

As nulidades no processo penal e o prejuízo

Jorge Coutinho Paschoal

Resumo: O presente artigo tem por escopo o exame das nulidades no processo penal brasileiro. O estudo foca, em especial, o prejuízo, critério eleito pelo ordenamento jurídico brasileiro para verificar quando há, ou não, nulidade, tendo em vista a adoção da teoria da instrumentalidade das formas. Escolheu-se estudar o tema, em razão da falta de uniformidade no tratamento da matéria, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial. Com efeito, é possível notar que são proferidas decisões divergentes para casos iguais, em curto espaço de tempo. Entre os fatores que podem, eventualmente, explicar essa carência de sistematização está o fato de não se conseguir especificar e/ou bem delimitar: a) qual o conceito e o cerne da nulidade, sobretudo processual, b) qual sua natureza jurídica, c) como a nulidade pode ser diferenciada dos demais institutos jurídicos, haja vista existir muita confusão entre as nulidades e as demais invalidades, sem contar o instituto da inexistência jurídica. No que tange ao prejuízo, não há consenso a seu respeito, qual o seu conteúdo, bem como se dá a sua ocorrência no processo, se precisa ser efetivo (concreto), ou meramente potencial. Todas essas questões têm trazido muitas dúvidas tanto na teoria quanto na prática, havendo uma grande insegurança jurídica, o que pode levar a decisões casuísticas, acarretando tratamentos diferenciados para casos iguais: o que enseja, de um lado, impunidade (ou tratamento privilegiado) e, de outro, persecuções penais arbitrárias, vulnerando o sistema de direitos e garantias no Estado de Direito Democrático.

Palavras-chave: Nulidades processuais penais. Prejuízo. Atos e vícios processuais. Devido processo legal. Direitos e garantias fundamentais.

Sumário: **1** Algumas explicações necessárias – **2** Dos pressupostos e lineamentos que nortearam toda a pesquisa – **3** As nulidades na teoria geral do direito – **4** Planos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos – **5** As nulidades no processo penal – **6** Os contornos entre as nulidades e as invalidades – **7** O reconhecimento das nulidades no direito processual – **8** Natureza jurídica da nulidade – **9** A má aplicação das nulidades não se deve ao Código de Processo Penal de 1941, o qual não pode hoje ser qualificado como inquisitorial – **10** O prejuízo e as nulidades processuais penais – **11** Uma profícua distinção entre nulidade absoluta e relativa deve estar na lei, apenas para fins de preclusão – Referências

1 Algumas explicações necessárias

É uma grande honra ter o privilégio, nesta oportunidade, de poder escrever um artigo em uma revista coordenada pelo Professor Marcos Alexandre Coelho Zilli, que participou da nossa banca de Mestrado, a quem agradecemos pelo constante incentivo e carinho, bem como por nos conceder este espaço para divulgar nosso trabalho e parte das ideias nele defendidas.

O artigo que segue será a respeito do estudo por nós realizado em sede de Dissertação de Mestrado, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sobre o tema do prejuízo e as nulidades processuais penais, com um capítulo dedicado à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).¹

No presente artigo, serão apresentados alguns dos pontos abordados na Dissertação, cuja análise mais pormenorizada poderá ser consultada no exemplar depositado na Biblioteca da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco² ou mesmo quando de sua futura eventual publicação, marcada para ocorrer, a princípio, em meados de novembro de 2014.

O tema das nulidades processuais penais, apesar de importante, não é um tema tão abordado na doutrina. Comprova isso o fato de o trabalho por nós apresentado ter sido um dos primeiros sobre o assunto, em processo penal,³ levado a cabo em sede de uma Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Se há poucos trabalhos a respeito das nulidades no processo penal, cabe dizer que não existem estudos específicos dedicados à análise do prejuízo nas nulidades processuais, seja no processo civil, seja no processo penal, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

O interesse pelo estudo da matéria se deu com a profissão, com a atividade de advogado criminal, já que, da análise da jurisprudência, sempre houve, de nossa parte, a impressão de que haveria um tratamento desigual da matéria, na medida em que, não raro, casos iguais eram julgados de modo diferente, pois ora a nulidade era reconhecida, ora não, havendo tratamento quase que casuístico, sendo este um dos grandes males do assunto.⁴

O desejo de proceder ao estudo da matéria foi crescendo e, em meados de 2009, só aumentou quando de nosso intento de retornar à Faculdade do Largo de São Francisco.

Apresentamos o projeto de Mestrado em outubro de 2010,⁵ sendo que ingressamos no Curso de Mestrado, na USP, em janeiro de 2011, sob a orientação do Professor Maurício Zanoide de Moraes, tendo finalizado a pesquisa em janeiro de 2014, com a defesa em maio de 2014, cuja Banca contou com a avaliação, além do Orientador e do Professor Marcos Alexandre Coelho Zilli, do Professor Guilherme Madeira Dezem.⁶

2 Dos pressupostos e lineamentos que nortearam toda a pesquisa

O tema das nulidades processuais é sempre um tema tormentoso, em qualquer área do direito em que se coloca a sua discussão.

É um assunto que envolve uma série de outras questões, já que muito está ligado ao próprio formalismo, pois, em regra, a nulidade decorre da quebra da forma prevista para o ato, com infringência do devido processo legal.

Para falar da forma, entendemos por começar por abordar para que elas servem, bem como tratar das peculiaridades da(s) sua(s) finalidades(s) no processo, mormente o penal.

Para tratá-lo adequadamente, reputamos que o trabalho deveria se iniciar alicerçado em algumas premissas, entre elas no estudo do próprio direito penal.

A rigor, de nada adiantaria afirmar que o processo é um instituto destinado a um (ou alguns) fim (fins) se não se sabe(m) ao certo qual(is) seria(m) este(s).

Foi importante mostrar, nesse sentido, as razões de existir do direito penal, isto é, de um direito penal formalizado e institucionalizado.

A esse respeito, a primeira razão, evidentemente, foi para conter o arbítrio então reinante em um sistema baseado na justiça particular.

Abordamos um pouco do caos existente em um sistema desformalizado de direito, no qual vigia a justiça privada, pelas próprias mãos, tendo mostrado que, nesse tipo de sistema, até mesmo terceiros poderiam sofrer com os castigos, já que a responsabilização, não raro, se dava de forma coletiva, mediante responsabilização de cunho objetivo.

A abordagem foi importante para demonstrar que a institucionalização de um direito formalizado (daí a importância do próprio formalismo), sobretudo na esfera penal, mediante o delineamento do monopólio do poder de punir e da centralização de um poder, foi importante não apenas para a proteção da suposta vítima, mas também do pretense agressor.

A esse respeito, resgatamos as lições de Luigi Ferrajoli quando este autor bem mostra que o surgimento do direito penal não se deu apenas para a repressão e prevenção dos delitos, mas, especialmente, para a prevenção das reações incontroláveis, consistentes nas represálias das vítimas.⁷ Enfim, a formalização do direito teve como o seu pressuposto a prevenção de todas as formas de violências, não só a decorrente do agressor (delinquente), mas também — e sobretudo — a da suposta vítima, cuja vingança seria sempre incontrolável.

O direito penal, portanto — e, nesse sentido, também o processo penal, que lhe serve de instrumento — não visam apenas à punição, mas àquela mais justa, equânime e proporcional.

Por isso, reafirmamos no trabalho a visão de que o surgimento e a institucionalização do direito penal é “um luxo próprio das sociedades mais civilizadas”.⁸

Evidentemente, com essa afirmação, não olvidamos que, pelo regramento de um direito punitivo, a violência e arbitrariedade estatal teriam acabado.

Ao contrário, pois o próprio Luigi Ferrajoli, quem fez a afirmação acima, fala que a história das penas foi mais aviltante que a própria história do delito,⁹ sendo, contudo, absolutamente necessário para conter a barbárie e a violência incontrolável, frise-se, então reinantes em um sistema de vingança privada.

Nesse sentido, o direito penal — destaque-se, se comparado ao que existia antes —¹⁰ constituiu sim uma inquestionável evolução e conquista, em termos de ganhos civilizatórios, da qual ainda hoje — e talvez sempre — não se possa abrir mão.

Em nosso trabalho, reafirmamos que a centralização de um poder punitivo, mediante o monopólio de um poder sancionatório, foi um primeiro passo necessário para minimizar a violência, embora tenha se mostrado insuficiente.

Com a institucionalização do poder, surgiu o problema do seu abuso, já que a experiência mostra que quem detém o poder tende a abusar dele. Nesse sentido, afirmou-se que de nada valeria a garantia do formalismo penal (mediante a legalidade dos delitos e das penas) se não houvesse, por seu turno, a garantia de um processo, ainda que, nos primórdios, minimamente regrado.

