judicial, pois se fazem presentes quando há desconformidade do ato processual com o modelo previsto no ordenamento jurídico. Ou seja, o desrespeito às formas torna a atividade processual inapta a produzir seus efeitos. Salienta-se que a proteção da forma pela forma, dentro da lógica inquisitorial, coloca em risco os princípios que embasam o processo acusatório, e permite que atos processuais em desconformidade com preceitos constitucionais gerem efeitos como se válidos fossem. Em contrapartida, quando destinada à proteção de princípios fundamentais, a forma processual constitui importante garantia contra a irracionalidade do poder punitivo e a arbitrariedade estatal.

Cumprir-se destacar que a forma do ato processual, ainda que elemento central do princípio da estrita jurisdicionalidade, norteador da instrumentalidade constitucional, na medida em que é deturpada, acaba por preservar o ritual inquisitório, e permitir que a decisão inválida torne-se válida através de um sistema que alterna, sem qualquer critério, rigidez e flexibilidade. Antes de explicar tal idéia, porém, faz-se necessário expor, de forma breve, o conceito de instrumentalidade constitucional, e para isso faz-se uso das idéias de Aury Lopes Jr.¹

O primeiro aspecto que se deve ter em mente é o fato de que o processo é um instrumento, e de que essa é a razão básica de sua existência. Não há que se falar em autonomia do processo com relação ao direito material, pois é certo que o processo penal está a serviço do Direito Penal, e deve observar os objetivos traçados por este. Assim, afirma-se que o processo é instrumento, não somente

¹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 01-29.

para aplicação da pena, o que garante eficácia ao direito material; como também para a proteção dos direitos individuais, a fim de alcançar a máxima eficácia das garantias constitucionais. A instrumentalidade constitucional, portanto, caracteriza-se pela finalidade que o processo possui em limitar o poder estatal e tutelar a parte débil (réu) a ele submetido.

Pois bem, a partir disso poderia se dizer que a forma dos atos processuais está a serviço da instrumentalidade constitucional e, portanto, da estrutura acusatória do processo penal. Ocorre que a maximização do primado da forma, alienada da proteção de qualquer preceito fundamental, encontra respaldo no sistema inquisitório, que tem como uma de suas principais características o formalismo exacerbado, como se o trâmite processual tivesse valor em si. A partir disso, nota-se, em inúmeras decisões proferidas na esfera criminal, que ora se defende o cumprimento restrito do rito processual, de forma a impedir a efetivação plena das garantias constitucionais; e ora se permite excepcionar as fórmulas legais de forma descriteriosa, o que constitui modalidade de abuso de poder.

Por tudo isso, é oportuna a realização de estudo referente às nulidades no processo penal, já que as formas processuais configuram importante mecanismo de proteção aos princípios constitucionais em benefício do indivíduo. Ademais, tendo em vista que a nulidade do ato processual pode afetar o processo como um todo, e que, apenas através do processo, o direito material torna-se eficaz e os direitos e garantias individuais são protegidos, faz-se necessária análise sobre o assunto, até porque a ele não é dado grande destaque pela doutrina nacional.

O presente trabalho é dividido em duas partes. Na primeira delas, estudar-se-á os preceitos desenvolvidos pela teoria tradicional das nulidades, em especial as seguintes categorias: tipicidade processual; inexistência; irregularidade; nulidades absolutas e relativas; natureza jurídica da nulidade; princípios do prejuízo, interesse e causalidade; e convalidação.

Em seguida, passar-se-á à análise das principais críticas acerca da teoria tradicional, com destaque para: a imprecisão dos conceitos de finalidade e prejuízo; inadmissibilidade da categoria das nulidades relativas; saneamento; nulidades como atipicidade; e nulidades no inquérito policial.

Deve-se salientar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema. Ou seja, não será feita análise minuciosa de todas as possibilidades de

“escoamento” da matéria, nem se pretende sugerir nova teoria acerca das nulidades no processo penal. Visa-se, apenas, à problematização do assunto, trazendo-se os principais aspectos críticos sobre as nulidades, de forma a estimular futuros estudos acerca do tema.

1 TEORIA TRADICIONAL DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

1.1 A forma e a tipicidade dos atos processuais

A abordagem acerca do sistema de nulidades processuais exige que se tenha como ponto de partida a noção de forma do ato processual. Conforme conceitua Aroldo Plínio Gonçalves, forma é o “revestimento externo” do ato, ou os “limites exteriores que o individualizam”; é o “conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta” ou de solenidades que devem ser observadas no momento de realização dos atos jurídicos². Para José Frederico Marques, é a forma que dá realidade ao ato processual, ao conceder-lhe “existência e relevância jurídica”³.

A declaração de nulidade de um ato, de acordo com a lição de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, representa uma espécie de sanção, aplicada diante da desconformidade do ato processual e do modelo traçado pelo legislador. Em outras palavras, a atividade processual, se realizada de forma descriteriosa pelos órgãos estatais, e em desrespeito às formas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, é considerada inválida e inapta a produzir os efeitos desejados⁴.

Nesse sentido, é possível afirmar que o processo só é capaz de atingir o objetivo de preparação de um provimento final justo se pautado em uma atividade típica, em que os aplicadores do direito praticam os atos em conformidade com as prescrições apontadas pelo legislador. De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho, os atos processuais devem realizar-se conforme a lei, e “cabe a esta não só coordenar como, também, exigir sua presença e regular-lhes a constituição intrínseca e extrínseca”. Segundo o autor, a este fenômeno denomina-se tipicidade do ato processual⁵.

Frisa-se que a regulamentação das formas processuais possibilita a atuação dos participantes da relação processual de forma efetiva na formação do

² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p.32.

³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 83.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

convencimento judicial, além de garantir ao julgador maior facilidade e segurança na tomada de suas decisões. Ainda, lembra Frederico Marques, que as formas constituem limitações ao arbítrio do Poder Público, função esta que torna indiscutível sua necessidade⁶.

Assim, o formalismo, quando moderado, caracteriza um hábil instrumento para a concretização do exercício correto da função jurisdicional. Lembra Eugênio Pacelli de Oliveira que “os ritos processuais ou procedimentais seguem um itinerário definido previamente, com o objetivo de organizar a participação dos sujeitos do processo na construção do provimento jurisdicional final”⁷.

Por outro lado, o formalismo em excesso, como empecilho à realização da justiça, deve ser combatido, conforme ensinam Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

“É que existem no ordenamento formas completamente inúteis, destituídas de qualquer finalidade. Trata-se do formalismo inócuo, residual, sem explicação lógica, sobrevivente de fases superadas do direito processual. Mas as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento”⁸.

Resta claro, portanto, que há tipicidade quando o ato praticado estiver em conformidade com o modelo descrito em lei, pois se não houver correspondência entre o ato processual e o tipo legal, ele se diz atípico, imperfeito⁹.

Ocorre, porém, que a invalidade do ato processual, ante sua atipicidade, não deve ser analisada apenas no que diz respeito à identidade entre o ato praticado e o modelo legal, mas também em virtude da função que ele realiza dentro do procedimento, e dos reflexos que determinado vício possa gerar. Isso porque, conforme ensina Pacelli, as formas processuais existem e atuam na medida de sua finalidade específica. Expõe o autor que:

⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 83.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 803.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

“A declaração de nulidade seria, assim, a conseqüência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não-observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com sua prática. Como lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes, a nulidade não é a essência do ato irregular, mas a sua conseqüência (1997, p.18)”¹⁰.

O que se quer dizer é que, além dos requisitos de forma previstos no modelo legal, existem circunstâncias externas ao ato – lugar e tempo, por exemplo –, que condicionam sua correta realização. Não se pode esquecer que o ato processual não está isolado, mas faz parte de um processo que, como procedimento, desenvolve-se de forma dinâmica, e é constituído por uma série de atos conexos e interdependentes.¹¹

Diante deste quadro, e de acordo com a conseqüência que a lei estipulou aos atos praticados em desconformidade com o modelo normativo, busca-se a diferenciação entre o ato inexistente, as espécies de nulidades (absoluta e relativa) e as meras irregularidades.

1.1.1 Atos processuais inexistentes

Ato processual inexistente, conforme preleciona Calmon dos Passos, “não é ato típico nem atípico. É um não ato, porque desprovido dos pressupostos que informam a existência do ato processual”¹². Ou, de acordo com o magistério de Francesco Carnelutti “*el acto inexistente es verdaderamente um no acto, esto es, no es um acto perfecto ni imperfecto*”¹³⁻¹⁴. Fala-se, portanto, em ato processual

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 803.

¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p.35.

¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 79.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. 3º vol. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1950, p.182.

¹⁴ Tradução livre: “O ato inexistente é verdadeiramente um não ato, isto é, não é um ato perfeito nem imperfeito.”

inexistente quando, ante a ausência de um elemento essencial descrito no modelo legal, o vício gerado é de tamanha gravidade, que impede sua existência jurídica¹⁵.

A corroborar com tal idéia estão os ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves:

“A violação da norma, pela prática da conduta proibida ou pela omissão da conduta exigida, pode ter como conseqüência o não reconhecimento de qualquer efeito jurídico do ato que, existindo no plano fático, não chega a adquirir significado jurídico. A conseqüência jurídica da irregularidade do ato pode consistir na recusa pela lei em reconhecer a própria existência do ato no plano do direito”.¹⁶

A categoria dos atos inexistentes é criação doutrinária e jurisprudencial, utilizada pela teoria tradicional para referir-se “não à ausência material do ato, mas àquele ato que, embora tenha existência material, é totalmente desprovido de qualquer significado jurídico”¹⁷. Ou seja, o ato existe porque praticado por alguém, porém, em relação ao processo, ele é inexistente, já que incapaz de gerar ou produzir qualquer efeito.

Assim, esclarecem Grinover, Gomes Filho e Fernandes¹⁸, que não se cogita a invalidade do ato inexistente, pois a inexistência é questão que precede qualquer discussão acerca da validade. Por óbvio, não se anula o que não existe. Do mesmo raciocínio compartilha José Joaquim Calmon de Passos, ao lembrar os ensinamentos de Couture, e afirmar que em relação ao ato inexistente “não se faz necessário um ato posterior, que o prive de validade, nem é possível que atos posteriores o confirmem ou homologuem, emprestando-lhe eficácia”¹⁹.

Paulo Rangel²⁰, ao concordar com a incompatibilidade de se decretar a nulidade do que não existe, acrescenta que, uma vez que o ato juridicamente inexistente não produz qualquer efeito, ele independe de decisão judicial que declare

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 412.

¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p.70.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

¹⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade do processo civil**. Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 56.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.667.

sua invalidade. Isto é, ela decorre de pleno direito, sem necessidade de qualquer provimento judicial.

1.1.2 Atos processuais irregulares

A categoria dos atos processuais irregulares não é objeto de estudo mais aprofundado pela doutrina. Aqueles que o fazem, costumam defini-los como atos atípicos que não sofreram a sanção de nulidade, uma vez que atingiram o fim a que se destinavam²¹. Na lição de Carnelutti, é o ato que “*está afectado por um vicio que no excluye su eficacia*”²²⁻²³, e conforme Calmon de Passos, “atos atípicos existem que por haverem alcançado aqueles fins de tutela que objetivam, ainda quando imperfeitos, permanecem válidos”²⁴.