Com efeito, o direito penal não se revestiria de uma garantia se o processo pudesse ser conduzido da forma como bem entendesse o árbitro ou juiz.

A esse respeito, tocou-se no tema da importância das formas (a forma *stricto sensu*), e, sobretudo, do formalismo processual (forma *lato sensu*), para conferir segurança às pessoas e para imprimir uma maior certeza às relações jurídicas.

O respeito às regras instituídas é importante 1. Por preservar os direitos e garantias das partes não só em relação ao julgador, mas em relação às próprias, na medida em que coloca ordem à atividade de cada qual; depois, 2. Por imprimir maior celeridade na resolução da controvérsia, pois, diferentemente do que se poderia pensar, sem regras ou formalidades é que não se chega a lugar algum, pois o procedimento poderia se perder na confusão e incerteza decorrente justamente da inexistência da forma. Ainda que as formas sejam burocráticas, não se pode perder de vista que haveria maior delonga, confusão e atraso se não existisse qualquer regramento. As formas também são imprescindíveis; 3. Para imprimir igualdade não só de tratamento entre as partes, mas para melhor garantir como serão decididas as questões de fundo, pois, sem regras, o processo guardaria a conformação e fisionomia que cada juiz entendesse devida, podendo levar casos iguais a serem julgados de modo diferente: afinal, as oportunidades de manifestação e de defesa seriam ditadas conforme o bom senso de cada qual, havendo direitos amplos ou restritos conforme a discricionariedade da autoridade.

Por fim, deve ser pontuado que o respeito à forma é um importante fator de legitimação das decisões tomadas, para imprimir respeito às decisões proferidas.

Se a importância ao formalismo é mesmo algo irrecusável, não se caiu na armadilha de afirmar que forma é tudo e que deve ser cultuada sempre, a todo custo, rigorosamente.

Tratou-se em item específico, aliás, a respeito de várias “disfunções do formalismo processual”, [11](#) sendo a questão abordada, nas páginas 311 e ss., na análise técnica da teoria da instrumentalidade das formas, sendo listado que

para uma efetiva proteção dos direitos e das garantias fundamentais (mormente do acusado), será mesmo necessário e imperioso flexibilizar a interpretação rígida que se faz das formas jurídicas que, algumas vezes, tanto se apegam o legislador e, principalmente, os magistrados, a fim de negarem o exercício de direitos.[12](#)

Com efeito, ao longo de toda a Dissertação, tomou-se o cuidado de pontuar, *a cada capítulo*, que a nulidade não visa proteger a forma pela forma, como se fosse um fim em si mesmo, mas sim o valor tutelado nela, “o qual, em realidade, dá ensejo à nulidade”.[13](#)

Afirmou-se que “longe de ser um elemento a ser combatido” — (o formalismo) “deve ser preservado” ressaltando, contudo, em nosso trabalho, desde que ele seja “bem posto, dentro do processo”.[14](#) Frisamos, na Dissertação, que o formalismo seria um preço a se pagar, sendo necessário analisar, contudo

quando o pagamento desse preço trará saldo positivo, já que há formas no processo que, além de serem inócuas, ou não terem função alguma, levam à violação de direitos. Analisar o exposto

implica tratar dos valores em relação aos quais as formas foram instituídas, *já que o formalismo que interessa e que deve ser observado e cultuado no processo só pode ser o valorativamente orientado para a consecução de determinado fim (legítimo).*¹⁵

Mostrou-se que a forma é importante, porém não é tudo, já que, da análise da história, houve diversos procedimentos pautados em formalismo que, contudo, não representaram qualquer garantia (como o sempre citado e lembrado processo inquisitorial, sobretudo dos Tribunais eclesiásticos).¹⁶

Dessa análise, ficou registrado que mais que formas vazias de sentido (isto é, o devido processo formal), valores deveriam ser cultuados e inscritos (devido processo material).

Apontou-se para a importância do garantismo penal, o qual tem relação direta com o modo como é prevista a nulidade, pois a invalidade visa tutelar, mais que formas, valores, que são colocados para a proteção do indivíduo e, no processo, da busca da verdade atingível.

3 As nulidades na teoria geral do direito

Vistos os lineamentos políticos do tema, passou-se à sua análise técnica.

Para tanto, foi feito um estudo das nulidades tanto fora quanto dentro do processo.

Isso porque o tema das nulidades é próprio de teoria geral do direito, tendo sido construído primeiramente pelos civilistas e depois importado para o sistema processual.

Nesse sentido, fez-se um estudo das nulidades e do ato jurídico fora do processo para depois tratá-lo dentro dele.

Com essa análise, não se quis sustentar uma teoria geral das nulidades aplicável para todo e qualquer âmbito. Pretendeu-se apenas demonstrar a proximidade entre alguns institutos e classificações, na medida em que os vícios que dão azo à decretação da nulidade (bem como os que dão ensejo à própria inexistência jurídica) foram todos construídos a partir da teoria geral do direito, dos estudos e das construções de direito civil.

A esse respeito, estudá-los fora do processo contribuiu para explicá-los dentro dele, aproveitando-se esta mesma oportunidade para listar as diferenças e a razão pela qual não seria desejável se construir uma teoria unitária das nulidades, não sendo possível, assim, uma mera e simples transposição de conceitos.

Em que pese o exposto, é certo que alguns institutos maiores podem ser aproveitados, como a própria construção dos fatos jurídicos no direito civil, entre eles os fatos jurídicos em sentido amplo, dividindo-se estes em (i) fatos jurídicos em sentido estrito e (ii) os atos jurídicos, os últimos se bifurcando (ii.1) em atos jurídicos sentido estrito e em (ii.2) negócios jurídicos.¹⁷ Foram analisados os diversos planos do ato jurídico, entre eles o da existência jurídica, da validade e da eficácia.

4 Planos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos

Para o ato existir, do ponto de vista jurídico, a doutrina coloca ser necessária a presença do que denomina por elementos constitutivos, entre eles os elementos extrínsecos (agente, tempo e lugar) e os intrínsecos (forma, objeto e declaração de vontade).

A existência seria um primeiro passo para aferir a eficácia do ato, pois, caso ele sofra o vício da inexistência jurídica, em tese não teria a menor possibilidade de ter qualquer eficácia jurídica, sendo que o vício seria daqueles tão graves que, segundo coloca a doutrina mais tradicional, sequer seria necessária decisão judicial para reconhecer-lhe a inexistência.

Uma vez existindo o ato (juridicamente), haveria que se averiguar se haveria validade, entendida esta como a conformidade da prática do ato ao modelo legal.

A validade seria um segundo plano para aferir se o ato teria eficácia jurídica, sendo necessário, para tanto, a presença do que a doutrina convencionou chamar por requisitos de validade, tanto os extrínsecos quanto os intrínsecos, todos eles correspondentes, de certo modo, aos elementos constitutivos. Assim, para (1) o (elemento extrínseco) agente, deve corresponder (a) o requisito de capacidade e legitimidade para a prática do ato; para (2) o (elemento extrínseco) lugar, deve corresponder (b) o requisito de que seja o legalmente adequado para tanto; para (3) o (elemento extrínseco) tempo, deve este corresponder ao (c) legalmente previsto; para (4) o (elemento intrínseco) consubstanciado na declaração de vontade, deve corresponder (d) o requisito de que tenha sido proferida sem quaisquer vícios (mediante livre manifestação); para o (elemento intrínseco) objeto, deve corresponder (e) o requisito de que ele seja permitido em lei, devendo ser lícito, possível, determinado ou determinável; para (6) o (elemento intrínseco) forma, deve corresponder (f) à forma prevista em lei para a prática do ato.

Caso haja um vício que atinja o requisito previsto para a prática do ato, o ato será inválido ou poderá sê-lo, conforme a gravidade do vício.

Haveria dois tipos de invalidades, a perfazer a (i) *nulidade de ordem absoluta*, também denominada de nulidade *de pleno direito*, que seria verificável caso o vício implique uma infração ao interesse público e a (ii) *nulidade relativa*, também conhecida pelo nome de *anulabilidade*, caso haja infração ao interesse privado.

Na nulidade de ordem absoluta, em regra, não haveria qualquer possibilidade de sanabilidade do vício, podendo ser reconhecível a nulidade de ofício, sendo até mesmo dispensável uma decisão judicial a respeito. Por o ato não ter, em tese, qualquer aptidão de produzir efeitos, a invalidade se daria *ab initio*, de maneira imediata.

Já no caso das anulabilidades, por o vício não atingir o interesse público, o ato pode produzir efeitos até que seja anulável (efeitos *ex nunc*) pelo julgador, sendo necessário que o vício seja alegado pela parte interessada, não podendo ser reconhecível de ofício, sendo necessária uma decisão judicial para reconhecer a nulidade.