Oportuno trazer à baila os comentários de Aldacy Rachid Coutinho a respeito da forma com que a doutrina busca explicar a irregularidade do ato processual:

“Ato irregular é, para alguns, o ato desconforme à hipótese normativa, mas cuja viciosidade é de pequena monta, não atingindo a eficácia. Para outros, ato irregular é o ato que não atendeu a todos os elementos previstos na hipótese normativa e, assim, nasce atípico. Mas o não atendimento refere-se especificamente a uma categoria de elementos previstos na hipótese normativa.”²⁵

Para a autora, há um descaso da doutrina acerca do estudo dos atos processuais irregulares, uma vez que a irregularidade é comumente apontada como o extremo oposto da inexistência, dentro de uma escala de gravidade do vício processual. Para os doutrinadores, trata-se de um vício de menor importância, que não atinge a eficácia do ato jurídico, nem causa prejuízo às partes, sendo, portanto, irrelevante. Sua crítica diz respeito ao fato de que os estudiosos não procuram

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

²² CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. 3º vol. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1950, p.183.

²³ Tradução livre: “está afetado por um vício que não exclui sua eficácia”.

²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 75.

²⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 231.

analisar a essência da irregularidade, e nem mesmo estabelecer critérios para diferenciá-la das demais formas de invalidade. Sabe-se que determinado ato é irregular apenas porque o vício que ele contém foi citado pela doutrina como exemplo desta categoria.

Em uma tentativa de superação desta visão artificial acerca da irregularidade do ato processual, Aldacy Rachid Coutinho utiliza-se dos ensinamentos de Calmon de Passos, segundo o qual não existe maior ou menor intensidade do defeito, há, porém, o defeito que mereça ou não a sanção de invalidade, por ter ou não atingido o fim a que se destina.

A doutrinadora enaltece a crítica de Calmon de Passos à distinção realizada por Carnelutti entre vício essencial e não essencial para identificar a nulidade e a irregularidade. Para aquele, a identificação da forma de invalidade deve ser realizada no caso concreto, diante da verificação de que o ato atingiu ou não o escopo tutelado pela norma.²⁶

1.1.3 Atos processuais nulos

Dentre os atos processuais atípicos, os atos nulos são aqueles atos defeituosos e imperfeitos, que perdem a capacidade de produzir efeitos, ante a aplicação da sanção de ineficácia. Grinover, Gomes Filho e Fernandes destacam que “os atos nulos são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico”²⁷.

Ressaltam os autores que, ao contrário do que ocorre no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, e deve sempre ser declarada através de um provimento judicial, “em que seja não somente constatada a

²⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 244.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18-19.

atipicidade do ato, mas também analisados os demais pressupostos legais para decretação da invalidade”.²⁸

1.2 A nulidade na categoria das sanções

O termo nulidade vem sendo empregado de forma imprecisa por doutrinadores, ora para designar uma categoria jurídica, que consiste no objeto de uma teoria, ora para significar uma consequência jurídica, ou seja, a sanção que torna o ato ineficaz, e ora para denotar uma qualidade negativa do ato processual, como se fosse o próprio defeito ou vício que o atinge.

A maior parte da doutrina, porém, e aqui é possível incluir Calmon de Passos, Cintra, Dinamarco e Grinover, Cheib, Maranhão, Amaral Santos, Gonçalves e Fernandes²⁹, acolhe a natureza sancionatória da nulidade, o que, para Aroldo Plínio Gonçalves é plenamente pertinente, desde que não se “incorra no equívoco, que tem sido tão freqüente, de se conceber a nulidade ou como se fosse o próprio vício do ato ou como se fosse consequência jurídica *inerente* ao ato viciado”³⁰.

Uma vez estabelecida a natureza jurídica da nulidade no processo, o autor conceitua a nulidade como “consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”. Assim, a nulidade, como consequência jurídica, insere-se na categoria das sanções.

Frederico Marques expõe com propriedade tal forma de analisar a nulidade: “com a prática do ato contra as regras processuais, há uma violação dos imperativos da lei, e daí não lhe reconhecer a ordem jurídica a aptidão necessária para produzir os efeitos que normalmente dele deveriam resultar”. E a partir disso, “se a nulidade é

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

²⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidade processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110.

³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 12.

conseqüência do defeito do ato processual, parece-nos evidente o seu caráter de sanção jurídica”.³¹

Não se pode deixar de observar que as sanções são garantias da eficácia dos preceitos normativos, e geram tanto a privação de um bem jurídico como a negativa de produção de efeitos ao ato praticado de forma contrária à lei ou com omissão à forma ou às condições por ela estabelecidas. Sublinha o doutrinador que as sanções podem ser divididas em duas categorias: as que têm como objetivo provocar o cumprimento da norma, e aquelas que procuram reparar ou neutralizar os efeitos do ato para restabelecer a situação anterior à violação. Segundo ele, as nulidades dos atos jurídicos enquadram-se na segunda categoria, na medida em que buscam o retorno ao *status quo* anterior.

José Frederico Marques procura afastar o tratamento que, por alguns, é dado à nulidade como se ela fosse o próprio defeito ou vício do ato. É incorreto falar em nulidade sanável ou suprível, pois o que é sanável é o vício, a irregularidade, o defeito ou a imperfeição do ato, e o que é suprível é a falta do ato ou de requisito necessário para sua configuração. A nulidade, por sua vez, como conseqüência jurídica, é aplicável ou inaplicável, decretável ou não decretável, acolhida ou afastada, e assim por diante. Do exposto, conclui-se que sanção e vício são conceitos distintos e inconfundíveis, razão pela qual a nulidade não pode ser considerada conseqüência jurídica e defeito, ao mesmo tempo.

Outra conseqüência que surge ao inserirmos a nulidade na categoria das sanções diz respeito à rejeição da configuração da nulidade como resultado automático do vício. Sobre o assunto, Aroldo Plínio Gonçalves leciona que “a afirmação de que ato nulo é aquele que não produz qualquer efeito só poderia ser correta se fosse referida ao ato cuja nulidade já houvesse sido pronunciada”³². E acrescenta que “o ato nulo não é aquele que, em razão do vício, é, potencialmente, inábil a operar efeitos, mas o que é, efetivamente, declarado, pronunciado ou decretado como nulo” através de declaração judicial, que suprime seus efeitos.³³

Cumprir registrar as sábias palavras de Calmon de Passos:

³¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 301.

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 19.

³³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 20.

“Todos os atos processuais, entretanto, são eficazes, e a eficácia própria deles somente pode ser retirada com a aplicação, pelo juiz, da sanção legal da nulidade. O ato não é nulo pela sua imperfeição constitutiva, por sua atipicidade, sim pela ineficácia derivada do pronunciamento judicial, impondo a sanção da lei, em face da relevância do defeito, do vício, em resumo, da atipicidade”.³⁴

Assim, o ato que pode ser declarado nulo é o ato irregular, que somente se revestirá de nulidade após a aplicação da sanção, através de provimento judicial.

1.2.1 Nulidades absoluta e relativa

No que diz respeito aos atos nulos, é preciso que se faça a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. Para tanto, recorremos mais uma vez à lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, que as diferencia conforme a possibilidade ou não de sanabilidade do vício. Nesta feita, quando a lei houver estabelecido um modo de convalidar o ato defeituoso, diz-se que ele padece de uma nulidade relativa, porém, na hipótese em que não existir equivalente admitido por lei, está-se diante de uma nulidade absoluta³⁵.

Em consonância com tal pensamento, pronuncia-se José Frederico Marques, que se utiliza do mesmo critério de distinção para apontar uma classificação das nulidades. Segundo ele, “quando a nulidade do ato processual não pode ser sanada, a nulidade é absoluta; quando sanável, ela se diz relativa”³⁶.

Em contrapartida, e com base em critério diverso, Eugênio Pacelli de Oliveira³⁷ distingue as nulidades absolutas das relativas. A nulidade, segundo ele, é relativa, quando se dá em relação ao ato processual de interesse da parte, em um processo determinado e específico. Assim, a valoração quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo é realizada pela própria parte, que deve alegar a

³⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 72.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134.

³⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 410.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 806.

nulidade a tempo e modo determinado, sob pena de preclusão. O Estado, nesse caso, não pode impor às partes a renovação do ato processual viciado, cujo defeito não afetou ou prejudicou seus interesses.

O doutrinador, porém, ainda que defenda tais idéias, reconhece a existência de hipóteses em que é possível o reconhecimento *ex officio* pelo juiz de nulidades relativas. É o caso, por exemplo, da declaração pelo juiz de sua incompetência relativa, conforme dispõe o artigo 109, do Código de Processo Penal.

Quanto às nulidades absolutas, sublinha Pacelli que elas referem-se ao processo enquanto função jurisdicional. Isto é, sua existência afeta não só o interesse de uma parte específica em um determinado processo, mas o de todo e qualquer litigante, em todo e qualquer processo. Isso significa dizer que, quando o vício processual afeta a própria função judicante, as garantias constitucionais devem ser protegidas, de forma a impedir a geração de danos irreparáveis na qualidade da prestação jurisdicional. É por isso, que as nulidades absolutas podem ser reconhecidas *ex officio* e a qualquer tempo.³⁸

Prossegue o autor ao criticar a idéia comumente divulgada de que nas nulidades absolutas o prejuízo é presumido. Na sua visão, aqui não se cuida de presunção, mas de “verdadeira afirmação ou pressuposição da existência de prejuízo”³⁹, prevista abstratamente em lei. O que pode ser objeto de investigação probatória é a ocorrência ou não da violação da lei, porém, uma vez que ela esteja comprovada, o prejuízo que dela decorre é inafastável.

A corroborar com o pensamento exposto, é salutar trazer a lume as observações de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, acerca do tema:

“Com relação aos atos nulos, cumpre ainda distinguir os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa: nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente

³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 807.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 808.

praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido”⁴⁰.

Constatam os referidos autores que, em épocas mais recentes, as garantias constitucionais-processuais deixaram de ser vistas apenas sob a ótica de direitos subjetivos das partes, e passaram a ser analisadas como garantias do devido processo legal, constituindo qualidade do próprio processo e fator legitimador do exercício da função jurisdicional. Os princípios do contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, entre outros, são, antes de direitos subjetivos das partes, características de um processo justo e legal, o que representa um direito de “todo corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, justa e legal”.⁴¹

A partir destas reflexões, os doutrinadores dão os primeiros passos na direção de uma visão crítica acerca das nulidades, e concluem que, dentro deste quadro, não há mais que se falar em meras irregularidades ou até mesmo em nulidades relativas, uma vez que a atipicidade constitucional gera, de forma absoluta, a inobservância de direitos fundamentais e normas de ordem pública.

1.3 Classificação dos atos e formalidades

1.3.1 Atos essenciais e não essenciais

Fernando da Costa Tourinho Filho⁴² distingue os atos processuais em atos essenciais e não essenciais. Os primeiros, também denominados atos estruturais, são imprescindíveis para a validade do processo, e a omissão de qualquer deles

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138-143.

gera nulidade. Não há que se indagar a existência ou não de prejuízo, tendo em vista que, neste caso, ele é presumido.

Aponta o autor como atos processuais essenciais aqueles previstos no inciso III, do artigo 564, do Código de Processo Penal, além das exigências dispostas nos incisos I e II, do mesmo dispositivo.

Assim, o primeiro ato essencial para a validade da relação processual é a competência do órgão jurisdicional, conforme prevê o inciso I. A incompetência de juízo gera a atipicidade do ato, que se sujeita a sanção de ineficácia. A exceção surge no artigo 567⁴³, do mesmo diploma legal, segundo o qual, ao tratar-se de incompetência relativa, a sanção de ineficácia atinge apenas os atos decisórios.

Em seguida, o inciso II do artigo 564 refere-se à ilegitimidade da parte. Tal expressão abrange não só a falta de legitimidade (*illegitimatío ad causam*), como também a ausência de capacidade (*illegitimatío ad processum*). Em ambos os casos, a ilegitimidade gera nulidade absoluta, salvo quando a ilegitimidade recair sobre o representante da parte, o que, conforme o artigo 568⁴⁴, do CPP, poderá ser sanado a qualquer tempo.

Por terceiro, há nulidade absoluta do procedimento quando ausentes as fórmulas e os termos arrolados no inciso III, do artigo 564. São eles:

- a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;
- b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;
- c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;
- d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;
- e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;
- f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

⁴³ Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

⁴⁴ Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.

- g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;*
- h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;*
- i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;*
- j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;*
- k) os quesitos e as respectivas respostas;*
- l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;*
- m) a sentença;*
- n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;*
- o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;*
- p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;*

Excetua-se, porém, os elencados nas letras *d*, segunda parte, *e*, segunda parte, *g* e *h*, já que o artigo 572⁴⁵ admite a sanabilidade de tais atos.

1.3.2 Formalidades essenciais e secundárias

Prossegue Tourinho Filho na análise do artigo 564, do Código de Processo Penal, que, em seu inciso IV, trata da nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Segundo o autor, tal dispositivo refere-se, não somente à forma extrínseca do ato, mas também, e em especial, aos seus requisitos e formalidades constitutivas. Como exemplo, ele cita a denúncia, que deve conter a assinatura do promotor, deve ser escrita e em vernáculo (formalidades extrínsecas), mas também deve conter a imputação fática, a individualização do réu, a classificação do crime e o requerimento de citação (elementos intrínsecos).

⁴⁵ Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d* e *e*, segunda parte, *g* e *h*, e IV, considerar-se-ão sanadas:

- I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;
- II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;
- III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Ressalta-se, todavia, que a nulidade prevista no inciso IV, do artigo 564, é relativa, porque sanável de acordo com o artigo 572. O doutrinador, porém, chama a atenção para uma particularidade: “se a omissão da formalidade interna ou externa for de tal porte que produza uma desfiguração do próprio ato, (...) aquele fica tão imprestável que a sanatória se torna absolutamente impossível”.⁴⁶ Nesse caso, a ausência de formalidade essencial é equiparada à ausência do próprio ato e, portanto, a nulidade é absoluta e não está sujeita à sanabilidade.

A explicação que traz o autor é a seguinte: quando o legislador criou a previsão de sanabilidade na hipótese de *omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato*, estava se referindo àquela formalidade que não desconfigura o ato processual, e não impede que, sanado o vício, ele possa atingir seu objetivo.

A partir disso, as formalidades são classificadas em essenciais e secundárias, sendo que somente aquelas têm relevância para a eficácia do ato. Sendo o ato essencial ou não, a ausência de formalidade essencial torna-o atípico e passível de nulidade.

José Frederico Marques traz conclusões bastante elucidativas acerca dos atos previstos no artigo 564, inciso III, do CPP:

“É evidente, em face do texto legal, que a omissão desses atos acarreta nulidade ao processo, impedindo, assim, que o juiz pronuncie julgamento de *meritis*. Por outro lado, esses atos, quando praticados, devem atender às formalidades previstas em seu modelo legal. Se neles faltar alguma formalidade que se apresente como um de seus elementos essenciais, o ato será nulo e a nulidade afetará a instância, atingindo atos posteriores que dele sejam conseqüência ou dependentes.”⁴⁷

“Do exposto se infere ocorrer nulidade: a) pela falta de qualquer dos atos processuais mencionados no art. 564, n° III; b) pela omissão, em qualquer desses atos, de formalidade que dele constitua elemento essencial. Em ambos esses casos, a nulidade independe da incidência do art. 563.”⁴⁸

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 414.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 415.

1.4 Momento para argüição da nulidade

Como já salientado, a nulidade de um ato processual realizado em desconformidade com o modelo legal só pode ser reconhecida através de uma declaração judicial. Pois bem, cumpre apontar os momentos procedimentais em que é possível aos interessados argüir as nulidades e ao juiz decretá-las.

Novamente, utiliza-se das idéias de Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁹. Segundo ele, se a nulidade disser respeito a atos não essenciais (ou acidentais), sua atipicidade deve ser argüida na oportunidade a que se refere o artigo 571, do CPP. Nesse caso, ela só será decretada se comprovada a existência de prejuízo à parte, à apuração da verdade substancial ou à decisão da causa.

Se a nulidade, por sua vez, for atinente àquelas previstas no artigo 572 (art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV), o momento para argüição também está definido no artigo 571, porém, sua decretação não ocorrerá *se, praticado de outra forma, o ato tiver atingido o seu fim, ou se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos*.

Por fim, se a atipicidade tiver gerado nulidade absoluta, pode ser argüida a qualquer tempo, ainda que se recomende sua argüição nos prazos previstos no artigo 571, por questão de economia processual. Destaca-se que, nem mesmo o trânsito em julgado, no caso de decisão condenatória, impede a argüição.

Acerca do tema, posicionam-se Grinover, Gomes Filho e Fernandes⁵⁰, para os quais “incumbe ao juiz da causa, no exercício de seu poder de direção do processo, zelar pela rigorosa observância das formas legais”. Isto é, “o mais correto e desejável é que ao longo do iter procedimental, eventuais vícios sejam desde logo extirpados”, com a prática de atos omitidos, renovação de atos praticados em desconformidade com o modelo legal, e convalidação dos atos irregulares.

Assim, existiriam três ocasiões principais para o reconhecimento dos vícios: antes da designação da audiência de instrução, caso a nulidade tenha sido argüida pela defesa na resposta à acusação; na sentença, em que cumpre ao juiz analisar

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170-171.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

todas as nulidades argüidas em preliminar, e declarar *ex officio* aquelas absolutas; e no exame recursal.

Além destas hipóteses, a lei processual também prevê a utilização de ações autônomas para a argüição de nulidade, ainda que já exista trânsito em julgado da decisão. É o caso do *habeas corpus*, do mandado de segurança, e da revisão criminal. O primeiro instrumento exige que a ilegalidade afete o direito à liberdade de locomoção, o segundo necessita da presença de direito líquido e certo, enquanto o último permite uma análise mais aprofundada das provas nos autos⁵¹.

1.4.1 A súmula 160, do Supremo Tribunal Federal

Não obstante a obrigação do juiz de zelar pela rigorosa observância das formas legais, e prover a regularidade da relação processual, não se pode esquecer que ele deve sempre levar em conta as regras que condicionam a declaração de nulidade à existência de prejuízo às partes, à apuração da verdade e à decisão da causa.

Disso decorre que, em sede de recurso, o tribunal só deve reconhecer *ex officio*, ou seja, sem perturbação, as nulidades que tiverem causado prejuízo à defesa. Se, ao contrário, o reconhecimento da atipicidade do ato favorecer de forma única a acusação, sua declaração não é admitida⁵². É esse o conteúdo da Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

O entendimento da Suprema Corte, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, deriva não só da proibição da *reformatio in pejus*, mas também em decorrência do princípio do *favor rei*, bem como em razão da necessidade de se “jugular abusos de alguns Tribunais que, sem provocação e querendo exercer certo

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

controle dos atos jurisdicionais, anulavam processos embasados em pequenas irregularidades ou vícios de atos não essenciais”.⁵³

1.5 Requisitos para a declaração da nulidade – artigo 565, do CPP

Podem argüir a nulidade o defensor, o querelante, o assistente da acusação, e o Ministério Público – ao atuar como parte ou como *custos legis*. Tal atribuição, porém, deve respeitar algumas condições, previstas no artigo 565, do CPP⁵⁴.

Assim, a parte que suscita a nulidade não pode ter dado causa a ela, ou ter concorrido para a imperfeição do ato, pois “seria profundamente imoral pudesse ela beneficiar-se com a própria torpeza”⁵⁵. Ademais, permitir que aquele que violou a lei tome proveito disso gera grande estímulo para a prática de novas infrações. Ressalta-se a desnecessidade, nesse caso, de culpa ou dolo da parte na prática do ato imperfeito, bastando apenas o fato objetivo.

Outro requisito que deve ser respeitado é a existência de interesse da parte argüente em ver a sanção da nulidade aplicada e o modelo legal observado. Sobre isso, dispõem Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

“(…) a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua conseqüente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade”.⁵⁶

Dessa mesma forma, leciona Paulo Rangel. Para ele, se o vício do ato processual resultar na inobservância de formalidade criada no interesse de certa

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

⁵⁴ Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181-182.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

parte, apenas esta pode requerer a declaração de nulidade do ato, não sendo permitido que a outra parte o faça⁵⁷.

1.6 Instrumentalidade das formas

Já se sabe que as formas dos atos processuais existem em benefício das partes e do juiz, a fim de que, através da participação igualitária de todos, seja possível a construção de um provimento final justo. O desrespeito ao modelo legal, que caracteriza a atipicidade processual, enseja a aplicação da sanção de nulidade.

Sabe-se também que, para o reconhecimento da invalidade, não basta apenas a desconformidade do ato em relação ao que dispõe a lei; são também indispensáveis outros pressupostos, que devem ser analisados em cada caso concreto. Acerca do assunto, Grinover, Gomes Filho e Fernandes⁵⁸ apontam a evolução sensível dos ordenamentos modernos que, com a predominância atual do “sistema da instrumentalidade das formas”, superaram o “sistema de legalidade das formas”.

Este era caracterizado pela enumeração taxativa dos casos de nulidade pelo legislador, e não havia qualquer margem de discricionariedade do julgador para apreciar as conseqüências do defeito. Ao contrário, no sistema atual dá-se “maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia”.⁵⁹

Dá-se, portanto, maior valor ao conteúdo do ato, e ao alcance de sua finalidade específica, não à sua forma. Se a finalidade do ato é cumprida, não se pode aplicar a nulidade prevista ao ato defeituoso, o qual possui tratamento semelhante ao do ato irregular.

⁵⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.672.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

Na ótica da instrumentalidade das formas, cumpre observar alguns princípios do processo penal, que serão estudados a seguir.

1.6.1 *Pas de nullité sans grief*

A expressão *pas de nullité sans grief* surgiu na doutrina francesa, e traduz-se, no sistema brasileiro, como o princípio do prejuízo. Dele decorre a idéia de que somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade, já que o seu reconhecimento, na hipótese de ausência de prejuízo, caracteriza um formalismo exagerado e inútil, que sacrifica o objetivo final da atividade jurisdicional.⁶⁰ Assim, “para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexó efetivo e concreto”.⁶¹

O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade decorre, em especial, da violação do exercício do contraditório, tendo em vista que a participação da acusação e defesa é elemento essencial para que o processo se desenvolva em obediências às regras do devido processo legal. A existência do dano impede que se atinja a finalidade do processo, que é a preparação de um provimento final através de um procedimento pautado na participação plena e igualitária dos destinatários de seus efeitos.