Por fim, como último plano para que o ato tenha eficácia, haveria os fatores de eficácia do ato (eficácia em sentido estrito), consubstanciado na aptidão do ato em produzir efeitos.

No direito civil, os exemplos clássicos de negócios sem eficácia são aqueles praticados mediante

alguma condição. Em regra, validade e eficácia (assim como invalidade e ineficácia) são conceitos reciprocamente imputáveis um ao outro, embora nem sempre seja assim, sendo difícil vislumbrar, sobretudo em sede de direito processual, algum ato válido que não seja também eficaz e, por seu turno, algum ato inválido que não seja também ineficaz.

Todos esses conceitos (existência, validade e eficácia) foram aproveitados no direito processual, entre eles os referentes à própria classificação que se faz entre as hipóteses de nulidades no direito civil, isto é, em absolutas e relativas, conforme o interesse colocado em jogo, sendo transportados, ainda que de forma acrítica, para o processo civil e penal.

5 As nulidades no processo penal

Ao tratar das nulidades processuais penais, os problemas já começam com a sua conceituação,¹⁸ não sendo tarefa nada fácil exprimir o que seria a nulidade.¹⁹

A esse respeito, não é incomum confundir a nulidade com o próprio vício *formal*, equiparando-a ao ato praticado em infração à *forma* prevista pelo ordenamento jurídico, definição essa mais apropriada para o direito civil.

Mesmo quem trata do assunto hoje, não raro acaba incorrendo no hábito de qualificar a nulidade apenas e exclusivamente pelo vício de forma.

As concepções que procuram explicar a nulidade com base, apenas e exclusivamente, nos vícios dos atos jurídicos mostram-se genéricas e imprecisas.

São genéricas, pois, em primeiro lugar, cabe destacar, nem todo vício acarretará nulidade. Aliás, analisando-se alguns vícios incidentes nos pressupostos processuais e mesmo nas condições da ação, é fácil observar que nem todos eles estão sujeitos à nulidade, podendo levar a outros tipos de invalidades. São imprecisas, já que fica difícil saber se nulidade seria uma qualidade do ato (o vício formal seria a nulidade em si) ou apenas um efeito (o vício pode causar a nulidade, sendo, portanto, coisas diversas uma da outra).

Também não se mostra satisfatória a definição da nulidade como mera violação à lei, na esteira da conceituação dada pela doutrina civil. Nem sempre a violação à lei acarretará a nulidade, sendo que, não raras vezes, a própria lei dispõe que, não havendo prejuízo, a sua violação não implicará a decretação da nulidade.

Por isso, razão assiste aos autores que destacam que a nulidade é uma resposta conferida pelo ordenamento jurídico para tratar de determinadas hipóteses (ainda que elas não estejam expressamente previstas em lei), que coloquem em risco ou mesmo acarretam efetiva lesão a algum valor fundamental, seja por decorrência de algum vício formal, ou não. Aliás, nesse último ponto deve ficar bem claro que nem sempre o vício decorrerá de algum vício de ordem formal. Há nulidades que não se originam da prática imperfeita do ato (forma), mas sim de vícios de conteúdo, que comprometem a regularidade do procedimento.

Igualmente, pode haver uma nulidade decorrente do vício de manifestação de vontade, o que tem especial relevância nos negócios jurídicos processuais.

A nulidade, muito embora, na maioria das vezes, decorra de um vício de forma, não pode ser atrelada apenas e tão somente a ela.

Quando muito, até poderia ser conceituada como uma hipótese decorrente de um vício, caso esse vício seja entendido em sentido amplo, abrangendo tanto os conceitos de forma, de conteúdo, bem como de manifestação de vontade.

Contudo, só isso (a explicação pelo vício) também não seria suficiente para se chegar ao cerne da nulidade, pois nem sempre o vício a acarretará.

Ainda que presente algum vício de forma (a hipótese mais comum de nulidade), não basta apenas a mera constatação da atipicidade do ato jurídico para que a nulidade seja reconhecida, mostrando-se imprescindível que se verifique se o vício acarretou alguma lesão ou, ao menos, colocou em risco algum valor que seja considerado fundamental.

Tendo em vista isso, vem-se falando que, para haver a ocorrência de alguma nulidade, deve haver uma atipicidade constitucional, isto é, um vício que viole direta ou indiretamente algum direito ou garantia fundamental no processo, o que é absolutamente correto, sendo, contudo, um critério insatisfatório para diferenciar os tipos de nulidades (absoluta e relativa), pois toda e qualquer nulidade decorre da violação ou da colocação em risco de algum valor fundamental, sendo difícil vislumbrar algum vício processual que — dando azo à nulidade — não tenha infringido direta ou indiretamente com algum valor constitucionalmente relevante.

Não se quer afirmar com isso que, havendo algum vício de forma, tal análise (formal), por si só, não seja importante para averiguar se, no caso concreto, haveria, ou não, nulidade.

A forma, apesar de não esgotar todas as hipóteses de nulidades, nem ser ela o seu principal escopo, é importante até para servir como um sinal, indicativo ou termômetro para evidenciar a sua ocorrência no processo. Afinal, se o ato foi previsto para ser praticado de determinado modo, isso significa que o legislador entende que, uma vez praticado desse jeito — e não de outro — ele cumpre melhor a(s) finalidade(s) para a(s) qual(is) foi previsto.

A realização perfeita do ato sem vícios, embora não exclua a possibilidade de existir alguma nulidade (caso haja a violação de algum direito ou garantia fundamental), é um bom indicativo para se poder afirmar que, no caso, todos os direitos foram preservados.

Sendo assim, com exceção da nulidade por derivação, em que a invalidade do ato (perfeito) deriva da prática tortuosa de outro, é realmente muito difícil vislumbrar, no curso da persecução penal, um ato que, realizado sem vícios, venha a sofrer alguma nulidade.

Nesse diapasão, a regra é que a realização exata do ato o torna, em regra, infenso ao pronunciamento da invalidade, ao passo que a prática defeituosa (ou mesmo a sua omissão, quando for necessário) seja interpretada como atentatória a algum objetivo legalmente instituído. Apenas excepcionalmente, quando for verificado que o vício, mesmo assim, não acarretou a vulneração de um valor importante no curso do processo, não haverá nulidade.

A nulidade, nesse sentido, em apertada síntese, decorre de um prejuízo.

Constitui um erro afirmar que o prejuízo seria um modo de saneamento da nulidade. Quem pensa

assim equipara nulidade ao vício (geralmente apenas à forma) e vê na nulidade uma doença ou algo indesejável ao processo, utilizando-se do argumento pautado na falta prejuízo como um subterfúgio (ou remédio) para evitar o seu pronunciamento.

Na verdade, em boa técnica, é o prejuízo que dá ensejo à própria ocorrência da nulidade.

Sem prejuízo, não há nulidade. Por isso a nulidade não pode ser reduzida ao conceito de mero vício,²⁰ já que é necessária também a análise material se houve algum dano (efetivo ou meramente potencial) a um valor considerado relevante dentro do ordenamento jurídico.

Evidentemente, para concluir se há ou não nulidade, também precisa ser analisado e ponderado se o vício está, ou não, sujeito ao seu regime, pois há defeitos que jamais acarretarão qualquer tipo de nulidade, podendo implicar outras consequências jurídicas.

A inobservância da forma prevista para o ato pode — ou não — levar ao pronunciamento da nulidade, a qual, aliás, constitui apenas uma entre tantas respostas possíveis previstas para lidar com as inúmeras hipóteses de atipicidades processuais.

Há casos mesmo em que a deformação da forma pode ser tão sutil, mínima, que sequer se cogita de qualquer nulificação. São as hipóteses das irregularidades processuais.

Há vícios que levam a consequências até mais graves que a própria nulidade.

Assim ocorre, por exemplo, no caso de perempção da ação penal privada, quando o demandante (querelante) “deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais” conforme determina o artigo 60, inciso III, do Código de Processo Penal.

O mesmo poderia se dizer do vício da violação do prazo razoável, o qual, apesar de ser grave, não tem levado a maiores consequências, mesmo em caso de imputados presos, devido à nossa jurisprudência que, alicerçada em entendimentos e súmulas questionáveis, se mostra muito reticente em reconhecer o excesso de prazos e a extrapolação do prazo razoável.

6 Os contornos entre as nulidades e as invalidades

Existe confusão no que concerne à demarcação entre o âmbito das nulidades e o das demais invalidades. É costume descrever o ato nulo como inválido, o que não está errado, já que a nulidade constitui uma espécie de invalidade.

De toda forma, em alguns casos, o uso da sinonímia pode acarretar certa imprecisão.

Apesar de a equiparação entre a nulidade e invalidade não estar equivocada, deve ficar claro que nem toda invalidade constitui uma nulidade, pois nem sempre a invalidade implicará, como sua consequência (sempre que possível), a repetição compulsória do ato omitido ou praticado com algum defeito, o que caracteriza e funda o sistema das nulidades.