Sobre o exercício do contraditório pelas partes, acrescenta Aroldo Plínio Gonçalves que “se essa participação é atingida, violada, cerceada, negada, o ato é injusto, porque provoca prejuízo incidente sobre a garantia dos direitos processuais”⁶².

Ressalta-se que o dano decorrente do vício processual deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. Isso porque o reconhecimento da nulidade gera perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes, e demora na prestação jurisdicional, o que torna sem propósito a declaração da nulidade por mera possibilidade de prejuízo.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

⁶² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 64.

O autor ainda esclarece que o princípio do prejuízo, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal, não deve ser entendido como uma causa impeditiva da declaração de nulidade, mas como uma norma derogante, que limita, em determinadas circunstâncias, a incidência da norma da qual decorre a aplicação da sanção de nulidade.

E finaliza com a idéia de que “é pelos efeitos do vício do ato sobre o procedimento e sobre a participação das partes que o cumprimento da finalidade do ato processual e a ausência do prejuízo podem ser aferidas”.⁶³

1.6.2 Irrelevância do ato para apuração da verdade substancial ou para a decisão da causa

Quando se fala em prejuízo para as partes processuais, é possível fazer uma distinção entre o prejuízo relevante e aquele que não influencia na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Está inserto no artigo 566, do Código de Processo Penal, que apenas o primeiro gera a nulidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho exemplifica o princípio da seguinte forma:

“Assim, se o assistente não for notificado a comparecer à audiência de uma testemunha e esta, inquirida, responder nada saber a respeito dos fatos, nem de ciência própria, nem por ouvir a outrem, é evidente que anular tal ato em virtude da não presença do assistente seria um contrassenso sem nome, uma vez que aquele depoimento não poderia exercer a menor influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.⁶⁴

O que se quer mostrar é que se o ato praticado ou a prova coligida nos autos, que estão munidos de defeito, não possuírem qualquer potencialidade probatória e, não tiverem sido mensurados na valoração que gerou a decisão final, não devem ser penalizados com a nulidade.

⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 65-66.

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138.

1.6.3 Causalidade

Os diversos atos que formam o processo não possuem existência isolada ou independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação do provimento final.⁶⁵ Tal circunstância tem como consequência o fato de que os atos podem ter, entre eles, uma relação de dependência, o que obriga que a nulidade de determinado ato seja estendida aos subseqüentes. Este fenômeno foi descrito pelo legislador no artigo 573, *caput*, e §§ 1º e 2º, do CPP, que prevê o princípio da causalidade, com a seguinte redação:

Art. 573: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”.

§1º: “A nulidade de um ato, uma vez declarada causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

§ 2º: “O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”.

Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁶ esclarece que a derivação da nulidade só existe quando o ato subseqüente é dependente do anterior, isto é, quando o ato posterior tem sua existência subordinada à existência e à validade do primeiro, ou quando é consequência dele, enquanto seu efeito ou resultado. Assim, como exemplo da aplicação da regra da causalidade, ele destaca a hipótese prevista no artigo 157, §1º, do CPP, que dispõe acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada.

É importante ressaltar que, ao se tratar de vício decorrente da incompetência do juízo, a regra da causalidade recebe tratamento diverso, nos termos do artigo 567, do CPP. Segundo o dispositivo, *a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente*. Portanto, uma vez aceita a declinação de competência, os atos não decisórios são ratificados, enquanto as sentenças e decisões interlocutórias são anuladas.

Para o autor, a dificuldade surge quando se fala no princípio da identidade física do juiz que, em sua opinião, apresenta certa incompatibilidade com o previsto

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 815-820.

no artigo 567. Ao definir que o juiz que presidiu a instrução deve proferir a sentença, o artigo 399, §2º, do CPP, nos traz um questionamento: há necessidade de se repetir os atos instrutórios, que não são decisórios, no caso de declinação de competência a outro juiz?

A solução trazida por Pacelli é a impossibilidade de que o juiz reconheça a incompetência relativa após a audiência de instrução e julgamento. Ou seja, a incompetência pode ser declarada de ofício, mas não mais a qualquer tempo, ficando o juiz que presidiu a instrução obrigado a proferir a decisão. Dessa forma, o princípio da identidade física do juiz é respeitado, e os atos não decisórios continuarão podendo ser ratificados, excetos aqueles de instrução.

1.7 Convalidação

Os princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade do processo permitem que a técnica processual – definida por Grinover, Gomes Filho e Fernandes ⁶⁷ como “mecanismos processuais e formalidades do processo” – seja flexibilizada, a fim de que se alcancem os objetivos maiores do processo e de que não se coloquem entraves inúteis à solução da controvérsia no plano do direito material.

Assim, conforme lecionam os doutrinadores, o ordenamento, ao mesmo tempo em que arrola as hipóteses de incidência da sanção de nulidade para os atos processuais defeituosos, prevê a existência de soluções a fim de que a atividade processual atípica possa ser aproveitada. Disso decorre que, sanada a irregularidade e/ou reparado o prejuízo, é possível que o ato praticado de forma irregular produza seus efeitos, e esteja convalidado.

Segundo os autores, há três elementos essenciais para que haja a convalidação: em primeiro lugar, é necessário que o ato, ainda que atípico, tenha atingido sua finalidade; em segundo, não pode existir prejuízo para as partes; e por fim, o contraditório deve ter sido preservado. Se presentes tais circunstâncias, o

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30-32.

vício processual pode ser sanado através das formas comuns ou especiais, previstas no ordenamento.

A forma mais comum de saneamento ocorre com a preclusão da faculdade da parte de argüir a nulidade, conforme dispõe o artigo 572, I e III, do Código de Processo Penal. A previsão tem razão de ser, pois, se o processo é *procedere* – ou seja, caminhar, ir adiante, avançar –, não há sentido em se admitir que as partes possam, de acordo com sua vontade e a qualquer momento, provocar o retrocesso a fases já ultrapassadas na marcha procedimental. Daí que, se não for observada a oportunidade prevista em lei para a alegação da atipicidade, diz-se que o ato defeituoso é convalidado e produz seus efeitos.

Outra causa de convalidação é a prolação da sentença que, se favorável à parte a quem aproveite o reconhecimento da nulidade, afasta o interesse no retrocesso do curso processual, já que a finalidade do instituto não foi prejudicada. Segundo os autores, tal idéia decorre do artigo 249, §2º, do Código de Processo Civil⁶⁸, aplicável por analogia ao processo penal.

Ainda, aponta-se uma terceira hipótese comum de convalidação, consistente na formação da coisa julgada. Nesse caso, a imutabilidade da sentença, contra a qual não caibam mais recursos, torna saneadas as irregularidades não alegadas ou reconhecidas durante o processo. Os autores tomam o cuidado de destacar que, no processo penal, o trânsito em julgado da sentença convalida apenas os vícios formais que poderiam ser apreciados em favor da acusação, já que à defesa são disponibilizados, pelo ordenamento, instrumentos hábeis à alegação de nulidade após a formação da coisa julgada; é o caso da revisão criminal (artigo 626, do CPP⁶⁹) e do habeas corpus (artigos 647 e 648, inciso VI, do CPP⁷⁰).

Além dessas formas comuns de convalidação, o ordenamento prevê outras hipóteses específicas, em que é possível a correção do defeito processual. A primeira delas diz respeito à nulidade decorrente da existência de vícios na representação da parte, a qual fica sanada com a simples ratificação dos atos

⁶⁸ Artigo 249, §2º: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

⁶⁹ Artigo 626: “Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.”

⁷⁰ Artigo 647: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

Artigo 648: “A coação considerar-se-á ilegal: VI – quando o processo for manifestamente nulo.”

praticados, conforme previsão do artigo 568, do CPP⁷¹. Outra hipótese é fornecida pelo artigo 569, do CPP⁷², e está relacionada às omissões da denúncia, queixa ou representação, que podem ser supridas a qualquer tempo, antes da sentença final. Destaca-se que, nesse caso, as circunstâncias a serem acrescentadas são secundárias como, por exemplo, dia, hora e local do crime. E, por fim, de acordo com o artigo 570, do CPP⁷³, o comparecimento da parte interessada sana a ausência ou irregularidade na citação, intimação ou notificação.

⁷¹Artigo 568: “A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”.

⁷²Artigo 569: “As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos de contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final.

⁷³Artigo 570: “A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

2. VISÃO CRÍTICA ACERCA DA TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

2.1 Considerações Iniciais

O instituto das invalidades no processo penal, conforme relata Aury Lopes Jr.⁷⁴, apresenta-se como questão tormentosa para qualquer aplicador do direito comprometido com a Constituição Federal. Sua casuística dificulta intensamente a criação de uma estrutura teórica capaz de lidar com tamanha complexidade, o que só é agravado ante as relativizações absurdas realizadas por tribunais e juízes diariamente, que reproduzem o senso comum teórico, com base em uma teoria geral do processo.

Situação pior é a daqueles que iniciam o estudo das nulidades a partir da teoria do ato jurídico, alocada no âmbito do direito civil material. Isso porque o direito material possui estrutura estática, o que contradiz a dinamicidade do processo. Não se pode concordar ainda com a aproximação incompatível entre processo penal e processo civil, a partir da defesa da existência de uma teoria geral do processo. Ao constatar a existência de interesses incomensuravelmente distintos nestes dois campos processuais, Ricardo Jacobsen questiona de que forma seria possível “sustentar que o processo civil e penal, a não ser para os defensores de uma teoria geral do processo desgastada e falsamente plantada no seio principalmente da academia, estaria apta a responder a problemas tão diversos e com a mesma eficácia?”⁷⁵.

Prossegue o autor, ao apontar critério diferenciador entre os ramos processuais. Sabe-se que as formalidades processuais visam a proteção dos direitos dos cidadãos, contra qualquer forma de arbítrio ou excesso de poder. No processo penal, no entanto, a forma deve ser analisada com maior cautela e atenção, tendo em vista que o controle dos atos processuais objetiva a proteção de

⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 413.

⁷⁵ JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2010.

garantias fundamentais previstas na Carta da República. Disso decorre a impossibilidade de se pactuar uma gradativa desformalização, como ocorre no processo civil. O que não se pode é atribuir a ambos os ramos as mesmas finalidades. Jacobsen nos ensina que:

“A instrumentalidade constitucional do processo penal, como destacado no capítulo anterior, traça uma ruptura incontornável entre processo civil e penal, uma vez que não se poderá falar em uma teoria unitária das nulidades com pretensão de validade em ambos os setores processuais. Não se pode olvidar que a teoria das nulidades e a forma do ato processual penal possuem uma tarefa que significa o “controle de regularidade de todo o processo penal”. Daí porque os vínculos, os princípios, finalidades e funções da forma processual penal não dialogam e nem poderiam se resumir a um modelo integrado”.⁷⁶

Aury Lopes Jr. destaca ainda o baixo nível de conformidade constitucional do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e a ausência de sistemática legal, bem como a inconsistência sistêmica gerada pelas reformas pontuais no processo penal. Tais circunstâncias – má sistemática legal e importação de categorias do processo civil – resultam em uma jurisprudência caótica, que oscila de forma constante de acordo com os influxos sociais e as pressões dos discursos repressivistas⁷⁷.

Outros aspectos que impedem a conformidade do processo penal ao sistema de instrumentalidade constitucional são apontados por Ricardo Jacobsen, como a não inserção de previsões processuais penais contidas em tratados internacionais na teoria das nulidades; e a utilização da abstração e generalidade do princípio do prejuízo pelos tribunais para limitar os direitos do acusado. Conclui o autor que um processo penal baseado em sua instrumentalidade constitucional só pode ser levado adiante mediante a rejeição de um sistema unitário de nulidades, e a criação de um modelo novo que “se coloque como limite ao poder punitivo estatal”⁷⁸.

⁷⁶ JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2010, p. 219-220.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 414.

⁷⁸ JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2010, p. 225.

2.2 Atos inexistentes: uma categoria frustrada

De acordo com a doutrina tradicional, a inexistência caracteriza-se pela ausência de elemento essencial do ato processual, o que impede o seu ingresso no mundo jurídico, e faz dos atos inexistentes não-atos. Aqui não se cogita a invalidade dos atos processuais, pois a inexistência antecede qualquer consideração acerca do plano da validade. Com base nessas idéias, grande parte da doutrina defende a desnecessidade de provimento judicial que ateste a invalidade do ato inexistente, vez que ela decorre de pleno direito.

É evidente, conforme aponta Aury Lopes Jr., que se existe alguma relevância da categoria da inexistência no plano teórico, o mesmo não se vê na prática forense. Os atos inexistentes descrevem situações que existem apenas no âmbito acadêmico, sem qualquer correspondente na realidade. Afinal, “quando alguém viu uma sentença firmada por uma pessoa que não é juiz; ou uma sentença sem dispositivo?”.⁷⁹

Outra crítica realizada pelo doutrinador acerca da categoria da inexistência diz respeito à afirmação de que o ato inexistente deixa de produzir efeitos por si só, independente de provimento judicial. Para ele, parece óbvio que o ato inexistente só será assim considerado após manifestação judicial que o declare. Nas palavras de Ricardo Jacobsen, “a própria artificialidade conceitual da inexistência e seu princípio reitor – de que a inexistência não necessita de declaração judicial – demonstra uma profunda cisão entre os aspectos teóricos e práticos referentes ao processo penal”.

Tal posicionamento aclara-se na medida em que o autor questiona:

“Sem o reconhecimento judicial do ato inexistente – e pense-se aqui numa sentença condenatória transitada em julgado – como é possível defender-se que o ato seja desfeito ex nihilo? Como se reconhecer a qualidade de inexistente a não ser pela via processual? Evidentemente, as autoridades incumbidas da execução penal reconheceriam de ofício a sentença inexistente?”⁸⁰

⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 415.

⁸⁰ JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2010, p. 330.

A partir disso, é possível notar o total afastamento da teoria do ato inexistente do dia a dia forense, o que contribui para a preservação de uma teoria inatacável, pautada em fundamentos abstratos desprovidos de qualquer concretude. Ora, não há nada mais distante da realidade do que acreditar que o ato inexistente, de forma automática, jamais gerará qualquer efeito jurídico. Concorde-se aqui com Aury Lopes Jr., pois parece lógica a necessidade de que a inexistência seja apreciada pelo controle judiciário para que ocorra no mundo fático. O autor define assim o problema do autismo jurídico: “desconectar-se do mundo, para mergulhar nas suas categorias mágicas”.⁸¹

2.3 Superação da estrutura legal vigente: nulidades cominadas e não cominadas

A doutrina tradicional defende que as nulidades absolutas e relativas estão previstas, de forma exemplificativa, no artigo 564, do Código de Processo Penal, que deve ser interpretado de forma conjunta ao artigo 572, do mesmo diploma legal. No entanto, a partir de uma visão crítica acerca das nulidades, percebe-se que tal dispositivo incorre no erro de pretender estabelecer um rol taxativo de nulidades, o que é completamente equivocado. A previsão do artigo 564 pode servir apenas de indicativo de certos atos que merecem maior atenção quanto a sua regularidade e possibilidade de existência de vícios.

Aury Lopes Jr. aponta defeito na redação do artigo 564, do CPP, pois, ao dispor que *a nulidade ocorrerá nos seguintes casos*, o dispositivo dá a entender que a invalidade do ato processual é automática, decorrente apenas da previsão legal. Como já salientado, sabe-se que qualquer ato processual só será considerado nulo quando verificar-se: a violação ao princípio por ele garantido; a impossibilidade de saneamento por repetição do ato; e a existência de decisão judicial que reconheça a nulidade.

Prossegue o autor em sua crítica, ao asseverar que a classificação das nulidades em cominadas e não cominadas não encontra espaço no processo penal,

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 415.

pois busca estabelecer “a priori” algo que é essencialmente casuístico, através da “presunção de completude e legalidade das normas processuais penais”⁸². Além disso, objeto de maior preocupação é a possibilidade de que situações de grave ilegalidade, por não estarem previstas na lei, permaneçam inalteradas no processo, gerando grande prejuízo às partes. Segundo Aury Lopes Jr., “contribui para a impossibilidade de taxatividade nessa matéria o fato de a teoria das nulidades estar umbilicalmente vinculada à oxigenação constitucional do processo penal”.⁸³ Isto é, o sistema de nulidades só pode ser pensado em conformidade com o sistema de garantias da Constituição, e tal conexão é incompatível com uma taxatividade na lei ordinária.

O doutrinador estabelece como ponto principal de suas considerações o fato de que nenhum vício pode ser considerado passível ou não de saneamento sem uma análise concreta baseada nos princípios constitucionais. E é por isso que uma definição a priori mostra-se “perigosa e reducionista”.⁸⁴

2.4 Teoria do prejuízo e finalidade do ato: inversão do ônus probatório

A partir da já mencionada instrumentalidade inerente ao processo penal, ressalta-se a idéia de que os atos processuais são meios, e não fins em si mesmo, que objetivam a correta aplicação do direito. A desobediência às formalidades, portanto, só gera invalidade quando o ato não for capaz de atingir sua finalidade em decorrência do vício processual. Diante disso, os princípios do prejuízo e da finalidade são cada vez mais utilizados, de forma que o ato defeituoso só será declarado nulo caso haja prejuízo e ele não tenha atingido o seu fim.

O problema que surge, conforme constata Aury Lopes Jr.⁸⁵, diz respeito à manipulação realizada pelo julgador em torno dessa concepção, já que há espaço e

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 418.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 418-419.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 419.

⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 420

liberdade para que ele legitime o que bem entender. Desde logo, nota-se a imprecisão acerca do conceito de *finalidade do ato*, que se for atingida impede o reconhecimento da nulidade. Para o autor, a finalidade do ato processual é conceder eficácia ao princípio constitucional que ele tutela, porém, não são raras as decisões que, através de uma manipulação discursiva, apontam a descoberta da verdade substancial como o fim a ser atingido pelo processo. Assim, ainda que haja defeitos, o processo alcançou o seu fim, pois culminou em uma decisão, que será provavelmente condenatória.

Cumprido destacar, de forma breve, o disposto no artigo 566, do Código de Processo Penal, que está claramente impregnado de elementos do sistema inquisitório, totalmente superado. Não há mais que se falar em verdade real ou substancial, pois, conforme assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, esta idéia legitimaria o sistema inquisitório, ao defender que o processo seria meio capaz de dar conta “da verdade”, e não de “uma verdade”, normalmente completamente diferente da que se estaria buscando. Em suas palavras, “jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza”⁸⁶, que deve estar baseado nos princípios do Estado Democrático de Direito.⁸⁷

No que toca o conceito de “prejuízo”, como critério de distinção entre nulidades absolutas e relativas, Aury Lopes Jr. também o considera problemático e impreciso. Aqui, mais uma vez, surge o problema da transmissão de categorias do processo civil ao processo penal, uma vez que a relativização das nulidades no processo civil está sendo utilizada no processo penal, com o objetivo de se negar eficácia ao sistema constitucional de garantias.

Assim, vê-se que diariamente os juízes e tribunais, com base no princípio do *pas de nullité sans grief*, “atropelam direitos e garantias fundamentais com uma postura utilitarista e que esconde, no fundo, uma manipulação discursiva”⁸⁸. São freqüentes os casos em que a ausência de prejuízo é invocada a fim de se descartar

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 195.

⁸⁷ Para um estudo mais aprofundado, consultar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 421.

a violação da forma processual, a qual gera grave lesão ao princípio constitucional por ela tutelado. Nesse caso, há um defeito processual insanável, que deve ser declarado.

A propósito, cumpre destacar as considerações trazidas por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo o qual:

“(...) prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas”.⁸⁹

Chega-se, a partir do exposto, a uma conclusão incompatível com o processo penal contemporâneo: a de que uma nulidade só será absoluta caso o julgador assim o queira. Essa ausência de segurança jurídica é inaceitável.

Trazem-se aqui as lições de Aury Lopes Jr. acerca do tema:

“O que não se pode mais admitir, frise-se, é que atos processuais sejam praticados com evidente violação de princípios constitucionais, sem a necessária repetição (com vistas ao restabelecimento do princípio violado), e os tribunais chancelem tais ilegalidades fazendo uma manipulação discursiva em torno de uma categoria do processo civil, inadequadamente importada para o processo penal”.⁹⁰

Bem como as de Salo de Carvalho e Antonio Tovo Loureiro que, ao apontarem a ausência de prejuízo como um dos principais argumentos utilizados para dar fundamento a não declaração de nulidade, afirmam:

“A previsão seria para evitar sistema de nulidades que não respeitasse o binômio forma-violação, em face do excessivo apego ao trâmite. Entretanto, distorções sedimentadas por gerações de aplicadores passaram a atribuir àquele que suscita a nulidade o ônus probatório do prejuízo”.⁹¹

⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 188.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 423.

⁹¹ CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista**. In: Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 524.

Conforme asseveram os autores, a exigência de prejuízo decorrente da violação à forma processual é coerente com a teoria funcional-garantista do sistema processual penal, pois visa transpor a idéia do binômio forma-violação, em busca da conseqüência concreta do ato defeituoso. Não obstante, a imprecisão do conceito de 'prejuízo', bem como a forma com que se exige sua demonstração na prática judiciária, indica que tal critério ampara o sistema formalista-dogmático da cultura inquisitória.

Para além dessa questão acerca da influência da inspiração inquisitória no conceito de 'prejuízo', que o torna insensível aos valores constitucionais, outro problema é apontado por Salo de Carvalho e Antonio Tovo Loureiro, e diz respeito à necessidade de que a parte prejudicada (normalmente a defesa) faça prova do prejuízo decorrente do ato defeituoso. Isso porque, não só se observa o déficit de condições materiais do réu para comprovar o dano efetivo que lhe foi causado, como, na maioria dos casos, tal comprovação não é possível, tendo em vista a ausência de vestígios materiais. A questão é: como se faz tal prova?