A nulidade acarretará — em regra — a repetição compulsória do ato então praticado com algum vício ou mesmo implicará a prática compulsória do ato que deveria ter sido feito, mas não o foi (no caso de omissão).

Já as demais hipóteses de invalidades processuais (como algumas decorrentes de falha dos pressupostos processuais e das condições da ação) não acarretam a renovação ou prática compulsória do ato.

Em outras palavras, toda nulidade (espécie) constitui uma invalidade (gênero), mas nem toda invalidade pode ser qualificada como nulidade.

Pode-se utilizar, sem erro, o termo invalidade para se referir à nulidade, não obstante, em alguns casos, a precisão no uso da terminologia seja algo aconselhável.

Do exposto, o raio (ou diâmetro) do círculo das nulidades é menor em relação ao do das invalidades. Haveria círculos concêntricos entre as nulidades e demais invalidades, no qual o da nulidade se inseriria no meio (ou melhor, dentro) do da invalidade.

7 O reconhecimento das nulidades no direito processual

No direito civil, a doutrina pontua que a nulidade de pleno direito se verificaria logo de plano, sendo concomitante à prática do ato jurídico. Prescindiria, a esse respeito, de uma decisão judicial para ser reconhecida, segundo a doutrina civilista mais tradicional. O que, convenha-se, trata-se de uma artificialidade, pois sempre (ou melhor, na esmagadora maioria dos casos) será necessária uma decisão judicial — não só para decretar a nulidade — mas igualmente para lhe desconstituir os efeitos, sendo a decisão necessária (não é apenas útil) do ponto de vista jurídico, em cumprimento ao próprio cânone constitucional da motivação das decisões judiciais e do Acesso à Justiça. Em matéria processual, abstraídas as artificialidades de parte da doutrina civilista, a nulidade, para que venha a ser reconhecida, precisa de uma manifestação jurisdicional a respeito, de modo expresso.²¹

Com relação à natureza da decisão judicial que reconhece a nulidade, devem ser feitas algumas observações.

Parte da doutrina afirma que a decisão que reconhece a nulidade teria natureza declaratória. Quer dizer, o ato, mesmo antes da decisão judicial, por essa ótica, sempre teria sido inválido, só que, por razões políticas, teria sua eficácia garantida, em prol da segurança jurídica. Nesse diapasão, o ato, apesar de ser sempre nulo, ainda assim teria eficácia, só vindo a perdê-la com a decisão judicial, que declararia a nulidade. Haveria uma espécie de eficácia “permanente” do ato nulo, que só cessaria com a decisão judicial, declarando a nulidade já (e sempre) existente. Com base no exposto, de que, antes mesmo da decisão, haveria invalidade, parte da doutrina procura diferenciar, de modo radical, invalidade de nulidade, trabalhando com a ideia de que, no ato viciado, antes da decisão judicial, haveria uma invalidade, sendo que, com o reconhecimento judicial, essa invalidade passaria a ser tratada como uma nulidade, a qual implicaria a inaptidão do ato para produzir seus regulares efeitos.²²

Neste trabalho, entende-se que, antes da decisão judicial pronunciando a nulidade, o ato processual, ainda que viciado, é inteiramente válido e, por conta disso, é também eficaz.

Sendo o procedimento jurisdicional fiscalizado pela autoridade judicial, enquanto não reconhecida a nulidade, o ato deve ser considerado válido, por uma presunção (relativa) de que, cabendo ao

juiz resguardar a regularidade do feito, até que se reconheça a invalidade, de modo expresso, deve o ato ser considerado válido.

Portanto, embora parte da doutrina afirme que a decisão que reconhece a nulidade teria natureza declaratória,²³ defende-se aqui ter ela natureza constitutiva.

Conforme ensina José Joaquim Calmon de Passos, "o ato imperfeito é ato válido e produtor de efeitos até que sobrevenha o pronunciamento judicial que lhe corte tal validade, decretando-o nulo, com o que cessa também sua eficácia".²⁴

Portanto, com a decisão judicial se altera a própria qualificação do ato jurídico defeituoso, passando do *status* de válido para inválido.

Em direito processual (e, convenha-se, mesmo fora dele), as nulidades são sempre pronunciadas pelo magistrado. Até que haja um provimento judicial decretando a nulidade, o ato, apesar de defeituoso, é inteiramente válido, produzindo, por isso mesmo, em regra, todos os seus efeitos jurídicos.

8 Natureza jurídica da nulidade

A maioria da doutrina entende que a nulidade é uma sanção que torna ineficaz o ato processual viciado: constituiria "sanção de ineficácia" imposta pela decisão do juiz ao ato processual atípico, como coloca, na doutrina, Fernando da Costa Tourinho Filho.²⁵

A doutrina majoritária conceitua a nulidade como sanção, havendo, contudo, uma parcela que entende que a nulidade não poderia ser qualificada desse modo, sendo apenas uma consequência do ato.²⁶ Uma parte também entende que a nulidade não seria uma sanção por outro fundamento: a nulidade se equipararia ao próprio vício.²⁷

Outra parte utiliza um terceiro argumento para se rechaçar a natureza de sanção, pois, se a nulidade fosse sanção, ela deveria estar cominada para cada tipo de vício, já que não haveria sanções implícitas.²⁸ Há quem, inclusive, apesar de entender que a nulidade não seja uma espécie de sanção, se pergunte: afinal, "qual a relevância dessa discussão"?²⁹

Entende-se aqui possível trabalhar com ideia de nulidade como uma sanção,³⁰ uma consequência desfavorável à violação de algum valor.

Mesmo porque, no processo penal, estando em jogo valores de ordem fundamental, com o reconhecimento da nulidade, é de convir que, comumente, também se reconhece algum constrangimento ilegal, plenamente passível de concessão da ordem de *habeas corpus*.

Não há como separar, a nosso ver, a ilicitude do conceito de nulidade, pois, no processo, por própria injunção constitucional, há direitos e deveres no que se refere à garantia dos direitos fundamentais, cumprindo ao juiz fiscalizar a regularidade do feito,³¹ de modo a propiciar o exercício (inclusive de modo compulsório e efetivo) de direitos.

Quando o juiz não cumpre esse papel, isto é, quando não fiscaliza e não garante o devido processo,

o pronunciamento da nulidade, nas instâncias superiores, não deixa de constituir uma sanção ao próprio magistrado.

Nesse sentido, perde a declaração de nulidade o caráter de neutralidade, argumento que muitos teóricos usam para lhe recusar a condição de sanção.

Poder-se-ia argumentar, é certo, que seria um contrassenso ver na nulidade uma sanção e passar a se admitir que o próprio Estado a autoaplicasse. Na verdade, esse argumento não é uma objeção idônea, pois há situações em que se admite que o Estado possa sancionar a própria conduta (em seara administrativa, há a responsabilidade objetiva do Estado³²), sendo que, no direito penal, com a responsabilidade penal da pessoa jurídica (por exemplo, nos crimes ambientais), poderia o Estado aplicar uma sanção penal em face de si.

Não há problema em se conceituar a nulidade como uma sanção, desde que, contudo, ela não seja equiparada a uma *pena*. É indevida a analogia que se faz entre a nulidade com a pena,³³ pois, em muitos casos, será justamente através do reconhecimento da nulidade que se garantirá a higidez do processo, não podendo ser a nulidade vista como um mal, a ser evitada a todo custo. Por não se vislumbrar uma pena ou um mal na decretação da nulidade, não deve vigorar uma interpretação restritiva quanto ao seu pronunciamento.

Tratando-se de um remédio apto para sanar um vício, deve a nulidade ser decretada quando for necessário, não existindo, assim, qualquer discricionariedade ou mesmo juízo de conveniência/oportunidade na sua incidência no processo penal.

Sendo uma autêntica garantia das garantias, em prol da observância do devido processo legal (material) e dos direitos dos envolvidos no processo, o pronunciamento da sanção de nulidade se coloca, propriamente, como uma espécie de direito fundamental.³⁴

9 A má aplicação das nulidades não se deve ao Código de Processo Penal de 1941, o qual não pode hoje ser qualificado como inquisitorial

O direito é uma ciência essencialmente normativa. Ele trabalha, a todo tempo, com leis. Se é certo que o seu estudo não pode nem precisa se pautar apenas e tão somente na análise da norma jurídica, isto é, apenas na leitura de Códigos, não pode, contudo, prescindir dela. José Joaquim Calmon de Passos ensina, a esse respeito, que “é fundamental o pensamento dogmático para o jurista que opera num país inserido no *civil law*. Deve partir, necessariamente, de algo que lhe é *dado como já representando o direito e que como direito deve valer* — o sistema jurídico positivo — sendo-lhe impossível repudiá-lo, desconhecê-lo ou substituí-lo, deslegitimá-lo, enfim”.³⁵ Isso não impede um olhar mais crítico para o direito, isto é, “de reflexões que recolocam o direito no universo mais vasto do humano”.³⁶ O que não se pode, jamais, é desconsiderar a análise dogmática.