A solução que traz Aury Lopes Jr. a fim de que a teoria do prejuízo permaneça em conformidade com o sistema de garantias constitucionais é a de retirar do réu o ônus de comprovar o prejuízo. Isto é, não é a parte que alega a ocorrência da atipicidade processual que deve comprovar que o vício lhe causou prejuízo, mas é o juiz que, com o objetivo de manter o ato eficaz, deve justificar o porquê a atipicidade não atingiu a finalidade do ato, ou comprovar que ele foi sanado. "Trata-se de uma inversão de sinais, de liberação dessa carga probatória por parte da defesa, e atribuição ao juiz, que deverá demonstrar a devida convalidação do ato para legitimar sua validade e permanência no processo".⁹² Em outras palavras, "a lógica que deve imperar é a da presunção de prejuízo, invertendo o ônus e impondo à acusação o dever de demonstrar que não houve qualquer óbice à ampla defesa".⁹³

⁹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2^o v. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 422.

⁹³ CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista**. In: *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 531.

2.5 Críticas à classificação em nulidades absolutas e relativas

A classificação das nulidades em absolutas e relativas é mais um exemplo do que já foi dito acerca do freqüente equívoco de se trazer para o processo penal categorias do direito material e processual civil. Tal dicotomia se mostra incompatível com a instrumentalidade constitucional do processo penal, em especial no que diz respeito à categoria das nulidades relativas.

A doutrina tradicional costuma diferenciar a nulidade relativa da absoluta sob o argumento de que aquela se refere ao descumprimento de formalidades que tutelam interesses exclusivos das partes e, portanto, só pode ser reconhecida mediante provocação; enquanto esta diz respeito a vícios que atingem interesses públicos, e deve ser declarada de ofício pelo juiz.

De acordo com a lição de Aury Lopes Jr., porém, é enganoso afirmar que no processo penal existem formalidades que tutelam interesses particulares ou privados, pois todos os atos são definidos a partir de interesses públicos, já que se está diante de “formas que tutelam direitos fundamentais assegurados na Constituição e nos Tratados firmados pelo país”.⁹⁴ Assim, não há como se falar na dicotomia público/privado, pois todos os direitos tutelados são fundamentais.

Nas palavras do autor, “a proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e garantias constitucionais que o tutelam”.⁹⁵ Daí prossegue sua crítica à categoria das nulidades relativas, pois, uma vez que as formas visam à proteção do sistema de garantias constitucionais, o juiz, ante o seu papel de garantidor da eficácia de tal sistema, não só pode, como deve zelar pela regularidade processual, reconhecendo de ofício, em qualquer situação, a nulidade.

No mesmo sentido, é a lição de Érica de Oliveira Hartmann, ao questionar a classificação das nulidades em absolutas e relativas, bem como a afirmação de que são relativas aquelas hipóteses previstas no artigo 572, e absolutas, as demais dispostas no artigo 564, do CPP. Segundo ela, “todas as hipóteses de vício do art.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 424.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 424.

564 atingem, em última análise, o processo legal devido (art. 5º, LIV, CR/88)”⁹⁶, o que conduz à interpretação de que se trata de nulidades absolutas e de prejuízo presumido. Outra consequência de tal entendimento é o fato de elas não estarem sujeitas à preclusão, e poderem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Aury Lopes Jr. constata que diariamente os julgadores deixam de reconhecer a invalidade dos processos, e legitimam atos ilícitos, sob o argumento de que se trata de nulidade relativa, o que ele define como “puro argumento de autoridade, sem qualquer autoridade no argumento”.⁹⁷

Nota-se que categoria das nulidades relativas coaduna-se com a estrutura do sistema inquisitorial, e na medida em que representa uma ilegalidade congênita, que passou do regime de exceção à regra, permite a manutenção de tal sistema no seio do processo penal democrático. Expõe Ricardo Jacobsen que a nulidade relativa é “subserviente e ilustrativa de um sistema inquisitorial, justamente por servir de estrutura que permite a cadeia de transmissibilidade da ilegalidade prototípica de um regime totalitário aos regimes democráticos constitucionais”⁹⁸.

O que se busca é a superação da classificação das nulidades em absolutas e relativas, pois nem mesmo o ordenamento jurídico foi capaz de criar uma sistemática legal eficaz (basta ver o artigo 564, do CPP, e sua total imprecisão). Segundo Aury Lopes Jr., o reconhecimento da invalidade do ato processual deve ser realizado de acordo com a possibilidade ou não de saneamento do defeito, e na medida em que ele tenha ou não atingido a garantia constitucional que se tutela. Assim, “exclusivamente o ato defeituoso, em que houver efetiva lesão ao princípio constitucional que o funda, e ainda, for impossível a repetição, será objeto de decisão judicial de nulidade”.⁹⁹

⁹⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Nulidade no inquérito policial – reconhecimento e consequências**. In: Raízes Jurídicas. 4º v. n. 1. Curitiba, jan/jun 2008.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 424.

⁹⁸ JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2010, p. 343.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 425.

2.6 A forma processual como garantia ao réu

Reafirma-se, novamente, que as formas processuais, quando resguardadas, garantem o cumprimento de direitos e princípios fundamentais que por elas são tutelados, o que assegura eficácia ao devido processo legal, bem como às demais regras constitucionais. Assim, as formalidades processuais são, ao mesmo tempo, limites ao poder punitivo estatal e garantias destinadas ao réu.

São limites ao poder estatal, na medida em que impõem rigorosos mecanismos de controle e estabelecem regras formais para o seu exercício; e são garantias ao réu, pois visam assegurar-lhe o devido processo legal. Não há dúvidas de que o sistema de garantias constitucionais está a serviço da defesa, e não da acusação, e por isso, destaca-se a idéia de que “para punir, deve-se garantir”¹⁰⁰.

Salo de Carvalho e Antonio Tovo Loureiro¹⁰¹ apontam o déficit constitucional na teoria tradicional das nulidades, consistente na análise isolada das formas processuais, afastadas da função que a elas cabe cumprir. Com base nos ensinamentos de Alberto Binder, concluem que uma das funções das formalidades, ao lado de implementar a objetividade da atividade do Ministério Público, é a proteção do sistema de garantias em detrimento do poder punitivo estatal. E nas palavras de Natalie Pletsch, “a forma existe como garantia dos princípios; portanto, a tutela do réu contra o abuso estatal é a perspectiva a partir da qual devem ser lidas todas as regras processuais penais”.¹⁰²

Binder, citado novamente por Salo de Carvalho e Antonio Tovo Loureiro, destaca o fato de que muitas vezes, no caso concreto, a presença de diversas finalidades gera conflito hermenêutico, que deve ser solucionado sob o prisma que rege todo o sistema processual penal, qual seja a proteção do acusado.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 426.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista**. In: *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 525-526.

¹⁰² PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **A Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. *Apud*: CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista**. In: *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 525-526

Disso tudo decorre relevante conclusão acerca do princípio do interesse, positivado no artigo 565, do Código de Processo Penal. Revela-se fundamental que a existência do interesse em anular-se o processo deve ser analisada sob o ponto de vista do acusado. Ou seja, não se deve reconhecer a nulidade caso ela não tenha sido suscitada pelo réu, ou proclamada, em seu benefício, de ofício pelo julgador.

2.7 Saneamento

As lições de Aury Lopes Jr. são utilizadas, novamente, quando se apresentam considerações críticas acerca da idéia de convalidação, no sentido de “tornar válido pelo decurso do tempo”.¹⁰³ Tal conceito não se adéqua ao processo penal, pois não há que se falar em preclusão do direito do réu em argüir defeito no processo, tendo em vista que o sistema de nulidades é estruturado a partir de garantias constitucionais, que tutelam o interesse processual.

É preciso compreender, contudo, que a convalidação, não decorrente da preclusão, mas da prática de novos atos aptos a conceder eficácia ao princípio constitucional violado, faz-se presente. Nesse caso, conforme aponta o autor, a nomenclatura mais correta seria *saneamento*. Pois bem, o que ocorre é que a falha do ato processual que impediu a eficácia do princípio constitucional por ele tutelado, é corrigida pela prática de novo(s) ato(s), que sana o anterior, e garante que o princípio constitucional tenha sua eficácia restaurada.

Em síntese, “convalidação vinculada à idéia de preclusão é inadequada para o processo penal; poderá haver sim o saneamento pela repetição ou prática de outros atos que supram a inicial lesão ao princípio constitucional”.¹⁰⁴

O pensamento exposto é corroborado pelos doutrinadores Salo de Carvalho e Antonio Tovo Loureiro¹⁰⁵ que, acerca do tema, ressaltam a incompatibilidade dos

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 426.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 427.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista**. In: Processo Penal e

institutos da convalidação e preclusão ante o sistema de garantias destinado ao réu. Explicam-se através da idéia de que não há preceito axiologicamente superior à proteção do acusado, vez que este é princípio constitucional reitor do processo penal. Portanto, não há objetivo mais relevante que possa ter sido atingido pelo ato processual defeituoso, e nem mesmo o decurso do prazo (preclusão), a anuência do réu ou a manifestação de torpeza de sua parte (convalidação) podem prevalecer em detrimento dos direitos e garantias constitucionais, tutelados pelas formas processuais, os quais são indisponíveis.

O saneamento, conforme definem os autores, “consiste na depuração do vício objetivando restabelecer o princípio violado pela atividade deficiente”.¹⁰⁶ De acordo com a teoria garantista do processo penal, ele deve ocupar papel de destaque no que diz respeito à reparação de atos inválidos, em detrimento das nulidades, pois o que se busca, em primeiro lugar, é a reparação do princípio afetado.

A partir do que se põe, é possível concluir que a nulidade atua como *ultima ratio* no que diz respeito à reparação da forma violada, e só ocorrerá caso a eficácia do princípio constitucional tutelado tenha sido atingida, e o ato defeituoso seja insanável.

2.8 A nulidade não é sanção

Para a maior parte da doutrina processualista, não há dúvidas acerca da natureza jurídica das nulidades, pois, ao caracterizarem conseqüências jurídicas decorrentes da desconformidade do ato praticado em relação à norma jurídica, a fim de garantir o restabelecimento do status quo anterior, inserem-se na categoria jurídica das sanções. Todavia, a professora Aldacy Rachid Coutinho¹⁰⁷ discorda de tal posicionamento, nos seguintes termos.

Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 527-530.

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista.** In: Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 527.

¹⁰⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111-121.

Em primeiro lugar, destaca a autora que a conclusão a que se chega, a partir do entendimento de que as nulidades têm natureza jurídica de sanção, é a de que, em virtude do princípio da legalidade da pena, a norma jurídica deve prever obrigatoriamente uma sanção, “estabelecida de antemão em norma sancionadora e de forma expressa”.¹⁰⁸ Contudo, há doutrinadores que afirmam a existência de normas destituídas de imperatividade, que não estão acompanhadas da “pena de nulidade” pelo descumprimento da forma do ato processual, o que, segundo Coutinho, dificulta ainda mais a visualização da nulidade como sanção.

Em seguida, a doutrinadora procura diferenciar as várias espécies de sanções, de acordo com suas finalidades, demonstrando que nenhuma delas se coaduna com a estrutura das nulidades.

Assim, a sanção pode ter natureza compulsória, no sentido de obrigar o infrator da norma a adotar o comportamento devido ou cumprir o preceito violado, finalidade essa que não cabe à nulidade. Pode também ter natureza reconstitutiva, a fim de restabelecer a situação anterior ao vício ou a que se teria chegado com a observância da norma, que, da mesma forma, não se encaixa na tipologia da nulidade. Há ainda a sanção punitiva, que representa sofrimento e reprovação ao infrator, de forma a criar-lhe uma situação desfavorável. Vê-se, porém, que nem sempre a nulidade caracteriza situação desfavorável a quem lhe causou, podendo, em certas situações, configurar uma benesse. Por fim, existem as sanções preventivas, que objetivam evitar violações futuras, no interesse das partes. Ocorre que, em relação às nulidades, o objetivo seria assegurar, não o cumprimento das formas processuais, mas das finalidades a que elas se destinam.

Em que pese a doutrina majoritária adote o posicionamento de que as nulidades configuram sanções jurídicas, há autores que as consideram “a imperfeição do ato ou sua atipicidade”. Aldacy Rachid Coutinho aponta, em seus ensinamentos, as lições de alguns autores, que corroboram o entendimento.

De acordo com Tito Prates, a nulidade está no ato, e não em seus efeitos, vez que é da ausência da forma, da impropriedade da matéria e dos vícios do ato que surge o estado de nulidade. Para Chiovenda, a nulidade é a consequência lógica do inadimplemento das formas processuais, a que determinados efeitos são atribuídos pela lei. Tovo, por sua vez, afirma que a validade é uma qualidade do ato jurídico,

¹⁰⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111-112.

enquanto a sanção é uma conseqüência objetiva, do que decorre que a sanção configura conseqüência da nulidade, e não ela própria. Dinamarco também expõe que a nulidade corresponde à imperfeição do ato, o que poderá dar ensejo à ineficácia enquanto sanção aplicada. Por fim, Komatsu diz que a nulidade é a atipicidade pelo desatendimento de uma norma potestativa.¹⁰⁹

Segundo a autora, “aqueles que entendem que a nulidade tem caráter sancionador apontam a nulidade como uma conseqüência desfavorável ao descumprimento da norma, ou seja, como um momento posterior à violação”¹¹⁰, o que gera confusão com a própria ineficácia. Assim, a nulidade estaria afastada do ato e de sua imperfeição, configurando um momento posterior ao vício, o seu próprio efeito. O ato imperfeito só se tornaria inválido a partir do momento em que o juiz desconstituir o ato, retirando sua ineficácia.

Tal idéia, porém, não pode prevalecer. Aldacy Rachid Coutinho ressalta que a ineficácia sim pode ser considerada sanção, na medida em que o ato, praticado em desconformidade com a forma processual, tem como “penalidade” a retirada de seus efeitos. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. expõe o seguinte:

“A sanção é uma reação ao comportamento vedado pelo ordenamento, portanto, é um efeito. Já a nulidade conduz à “falta de efeito”, ou seja, à ineficácia do ato. Logo, se pensarmos nulidade como sanção, isso pressupõe, necessariamente, a produção de um efeito. Mas não é esse o tratamento dado à nulidade, pois ela conduz à falta de efeito do ato. Portanto, pensar as nulidades como uma sanção seria o mesmo que afirmar ser um efeito a falta de efeito.”¹¹¹

Nota-se que ambos os doutrinadores optam pelo entendimento de que as nulidades configuram a atipicidade do ato ou a qualidade do ato viciado; enquanto a ineficácia, em sendo conseqüência objetiva da invalidade, possui natureza jurídica de sanção.

¹⁰⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116-119.

¹¹⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

¹¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 428.

2.9 Contaminação: nulidade por derivação

No que tange aos efeitos da declaração de nulidade do ato processual, traz-se a lume as idéias de Antonio Acir Breda,¹¹² que desenvolveu estudo detalhado nesse sentido. Desde logo, porém, cabe ressaltar a necessidade de adaptação de seus ensinamentos à nova configuração do processo penal, haja vista as modificações realizadas pelas reformas no sistema processual penal brasileiro no ano de 2008, posteriores ao estudo do renomado autor. Dito isso, segue-se às suas lições.

Antes de iniciar o estudo, o autor registra a tendência da doutrina tradicional em rejeitar a definição *a priori* dos casos em que haveria nexos causal entre os atos processuais, de modo a estabelecer quais seriam contaminados por uma eventual declaração de nulidade. De acordo com os autores tradicionais, só o julgador seria capaz de realizar tal verificação ao se portar diante do caso concreto, até porque a tarefa foi-lhe deixada de modo expresso pelo legislador. Breda, porém, discorda do pensamento exposto. Para ele, a intenção da norma não é designar exclusivamente ao juiz a tarefa de, no caso concreto, definir quais os atos contaminados pelo vício processual e quais os atos que podem ser mantidos, uma vez que a contribuição da interpretação doutrinária também se mostra de extrema importância.

Após tais considerações, o doutrinador segue o seu estudo a respeito do efeito extensivo das nulidades, a partir da análise dos pressupostos processuais - de existência e de validade -, conceituados como os requisitos que devem sempre estar presentes, independente da modalidade de ação ou tipo de procedimento; das condições da ação e das condições de procedibilidade.

Quanto aos pressupostos de existência que, para ele, são resumidos ao *actum trium personarum* (autor, réu e juiz), não há que se falar em efeitos da declaração de nulidade, haja vista que sua ausência ou deficiência gera a inexistência da relação processual. Ora, se não há processo, não faz sentido pensar-se em saneamento do vício processual; em suas palavras, “não há remédio

¹¹² BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980.

processual capaz de curar o defeito, que é irreparável”.¹¹³ Em contrapartida, os vícios referentes aos pressupostos de validade são de grande relevância para o estudo dos efeitos das nulidades, conforme análise que será realizada mais adiante.

Antes disso, Breda observa a possibilidade de que o defeito processual diga respeito às condições da ação, tidas aqui como requisitos exigidos pela lei para o exercício de uma ação penal. Nota-se que elas podem ser genéricas, quando necessárias para o exercício de qualquer ação penal, ou específicas (condições de procedibilidade), quando exigidas para propositura de ação referente a determinados tipos penais.

Pois bem, as condições da ação genéricas, consoante expõe o autor, são requisitos positivos para que seja possível o exercício da pretensão punitiva, e resumem-se a: a) existência de um fato penalmente relevante; b) presença de punibilidade concreta desse fato; e c) verificação da legitimidade da parte. Delas, somente a ilegitimidade da parte conduz o processo à nulidade e, nesse caso, ela alcança o processo como um todo, desde a petição inicial. Tal afirmação é justificada nas palavras de Breda:

“A declaração de nulidade, como veremos adiante, desde que atinja um ato da fase postulatória do procedimento, exige a regressão deste ao estado da causa em que deveria o ato ser praticado. Como a legitimidade de parte é condição exigida para o exercício da ação penal, requisito que deve estar presente antes da formação do processo, a eventual declaração de nulidade induz nulidade ‘*ab initio*’ do processo”.¹¹⁴

Prossegue o doutrinador na análise das condições da ação específicas, também denominadas de condições de procedibilidade, cuja ausência impede o exercício do direito de ação. São elas, a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça e a sentença declaratória de falência. No que diz respeito à extensão dos efeitos da declaração de nulidade, retoma-se o que já foi dito acerca da ilegitimidade da parte, ou seja, “a falta de condição de procedibilidade importa

¹¹³ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 176.

¹¹⁴ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 179.

sempre em nulidade que atinge todos os atos do processo, desde a denúncia inclusive”.¹¹⁵

O ponto nevrálgico do tema surge quando se trata dos pressupostos de validade da relação processual, entendidos como os requisitos essenciais para a validade do processo, tanto para sua constituição, como para o seu desenvolvimento regular. Nesta questão, Breda destaca que se faltar pressuposto referente à constituição do processo, a declaração da nulidade obriga a regressão do procedimento ao momento em que tal requisito deveria estar presente; todavia, se ausente pressuposto que diga respeito ao desenvolvimento do processo, há a possibilidade de que os atos anteriores permaneçam intactos.

Ainda que não exista consenso na doutrina acerca da enumeração dos pressupostos de validade, o autor destaca os elementos que, segundo o seu entendimento, configuram requisitos mínimos cuja presença é necessária em qualquer processo, independente do tipo de procedimento.

O primeiro deles, apontado por Breda, é a acusação formalmente perfeita, consoante a regra do artigo 41, do Código de Processo Penal. Ressalta-se que se o juiz rejeitar a denúncia ou queixa por entender ser ela inepta, basta que uma nova seja oferecida de forma regular. Contudo, se o processo já estiver instaurado, os efeitos da declaração de nulidade se estendem a todos os demais atos processuais. No mesmo sentido, é o tratamento conferido ao segundo pressuposto, que consiste na citação regular do acusado. Caso haja ausência de citação, ou vício em sua realização, o processo é nulo, e os efeitos propagam-se a todos os demais atos, inclusive à sentença, com exceção do oferecimento da denúncia e do despacho liminar, vez que são anteriores à citação.

Abre-se espaço aqui para breve ressalva acerca do que foi dito. Com a reforma de 2008, o artigo 363¹¹⁶, do Código de Processo Penal, passou a determinar que o processo se forma com a citação do acusado. Isso significa dizer que a citação válida, bem como a acusação regular, são pressupostos de existência, e não mais de validade da relação processual. Portanto, não há mais que se falar em extensão dos efeitos da declaração de nulidade quanto a tais atos processuais, que se ausentes ou defeituosos, geram a inexistência do processo.

¹¹⁵ Breda, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 179.

¹¹⁶ Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

Quanto à competência do juiz, apontada por Breda como um pressuposto de validade para a constituição do processo, há regra expressa no ordenamento, prevista no artigo 567, do CPP, segundo a qual “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. Todavia, após extensa análise das diferentes modalidades de competência, o autor conclui com a seguinte afirmação:

“Em síntese, a norma do artigo 567, do Código de Processo Penal só tem aplicação para os casos de incompetência territorial, material em sentido estrito (competência de Juízo) e funcional (pelas fases do procedimento). Não se aplica o artigo 567 nos casos de incompetência demarcada constitucionalmente, seja material ou funcional originária. Em tais casos, a declaração de nulidade atinge todos os atos do processo”.¹¹⁷

O próximo pressuposto diz respeito à imparcialidade do juiz, também denominada capacidade específica subjetiva. Apenas nos casos de suspeição do juiz é que os atos por ele praticados serão declarados nulos, atingindo todos os demais atos processuais. Destaca-se que ao impedimento, o ordenamento reservou sanção mais grave, a da inexistência. Isto significa dizer que uma sentença proferida por juiz impedido, ainda que absolutória, é ineficaz e não produz coisa julgada.

No que diz respeito à capacidade das partes, também arrolada como pressuposto de validade da constituição da relação processual, sua ausência vicia todos os atos do processo, inclusive o exercício do direito de ação.

A partir do exposto, Antonio Acir Breda apresenta sua primeira conclusão acerca da extensão dos efeitos da declaração de nulidade dos atos processuais. É possível perceber que todos os atos processuais pertencentes à fase postulatória do procedimento contaminam os atos subseqüentes. Veja-se que a ausência ou falha nos requisitos exigidos pela lei processual para o exercício do direito de ação; seja em relação à capacidade das partes, em relação ao juiz, ou qualquer outro pressuposto de constituição do processo; alcançam todos os demais atos processuais, pois “a declaração de nulidade exige a regressão do procedimento ao

¹¹⁷ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 183.

momento processual em que foi o ato nulo praticado”.¹¹⁸ Daí por diante, todos os atos processuais são contaminados pela nulidade.