É importante conhecer e estudar a lei, que, cabe lembrar, é sempre imprescindível, pois toda interpretação, em direito, começa a partir do texto normativo.

Por isso, em nosso trabalho, dedicou-se um capítulo inteiro ao estudo da lei aplicável às nulidades

processuais penais, isto é, do Código de Processo Penal.³⁷

Excetuados os eventuais radicalismos (para qualquer lado: para só se ler a lei, ou, às vezes, para sempre se desprezá-la, em prol de “princípios maiores”, o que, não raro, pode descambar para pregação ideológica), a leitura de Código e da lei é fundamental: conhecê-la, analisá-la e estudá-la é necessário, para qualquer estudo em direito, pois, como adverte Janaina Conceição Paschoal, “quem não lê, quem não conhece, acredita apenas no mensageiro”,³⁸ isto é, no professor, doutrinador ou no intérprete da lei.

Começa-se com essas premissas, pois, do estudo da matéria das nulidades, bem como da própria análise jurisprudencial, pode-se constatar que pouca remissão se faz à lei, isto é, ao Código de Processo Penal. É comum, no estudo da matéria, ouvir apenas falar dos grandes princípios, ou mesmo do estudo da doutrina constitucional das nulidades (com regras específicas para resolução dos problemas, nem sempre tão coerentes), muito pouco se falando, mais detidamente, da lei.

Para chegar a essa conclusão, basta analisar alguns acórdãos dos tribunais, sobretudo dos superiores, para constatar que também a jurisprudência não tem o costume de analisar a própria lei. Um dos problemas disso é o fato de que, às vezes, a doutrina, com a análise de cunho constitucional, acaba chegando a algumas conclusões que são diversas das soluções conferidas pelo Código de Processo Penal, estabelecendo critérios alheios à legislação.

Um aluno ou estudioso que esteja tomando conhecimento da matéria nesse momento, ao estudar a doutrina e, paralelamente, ao ler a lei aplicável ao assunto, acaba não entendendo nada, pois ambas parecem falar linguagens diferentes.

Se for feita uma interpretação correta das normas do Código de Processo Penal, as diferenças entre as soluções conferidas pela doutrina constitucional (que, muitas vezes, prescinde da análise legal) e pela doutrina mais legalista são mínimas, pois o Código de Processo Penal vigente, sobretudo hoje, não é um Código que possa ser reputado inquisitorial.

A questão consubstanciada apenas na análise e na interpretação constitucional das nulidades (levando à classificação e distinção próprias entre, por exemplo, nulidades absolutas e relativas) não decorre do fato de a doutrina (constitucional) entender que a legislação seria em si inconstitucional. Não, pois sequer se faz essa análise ou, ao menos, se expõe essa explicação. Na verdade, sub-repticiamente, parece haver uma preferência por determinada interpretação, ainda que em detrimento do que consta do texto legal.

Uma coisa é a doutrina não aplicar a lei por ser ela inconstitucional (o que seria uma atitude correta, já que a lei não teria validade, frente à própria Constituição); outra coisa é ela não aplicar a lei porque não gosta dos critérios elencados por ela.

Se existe uma lei, não sendo ela inconstitucional, tem que ser aplicada.

Caso contrário, vira bagunça: cada um vai querer aplicar o sistema de nulidades que mais lhe convém ou mais lhe pareça acertado: assim será com o docente, que irá ensinar a sua concepção de nulidades; o mesmo será com o doutrinador, que terá a sua construção própria e assim será também com o juiz, desembargador ou ministro, que irá aplicar seu entendimento. Não é por acaso que ninguém se entende nessa matéria. É claro ser necessário que se faça uma avaliação prévia

quanto à constitucionalidade da lei. Isso é fundamental e indiscutível.

Concluindo-se pela sua constitucionalidade, o intérprete e o aplicador do direito não podem simplesmente deixar de aplicar a lei ou até mesmo desprezá-la, como vem ocorrendo com o Código de Processo Penal, em matéria de nulidades, que tem critérios próprios para, por exemplo, se diferenciar algumas hipóteses de nulidades, ante a sanabilidade dos vícios.

O Código de Processo Criminal vigente, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas, foi, de fato, pensado para determinada época, moldada sob um modelo de justiça alicerçado nas concepções que sustentaram o Fascismo proveniente da Itália. Não são poucos os que o qualificam de autoritário/inquisitorial.³⁹

Tal como foi promulgado, em 1941, o Código era mesmo totalitário, ostentando uma feição fascista, tendo em vista que seguiu o modelo do Código Rocco, de 1930.

Cabe destacar, contudo, que, nos dias de hoje, muitas dessas críticas perderam sua força e legitimidade.

Se o Código nasceu autoritário, o fato é que ele, ao longo de décadas, por meio das diversas reformas legislativas pelas quais passou, perdeu tal característica, vindo a ostentar, nos dias de hoje, um caráter democrático e garantista.

Evidente que há disposições criticáveis no Código. A lei nunca é algo perfeito e inacabável, sempre podendo ser melhorada. Contudo, analisando o Código de Processo Penal vigente, não é possível qualificá-lo como autoritário ou mesmo inquisitorial.

O que temos hoje é um Código de Processo Penal que precisa de reparos, sendo desnecessária, contudo, a sua revogação. Nesse sentido, não precisa ser substituído por outro,⁴⁰ sobretudo porque se mostra um pouco fraca a principal crítica e justificativa dos seus ferrenhos detratores: que o Código de Processo Penal de 1941 seria, atualmente, atrasado e inquisitório, como se nos dias de hoje não houvesse excessos e equívocos. Trata-se, com todo respeito, de uma acusação genérica, de um discurso vago, e, em alguns casos, demagógico, que ainda se mantém, e, de certa forma, é contraditório consigo mesmo, pois muitos dos projetos apresentados em 2001 e que deram origem às reformas processuais dos últimos dez anos foram propostos por juristas e professores, de reputação ilibada e notório saber jurídico.

Não adianta mudar a lei sem mudar as mentalidades. Exemplo é a Lei de Execução Penal que, apesar de ser uma lei boa, do ponto de vista técnico, é, diariamente, um grande fracasso. Outro caso é a Lei nº 9.099/1995, vendida como o "novo", o "revolucionário", como "a nova justiça", à época; apesar de sua inquestionável excelência técnica e dos bons propósitos dos mentores, viu-se, na prática, que os intentos legislativos não saíram do papel.

O problema, muitas vezes, decorre da interpretação dada à lei, da mentalidade de quem a aplica. Sem pretender analisar a fundo as disposições do nosso Código vigente, o fato é que ele elenca, de certa forma, um extenso rol de vícios que deveriam dar ensejo à nulidade: contudo, a jurisprudência relativiza esse mesmo rol, ao afirmar que não houve prejuízo, ou que não houve ofensa aos direitos e às garantias fundamentais ou que o defeito não influenciou na apuração da verdade dos fatos. Como afirma Guilherme Madeira Dezem:

Quanto ao tema das nulidades, o sistema inicial do Código era rígido na medida em que o rol de nulidades absolutas era amplo, atingindo, a título de exemplo, até mesmo a competência territorial. Com o passar do tempo a jurisprudência foi flexibilizando este sistema, passando a taxar de nulidade relativa diversas hipóteses que antes eram absolutas como é o caso da competência territorial. Anteriormente tida como hipótese de nulidade absoluta, passou a ser vista como nulidade relativa. Da mesma forma a questão do prejuízo também sofreu flexibilização por parte da doutrina e da jurisprudência. A concepção inicial era a de que o prejuízo era presumido na nulidade absoluta. Esta concepção foi alterada pela jurisprudência e pela doutrina que passou a exigir que houvesse comprovação de prejuízo mesmo em sede de nulidade absoluta.⁴¹

Aliás, não é incomum a jurisprudência transformar em nulidades relativas (isto é, de vícios que seriam sanáveis pelo tempo) as hipóteses de nulidades em que o próprio Código de Processo é claro ao qualificar como sendo de ordem absoluta (cujos vícios seriam insanáveis).

Portanto, justiça seja feita à nossa legislação, mas o sistema de nulidades instituído pelo Código de Processo Penal, se bem aplicado e interpretado, está, ainda hoje, entre um dos mais avançados.

10 O prejuízo e as nulidades processuais penais

Logo no primeiro dispositivo legal do Código de Processo Penal, constante do Título I, denominado "das nulidades", isto é, no artigo 563 está disposto que "nenhum ato será declarado nulo se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".⁴² Até pela disposição topológica do artigo citado, o prejuízo constitui um dado central, "a espinha dorsal ou viga mestra" para o reconhecimento da nulidade, como pontuam os estudiosos.⁴³

Não obstante a sua importância, a ponto de o Código Processual Penal estampá-lo logo como o primeiro artigo que cuida da matéria, a lei não indica em que consistiria o prejuízo, mencionando apenas que ele poderia ocorrer em relação à acusação ou defesa.⁴⁴

Na nossa legislação, a interpretação do conteúdo do prejuízo ficou, basicamente, a cargo do intérprete da norma, sendo que todos têm subentendido, modernamente, que o cerne do critério do prejuízo residiria justamente na violação dos valores fundamentais, o que está absolutamente correto.

Apenas mais à frente, no artigo 566, o Código dispõe que "não será declarada a nulidade de ato processual que não tiver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". Aqui também estaria em voga um tipo de prejuízo, em complementação ao artigo 563, do Código de Processo Penal,⁴⁵ só que em prol da apuração da verdade, que seja relevante à decisão da causa. A norma não está equivocada, embora seja imprecisa, podendo levar a soluções questionáveis e injustas na averiguação da ocorrência da nulidade, conforme, aliás, se pode constatar da análise da jurisprudência. Afinal, quando deverá se considerar que o ato processual não influenciou na busca da verdade? Efetivamente, não tem mesmo sentido anular um ato que, desde logo, já se saiba não poder influir em nada na decisão da causa.

Contudo, situações assim são excepcionais no processo: imagine-se a tomada de um depoimento, de modo ilegítimo (ato, portanto, sujeito ao regime das nulidades), em que a testemunha, por

exemplo, tenha dito nada saber a respeito do fato e tampouco conhece o acusado ou a vítima. Haveria sentido em anulá-lo? No caso em espécie, parece que não.

De toda forma, dificilmente alguém será arrolado sem conhecer o fato averiguado. Ainda que nada saiba a respeito do acontecimento suposto, a testemunha pode falar a respeito do acusado (ou da vítima), da sua vida, o que pode ter muita relevância no processo, podendo trazer (i) um feixe de contraindícios para negar a versão/prova da acusação, ou (ii) elementos importantes na hora de o juiz proceder à dosimetria da pena.

Afinal, constitui um dos escopos do processo penal a tutela do acusado/condenado, mediante a fixação de uma reprimenda justa e que se circunscreva ao mínimo necessário.

As questões relacionadas à dosimetria da pena, às questões de direito, também são relevantes no processo e influem na decisão da causa. O processo penal não se restringe à discussão de questões de fato; também serve à análise de questões de direito.⁴⁶

De toda forma, deve-se tomar cuidado com a interpretação desse artigo, já que, em regra, é justamente através da observância dos direitos e garantias fundamentais que se pode concluir que se logrou alcançar a verdade "substancial".

Na prática, tem havido subversão do artigo 566, do Código de Processo Penal, presumindo-se que, com a mera prolação de uma sentença (ainda que sujeita a recurso), isso, por si só, teria o condão de certificar o alcance de uma "verdade", que, em realidade, seria muito questionável, já que obtida em procedimento viciado.

Não raro, até mesmo se poderia inferir violação da própria presunção de inocência, pois o Tribunal, ainda que implicitamente, reputa como verdade inquestionável a conclusão obtida em uma sentença (condenatória), para não se reconhecer a nulidade, sendo que ainda o feito se encontra em fase de recurso, aguardando apreciação do mesmo Tribunal...

Inverte-se a lógica das coisas, do devido processo legal: ao invés de se concluir que a verdade é legitimada ante a obediência das formas e do procedimento, tem-se que a verdade alcançada (ainda que por meios tortuosos) teria o condão de subverter as regras do processo.

Outra questão a ser analisada diz respeito à indagação quando vício não irá influir a busca da verdade. Na prática, sob o argumento de que o ato não foi valorado na sentença, afirma-se que a nulidade não teve influência no deslinde da causa, de modo que não houve mácula ao processo. Tal proposição constitui equívoco, do ponto de vista jurídico, pois a sentença deve vir motivada, abarcando todos os elementos produzidos no processo; de duas, uma: ou haverá nulidade pelo vício originário ou haverá nulidade da sentença, por falta de valoração daquele ato realizado de modo imperfeito.

Pertinente a observação de Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao afirmar que, a vingar tal assertiva, "basta ao juiz deixar de analisar a prova em sua sentença para que a nulidade daquele ato não possa ser suscitada. [...] A não fundamentação da decisão nestes atos permite assim seguir acreditando que tal ato não contribuiu para a tomada de decisão. O que por si só denuncia a corrupção da forma e a perversão do sistema".⁴⁷

No passado, para melhor identificar a nulidade, a doutrina costumava trabalhar com tipos de vícios

incidentes nos atos processuais.⁴⁸ Modernamente, só isso é pouco, pois o legislador processual penal não pretendeu instituir um sistema taxativo de nulidades, nem este sistema seria o mais recomendável, conforme frisado em várias passagens de nosso trabalho.

O Código de Processo Penal nada fala ou discrimina como deve ocorrer o prejuízo para pronunciamento das nulidades processuais. Alguns interpretam que o prejuízo tem que ser efetivo.⁴⁹ Parte da doutrina, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque, no processo civil, afirma que o prejuízo pode ser potencial.⁵⁰

O prejuízo não precisa ser efetivo, podendo ser meramente potencial. Falar em um prejuízo efetivo, para a nulidade ser reconhecida, constitui um exagero, sendo um argumento, na verdade, usado para nunca se reconhecer a nulidade, pois não há como saber se, uma vez praticado o ato de outra forma, o resultado seria diferente (mais benéfico à parte).

O Código nada mencionou se haveria, ou não, e/ou em quais hipóteses o prejuízo seria presumido, devendo a nulidade ser conhecida. A discriminação vem, em realidade, dos estudiosos e da própria jurisprudência,⁵¹ restando assentada em meio às Súmulas das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Súmula 37, das Mesas de Processo Penal da USP – “À luz dos referidos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve a lei catalogar expressamente hipóteses de nulidade absoluta, quando então o prejuízo é presumido”.

Súmula 38, das Mesas de Processo Penal da USP – “Nas demais hipóteses, só será declarada a nulidade se demonstrada a existência de prejuízo”.

Com base nessa clássica divisão usual na doutrina, para os vícios insanáveis (ou também conhecidos como ensejadores de nulidades absolutas), haveria uma presunção de prejuízo, sendo que seria prescindível demonstrá-lo, podendo o magistrado reconhecer a nulidade de ofício, a qualquer momento. Já nos vícios sanáveis (ou melhor, nas nulidades conhecidas como sendo de ordem relativa), o prejuízo deveria ser comprovado pela parte que o alega, em tempo oportuno, sob pena de preclusão. O juiz não poderia reconhecer a nulidade de ofício, mas, tão somente, por meio de provocação da parte interessada.

A doutrina tradicional, ao proceder a essa clássica divisão, peca em alguns pontos.

Em primeiro lugar, em todo e qualquer vício sujeito à nulidade (seja sanável ou insanável), o prejuízo é sempre presumido: ora, afinal, não fosse assim, o legislador não teria estipulado uma determinada forma para praticar o ato.

Se a lei previu um determinado caminho, foi porque reputou ser justamente esse o melhor modo de realização, a fim de que ele cumpra todos os seus objetivos.⁵²

A presunção milita em favor do prejuízo, quando presente qualquer vício sujeito ao regime das nulidades (seja na nulidade absoluta ou relativa).

Muitas vezes, aliás, esse prejuízo estará certificado, sendo evidente, certo e quase que inquestionável, sobretudo naqueles vícios específicos (embora não taxativos) que foram cominados em lei (as hipóteses das alíneas constantes no inciso III, do art. 564, CPP).

Caso se demonstre que, ainda assim, não houve prejuízo, nenhuma nulidade deve ser reconhecida. Ao suscitar alguma nulidade, embora desnecessário, é aconselhável, na prática, que a parte, além de indicar o vício, aponte em que sentido a imperfeição lhe acarretou algum prejuízo, violando-lhe algum direito que poderia comprometer o deslinde da causa.

Apesar de uma parte da doutrina⁵³ afirmar que haveria juízo de conveniência ou discricionariedade no pronunciamento da nulidade, tal entendimento, repita-se mais uma vez, não é correto. A discricionariedade implicaria um poder de escolha, dentro de certa margem de liberdade, tal qual ocorre dentro do "espaço vazio no centro de uma rosca",⁵⁴ conforme exemplo trazido por Ronald Dworkin, no qual haveria certa margem de escolha para o agente agir, de acordo com o "perímetro da rosca de autoridade especial"⁵⁵ (maior ou menor discricionariedade conforme a matéria em discussão).