Por outro lado, no que tange aos pressupostos de validade referentes ao regular desenvolvimento do processo, outra é a situação verificada. Breda aponta a ampla defesa como princípio que contém dois significados: a autodefesa e a defesa técnica. A primeira diz respeito ao direito subjetivo do acusado de se auto-defender, e é disponível; enquanto a segunda refere-se à injunção legal indeclinável, cuja presença é indispensável para o válido desenvolvimento da relação processual.

Destaca-se que a ausência de defensor do acusado para a realização dos atos de aquisição de prova enseja nulidade absoluta, todavia, consoante explica o autor, “se a nulidade absoluta, decorrente de infração às normas que protegem a defesa técnica, ocorreu num único ato da instrução, basta a renovação do ato nulo, não se comunicando o vício para os demais atos praticados validamente”.¹¹⁹

A regra aplica-se também no que diz respeito à apresentação das alegações finais, tendo em vista que o autor as considera diligência obrigatória, tanto por parte do Ministério Público, como pela defesa. Uma vez que o ato processual insere-se na instrução criminal, a eventual declaração de nulidade é resolvida por sua renovação.

Portanto, diferente do que ocorre na fase postulatória do processo, os atos da instrução processual são independentes e não contaminam os demais atos praticados de forma regular. No mesmo sentido, são os ensinamentos de Franco Cordero, retomados aqui por Breda:

“Para os atos propulsivos, como adverte FRANCO CORDERO, o remédio, seja a nulidade absoluta ou relativa (não sanada), consiste em reconduzir o processo à fase em que se situou a nulidade’. Já para os de aquisição de prova ‘falta um nexo de verdadeira e própria dependência e isso exclui a propagação automática da nulidade’”.¹²⁰

Diante de todo o exposto, Breda apresenta sua conclusão no sentido de que a presença de nulidade na fase postulatória da relação processual gera, de forma

¹¹⁸ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 184.

¹¹⁹ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 186.

¹²⁰ BRED A, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. A. 9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 187.

automática, a contaminação de todos os demais atos do processo; enquanto a nulidade que tem lugar na instrução criminal, não se propaga aos demais atos de aquisição de prova, realizados validamente. Contudo, em qualquer dos casos, a nulidade projeta-se sobre a sentença, pois, conforme afirma o autor, poder-se-ia dizer que é requisito de validade da sentença a inexistência de nulidade em qualquer fase do procedimento.

2.10 Nulidades no inquérito policial

O inquérito policial, como uma das várias formas de investigação preliminar, é reconhecido como procedimento administrativo, já que, em regra, não há a participação do Poder Judiciário no exercício de suas funções. Desde logo, mister se faz destacar que a principal consequência de tal afirmação é a não incidência, em sua estrutura, dos princípios constitucionais relativos ao processo.

Ao inquérito policial, leciona Érica de Oliveira Hartmann, não se aplicam as garantias constitucionais processuais, como o devido processo legal. Aceita-se que “a polícia judiciária, sozinha, realize as mais diversas diligências para apuração do fato de que teve conhecimento através de notícia do crime, sem a participação, a princípio, do legitimado para propor a ação ou da defesa do indiciado”¹²¹. Isso fica claro a partir do disposto no artigo 14, do Código de Processo Penal, que permite ao indiciado o requerimento de diligências à autoridade policial, porém, garante a esta total discricionariedade para decidir acerca do pedido.

A ausência do contraditório no inquérito policial também é atestada por Fernando da Costa Tourinho Filho¹²², ao argumento de que a fase investigatória não é dotada de caráter punitivo. Segundo ele, uma vez que o contraditório consiste na possibilidade de se contrariar a acusação, não encontra espaço no inquérito policial, que é peça meramente investigatória.

¹²¹ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Nulidade no inquérito policial – reconhecimento e consequências**. In: Raízes Jurídicas. 4º v. n. 1. Curitiba, jan/jun 2008, p. 293.

¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

Pois bem, diante desse quadro, questiona-se a possibilidade do reconhecimento de vícios no inquérito policial, bem como o regime a eles aplicável. A propósito, a doutrina tradicional nega a possibilidade de existirem defeitos na fase de investigação preliminar e afirma que, ainda que fosse possível o seu reconhecimento, tais deformidades em nada afetariam o processo penal. É esse o posicionamento do autor mencionado, que discorre sobre o tema nos seguintes termos:

“Este (refere-se ao inquérito policial) é peça meramente informativa e, por isso, não há cuidar-se de nulidade. Se o representante do Ministério Público pode ofertar denúncia sem inquérito, é indubitoso não ser ele instrumento imprescindível à instauração do processo. E quando a denúncia ou queixa respaldar-se num inquérito, o que constitui, praticamente, regra? Possível irregularidade do inquérito não pode contaminar o processo; nem mesmo desrespeito a formalidade legal.”¹²³

Tal postura é justificada pelo argumento de que o inquérito policial não tem a função de acusar, mas serve apenas para que o legitimado para propor a ação penal se convença da existência de prova da materialidade e de indícios de autoria dos delitos investigados. Contudo, conforme aponta a professora Érica de Oliveira Hartmann, tal pensamento é demasiado falacioso, pois não raramente os elementos colhidos na fase de investigação preliminar são valorados pelo julgador na ocasião da sentença.

A autora relembra, ainda, que a jurisprudência permite que o juiz forme o seu convencimento condenatório com base em provas coligidas no inquérito policial, desde que estas sejam reproduzidas em juízo, e estejam corroboradas pelos elementos colhidos no processo. A consequência disso, no entanto, é a possibilidade de se firmarem condenações fundadas em provas produzidas sem as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstas no artigo 5º, inciso LIV e LV, da CR/88.

Valemo-nos aqui dos ensinamentos de Aury Lopes Jr.:

“O que não pode existir é dois pesos e duas medidas, como querem alguns, afirmando que as irregularidades formais do IP (inquérito policial) são irrelevantes, pois não alcançam o processo, e, por outro lado, defendendo que as diligências policiais podem ser valoradas na sentença, pois os atos

¹²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183-184.

do IP integram o processo e existe uma “presunção de veracidade” das diligências policiais”.¹²⁴

E da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ilustra o pensamento exposto:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. RECONHECIMENTO PESSOAL NA FASE INQUISITIVA. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CPP. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. IRREGULARIDADES NA FASE POLICIAL. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. 1. Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do Inquérito Policial, não, necessariamente, contaminam a ação penal. 3. É de considerar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial, caso eventual édito condenatório esteja fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito ao paciente.¹²⁵

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE INSERÇÃO DE FALSAS ANOTAÇÕES EM CTPS. ART. 297, § 3.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE TER SIDO A CONDENAÇÃO BASEADA EM INQUÉRITO POLICIAL E CONFISSÃO DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA NA VIA ADMINISTRATIVA. 3. Cumpre ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Magistrado, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso.¹²⁶

Para Aury Lopes Jr., a única forma de sanar um ato defeituoso do inquérito é repetindo tal ato durante o processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Caso contrário, não há dúvidas de que, não só o elemento colhido no inquérito policial em desrespeito às formalidades processuais é nulo e, portanto, deve revestir-se de ineficácia e sofrer desentranhamento dos autos, como a sentença que o valorou também está contaminada.

E mais, consoante expõe Hartmann, tendo em vista que a finalidade da investigação preliminar é a colheita de subsídios que fundamentem a propositura da ação penal através da demonstração da presença das condições da ação, se tais

¹²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 438.

¹²⁵ HC 208.170/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011.

¹²⁶ REsp 1111788/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010.

provas forem produzidas de modo falho, ensejam mácula do próprio exercício da ação pelo legitimado. Nesse caso, deve o magistrado reconhecer a invalidade e desentranhar o ato viciado, antes de realizar o juízo de admissibilidade da ação penal. Caso, ainda assim, existam elementos que preencham o requisito do *fumus commissi delicti*, a denúncia deve ser recebida, todavia, se inexistirem provas suficientes da materialidade e indícios de autoria, ela deve ser rejeitada.

O entendimento que se tira do exposto é que o ato, pertencente ao inquérito policial, praticado em desconformidade às formas processuais deve ser, não só excluído fisicamente dos autos, como também repetido em juízo, em que se fazem presentes as garantias constitucionais. Anota-se que a impossibilidade de repetição da prova nula durante o processo não é um argumento válido para mantê-la nos autos, pois, conforme preconiza Aury Lopes Jr., “se a prova é irrepitível, com mais razão devem ser observados todos os requisitos formais que a lei exige para a sua produção”,¹²⁷ devendo ser realizada, inclusive, através do incidente de produção antecipada de provas, perante o juiz e na presença de todas as garantias à defesa.

¹²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 441.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita uma análise das principais características do sistema de nulidades no processo penal brasileiro nos moldes da doutrina tradicional, pode-se perceber que a manutenção de uma compreensão das nulidades ligada aos ideais inquisitivos serve como obstáculo ao amadurecimento das normas constitucionais e à solidificação da cultura democrática no processo penal. Verifica-se que o apego à forma pela própria forma coloca em risco a proteção dos princípios reitores do sistema acusatório, garantidos pela Carta da República, como a duração razoável do processo, o princípio da presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, os quais são mitigados pela cega obediência a um sistema de nulidades radicalmente formal e privatista.

A ausência de estudos mais aprofundados acerca do tema, bem como a inconstância das decisões judiciais, que optam pela declaração das nulidades de forma completamente descriteriosa e arbitrária, demonstra a resignação da doutrina e jurisprudência para com o modelo vigente.

Num primeiro momento, a pretensão do estudo foi apontar as categorias e princípios fundamentais que atualmente constituem a teoria das nulidades, para que, em um segundo momento, fosse possível traçar algumas críticas a tais premissas, com fundamento na instrumentalidade constitucional.

O escopo geral perseguido pelo trabalho, portanto, é despertar o interesse dos pesquisadores para o tema, a fim de que se realize revisão acerca do exame da forma processual, e se adote mecanismo mais rigoroso no que diz respeito à proteção das garantias individuais, e mais criterioso em relação à flexibilização das formalidades processuais. O que se busca não são apenas alterações legislativas nesse sentido, mas, em especial, a mudança de pensamento do aplicador do direito, que deve se conscientizar acerca da necessidade de nova interpretação da teoria das nulidades voltada aos princípios reitores da estrutura acusatória e, em especial, à ótica da instrumentalidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** In: Revista do Ministério Público, a.9, n. 9. Curitiba, 1980, p. 171-189.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal.** Traducción de Santiago Sentís Melendo. 3º vol. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1950.

CARVALHO, Salo de e LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista.** In: Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, a. 30, n. 30. Curitiba, 1998.

_____. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito.** In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

_____. **O papel no novo juiz no processo penal.** In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Nulidade no inquérito policial – reconhecimento e conseqüências**. In: Raízes Jurídicas. 4º v. n. 1. Curitiba, jan/jun 2008.

JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado: Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2º v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º vol. Campinas: Millennium Editora, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3^o vol. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.