Constatada a presença de um prejuízo, ainda que potencial, e inexistindo alguma causa saneadora, a nulidade deve ser, invariavelmente, reconhecida.

Não há que se falar em juízo de conveniência, que seria próprio das autoridades administrativas e políticas. Em se tratando da tutela de direitos e garantias fundamentais, não há margem de escolha/opção: devem-se garantir os direitos expressos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico. Aliás, cabe destacar que, no processo penal, assim como no âmbito jurisdicional como um todo, não há que se falar em discricionariedade,⁵⁶ sendo que os poucos "espaços" de liberdade de escolha que existem no processo penal⁵⁷ ou no próprio direito penal⁵⁸ são muito questionáveis, sendo de duvidosa constitucionalidade.

11 Uma profícua distinção entre nulidade absoluta e relativa deve estar na lei, apenas para fins de preclusão

Sendo todos os vícios sujeitos às nulidades imperfeições de especial gravidade (caso contrário, seriam meras irregularidades), eles já são suficientes para levar à invalidação do ato, sendo mister reconhecer que, em qualquer um deles, há vulneração, direta ou indireta, do sistema de direitos e garantias desenhado pelo modelo constitucional.

Decorrendo o vício da violação de uma norma, que foi disposta tendo-se em vista alguma finalidade reputada relevante no ordenamento jurídico, deve-se ter claro que toda e qualquer hipótese de nulidade (absoluta ou relativa) sempre acarretará, invariavelmente, alguma presunção de prejuízo. Afirma Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, com muita propriedade, que "seja nas chamadas nulidades absolutas (insanáveis), seja nas nulidades relativas (sanáveis), a atipicidade do ato, em regra, prejudicará a sua finalidade".⁵⁹

Pressupondo-se que a lei não foi instituída inutilmente (o que é uma presunção, obviamente, relativa) e que a forma legal serve, em regra, a alguma finalidade reputada relevante pelo legislador, chega-se à conclusão de que o vício ocorrido, quando estiver sujeito ao regime das nulidades processuais, deva ter frustrado mesmo alguma finalidade normativa.

Todo e qualquer vício, que está sujeito ao regime das nulidades processuais penais, implicará uma

presunção de prejuízo. Há quem, diante desse quadro, pretenda extinguir a diferenciação entre nulidades de ordem absoluta e relativa.⁶⁰

De fato, *não existe um critério material apto a distinguir uma nulidade de outra*, com base só no direito (fundamental) violado, já que toda e qualquer nulidade decorre da violação ou colocação em risco de um valor fundamental, residindo, no ponto, o equívoco da doutrina constitucional, que procura separar as nulidades absolutas das relativas por esse critério.

Sobretudo com a Constituição vigente, dada a sua amplitude e a previsão abrangente de direitos e garantias, é praticamente impossível vislumbrar algum vício processual que não tenha relação, direta ou indireta, com algum valor fundamental. Mostra-se ingrata a separação que se quer fazer entre nulidades absolutas e relativas, reputando-se que no caso das primeiras haveria a violação de direitos fundamentais e nas segundas não.

Não havendo hierarquia entre os direitos fundamentais, e sendo todas as nulidades decorrentes da violação de algum direito fundamental, não se teria como diferenciar uma nulidade de outra, sendo tecnicamente inadequado dividir, por este critério, as nulidades em absolutas e relativas. Caso se quisesse empreender essa divisão, estar-se-ia, em realidade, hierarquizando direitos fundamentais, o que se mostra de todo inadequado, já que algumas nulidades seriam absolutas e outras relativas, sem uma explicação convincente para tanto, não obstante todas elas impliquem ofensa aos direitos e garantias expressos na Constituição.

Igualmente impróprio seria instituir (como quer parte da doutrina⁶¹), na resolução dos problemas envolvendo as nulidades, um critério de ponderação de valores/princípios no caso concreto, instituindo-se a “doutrina do cada caso é um caso”, já tão arraigada entre nós, como expõe Janaina Conceição Paschoal,⁶² ou conforme o senso de proporcionalidade do intérprete.

Afinal, se nem os juristas que cuidam do assunto (acerca da ponderação e critérios de proporcionalidade) e que se debruçam sobre ele se entendem a respeito do tema, que se dizer do cenário que haveria (e que, de certa forma, em parte já existe⁶³) se os juízes tivessem que lidar com vários critérios de ponderação de valores.

A partir da segunda metade dos anos 1980, desde leituras de Dworkin, passamos a ser vítimas dos *princípios* e dos *valores*. [...] Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de “princípios” e praticam — fazem-no cotidianamente — os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios — isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* —, a *segurança jurídica estará sendo despedaçada*.⁶⁴

Também difícil se pretender uma divisão das nulidades com base na violação direta ou indireta à Constituição. Nem sempre é tão fácil perceber quando há uma violação direta ou indireta à ordem constitucional. Comprovam isso os problemas que o Supremo Tribunal Federal tem que enfrentar ao ter que admitir os Recursos Extraordinários, já que se colocam diversas questões difíceis nessa seara, não sendo assim tão simples precisar quando teria havido uma ofensa direta à Constituição. O mesmo se aplicaria às nulidades.

Por isso, a instituição de um critério certo, *de ordem formal, mais objetivo*, ainda se afigura a melhor solução. Na verdade, se bem adaptada ao processo, da forma como segue abaixo, a diferenciação entre nulidade absoluta e relativa mostra-se profícua, sobretudo porque permite que o processo se desenvolva com segurança, sem que, no futuro, em fase bastante avançada, sejam, estrategicamente, alegadas nulidades inócuas.

Melhor, portanto, concluir que a diferenciação entre um e outro tipo de nulidade deve vir elencada *na lei*, sendo essa distinção relevante, sobretudo para bem definir qual nulidade está sujeita à preclusão temporal. Caso contrário, corremos o risco de a matéria ser tratada conforme “o caso a caso”, sendo bem preocupantes algumas conclusões, ao se analisar a jurisprudência, sobretudo de tribunais superiores, sendo que, logo nas primeiras páginas da análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (a respeito da nulidade por ausência de defesa preliminar), chegamos às seguintes constatações:

Sobretudo no Supremo Tribunal Federal, o que se viu é que se a questão fosse levada a conhecimento dos Ministros em um determinado ano (em meados 2006), o Tribunal reconheceria (ou, muito provavelmente, tenderia a reconhecer) a nulidade. Se fosse levada depois de algum tempo (em 2008), a mesma situação já não seria suscetível de anulação, pontuando os julgados que não restaria demonstrado o prejuízo. Como evidenciado, viram-se incongruências nos votos do mesmo julgador. Outro fato que preocupa, é que da leitura dos acórdãos, não se sabe a razão ao certo do porquê de os julgados entenderem que a nulidade, no caso, seria relativa. Os julgados, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça (isso quando fazem) fazem menção a outros julgados a esse respeito, sem explicar porque a nulidade seria relativa. Procurando-se tais julgados citados nos acórdãos, estes também fazem remissão a outros precedentes, sem explicar porque a nulidade seria relativa. Enfim, tem-se quase uma via-crúcis, que tende ao infinito, e sem muita perspectiva que o pesquisador consiga obter êxito na explicação do porquê se entender que a nulidade seria relativa. Tudo isso é muito grave, pois estamos falando dos Tribunais mais importantes do país, que têm como missão a uniformização das questões de direito! Outro fato preocupante é que não se faz menção à lei; em regra, quando muito, às vezes se faz menção à doutrina. A rigor, no trato dessa questão, uma grande parte das decisões proferidas, a respeito da matéria, seria em si nula, por total falta de motivação.⁶⁵

Resumen: Este artículo es un examen de las nulidades de alcance en el proceso de justicia penal. El estudio se centra, en particular, el criterio de lesión elegidos por el sistema legal brasileño para comprobar si existe o no nulidad en vista de la adopción de la teoría de la instrumentalidad de las formas. Eligió estudiar la materia, debido a la falta de uniformidad en el tratamiento, tanto como el nivel de jurisprudencia, cuanto en la doctrina. De hecho, es posible observar que las decisiones divergentes para los mismos casos. Entre los factores que podrían explicar esta falta de sistematización es la incapacidad de especificar y/o bien definir: (a) ¿cuál es el concepto y la esencia de nulidad, principalmente de procedimiento, (b) ¿cuál es su naturaleza jurídica, (c) como una nulidad puede distinguirse de otras instituciones jurídicas, teniendo en cuenta que hay mucha confusión entre nulidades e los demás vicios y el otro, por no hablar de la falta de instituto legal. Con respecto a las lesiones, no hay consenso al respecto, cuáles son sus contenidos y toma su

ocurrencia en el proceso si es necesario ser eficaz, o meramente potencial. Todas estas cuestiones han traído muchas preguntas, tanto en la teoría como en la práctica, existe una considerable inseguridad jurídica, lo que puede dar lugar a decisiones casuísticas, lo que lleva a un trato diferenciado para los casos iguales: lo que implica, por un lado, la impunidad (o tratamiento preferencial) y en los demás procesos penales, arbitrarias, violando el sistema de derechos y garantías en el Estado Democrático.

Palabras-clave: Nulidades procesales penales. Prejuicios. Actos y errores de procedimiento. Debido proceso. Los derechos y garantías fundamentales.

Abstract: This article aims to analyze annulments in the Brazilian criminal proceeding. The instant Research focuses on the harm rule, the legal standard chosen by the Brazilian system to check whether there is a kind of nullity in the criminal proceeding, considering the instrumentality theory of legal forms. The subject was chosen due to the lack of uniformity: both in academic area (*doctrine*) and in the judicial practice. Indeed, there exist different kinds of decisions for similar cases, in short periods of time. Among the reasons that could possibly explain this lack of systematization or this difference of treatment is the fact that scholars and the justices are not able to specify and/or even to define properly: (a) the essence of the concept or the core of the proceeding invalidity and, particularly (b) its legal constitution as well as (c) how the nullity can be distinguished from other legal institutions that are alike, also considering that there is too much confusion between the nullity and the other kinds of invalidities, including a lot of misunderstanding between the invalidity and the legal non-existence theory. Regarding specifically the harm rule, the scholars and the Courts also do not clarify for instance, what it is and its content is, as well as how its occurrence takes in the criminal law proceeding: if it must be effective (concrete) or merely potentially. All these non-solution issues have brought many questions to both theory and practice, and there is considerable legal uncertainty, which may lead casuistic decisions, bringing different treatments which can lead impunity (or preferential treatment) and on the other hand arbitrary acts against the defendant, violating human rights.

Key words: Nullities in criminal law proceeding. Harm. Proceeding acts and procedural errors. Due process of Law. Human Rights.

Referências

- AROCENA, Gustavo Alberto. *La nulidad en el proceso penal*. 3. ed. Córdoba: Mediterránea, 2007.
- _____. La nulidad y La ley procesal penal cordobesa. *Pensamiento penal y criminológico – Revista De Derecho Penal Integrado*, ano III, n. 5, p. 03-54, 2002.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Tipicidade e consequência jurídica do crime*. 2013. 343p. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BAGGIO, Lucas Pereira; TESHEINER, José Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução de Angela Nogueira Pessoa. Revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Globo, 1935.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: RT, 2006.

CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra, 1999.

COSTA E SILVA SOBRINHO, J. *Nullidades do processo criminal*. Santos: Typ. Instituto D. Escholastica Rosa, 1920.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Um Devido Processo legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales: nulidad. inadmisibilidad. inexistencia*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. 2013. 194p. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

_____. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

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

FERNANDES, Geórgia Bajer; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer,

Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FONSECA, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010. 623p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná, 2010.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. II.

MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. v. II

MARQUES TOVO, João Batista; TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: RT, 2008.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Verdadeiras repúblicas não convivem com dois pesos e duas medidas. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

_____. Sem título. In: "EXCLUSIVO. Relato de uma uspiãna muito estranha. Ou: O 'território livre' se encontra com o Construtivismo na Terra do Nunca". Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/exclusivo-relato-de-uma-uspiãna-muito-estranha-ou-o-territorio-livre-se-encontra-com-o-construtivismo-na-terra-do-nunca/>>.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos Tribunais Superiores*. 2014. 554p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

_____. Transação penal: abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal. *Ciências penais*, São Paulo, ano 8, v. 15, p. 299-331, jul./dez. 2011.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Nulidades no processo do júri*. Bauru: Edipro, 1999.

PAULA, Leonardo Costa de. *As nulidades no processo penal: sua compreensão por meio da*

afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 265-288, jul./set. 2002.

SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

TOVO, Paulo Cláudio; MARQUES TOVO, João Batista. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*. 2006. 293p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

1 Nesta oportunidade, para evitar muitas citações em notas de rodapé, só serão citadas aquelas que se entenderem imprescindíveis para esta finalidade. Caso haja interesse, a consulta à doutrina citada e às notas bibliográficas poderão ser feitas nas referências constantes da Dissertação de Mestrado apresentada à USP.

2 PASCHOAL, 2014.

3 No processo civil, há o importante trabalho defendido pelo Professor Roque Komatsu na Universidade de São Paulo, em 1989, depois publicado pela editora Revista dos Tribunais (KOMATSU, 1991).

4 GRECO FILHO, 2009, p. 285.

5 Projeto que fora aceito, cujo título originariamente era: *O Prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal*.

6 Nesta oportunidade, gostaríamos de deixar registrados os nossos agradecimentos à Professora Marta Saad e ao Professor Antonio Scarance Fernandes, pelas valiosas sugestões e por toda a atenção no Exame de Qualificação. Somos especialmente gratos também ao Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, pelas aulas, pela sua cordialidade, gentileza e generosidade e, sobretudo, por todo carinho e dispensado ao longo da nossa jornada, seja na Graduação, seja na Pós-Graduação, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[7](#) FERRAJOLI, 2002, p. 270.

[8](#) FERRAJOLI, 2002, p. 270.

[9](#) FERRAJOLI, 2002, p. 310.

[10](#) Ana Lucia Sabadell contesta a linha evolucionista e progressista do direito penal, isto é, de uma linha condutora de conquistas, argumentando que houve, de fato, avanços e diversos retrocessos na história do direito penal (SABADELL, 2002). Em que pese o exposto, não é possível negar que houve saldo positivo com a institucionalização dos conflitos pelo direito penal. Aqui cabe fazer um pequeno aparte: abusos e desmandos sempre ocorreram (e ainda ocorrem) ao longo da história, mesmo com a institucionalização do direito penal, o que evidencia que o direito penal não solucionou o problema da violência. De toda forma, com o direito penal, as arbitrariedades são mitigadas, sendo criado um modelo de justiça que não *incentiva* o erro (ou seja: não potencializa a violência ínsita em um modelo de justiça particular), mas *visa a coibi-lo ou evitá-lo ao máximo* (mitigando a violência incontável em um sistema de justiça privada).

[11](#) PASCHOAL, 2014, p. 57-61.

[12](#) PASCHOAL, 2014, p. 311.

[13](#) PASCHOAL, 2014, p. 34.

[14](#) PASCHOAL, 2014, p. 53. Em outra oportunidade: “o formalismo, *se bem pensado e bem aplicado*, é sempre um dado absolutamente necessário e imprescindível no direito, mormente em âmbito penal e processual penal” (PASCHOAL, 2014, p. 62).

[15](#) PASCHOAL, 2014, p. 66.

[16](#) Também aqui se tomou o cuidado de fazer a observação de que — embora se deva sempre lembrar dessa triste parte da história, para que aquelas arbitrariedades não mais voltem a ocorrer — não se podem carregar as tintas quanto às acusações feitas contra a Inquisição, pontuando-se, por exemplo, ter ela ido ao ápice da violência institucionalizada entre os povos, seja essa análise feita para aqueles tempos, seja para os atuais. Trata-se de uma análise equivocada, de um erro histórico grave, devendo, para não se incorrer nele, ser lido o trabalho de GONZAGA, 1994.

[17](#) Há muita discussão se seria possível falar na existência de negócios jurídicos no processo. Entendemos possível. Na doutrina nacional, confira-se DEZEM, 2008, p. 41.

[18](#) BORGES DA ROSA, 1935, p. 87.

[19](#) A esse respeito: FERNANDES; FERNANDES, 1987, p. 21.

[20](#) CALMON DE PASSOS, 2002, p. 38.

[21](#) CABRAL, 2010, p. 21; FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 19.

[22](#) Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, “a realização ilegal de um ato processual produz um ato

inválido. A nulidade é a consequência da declaração da invalidade, tendo como natureza o efeito desconstitutivo do ato realizado” (GLOECKNER, 2010, p. 580).

²³ MARQUES, 2009, p. 426; GRECO FILHO, 2009, p. 286; CORREIA, 1999, p. 133; GLOECKNER, 2010, p. 23.

²⁴ CALMON DE PASSOS, 2002, p. 129. Em outra passagem, reafirma o autor: “realmente, a nulidade não existe antes de sua decretação pelo juiz. Esquecer isto é fazer tormentoso um dos mais relevantes problemas do direito processual. *A nulidade não é o pronunciamento do magistrado, é exato, mas constitui-se com ele, nasce com ele, surge com ele e somente existe depois dele. Assim sendo, a sanabilidade ou insanabilidade jamais é da nulidade, sim das repercussões que ela determina. O que tem relevo, isso sim, e antecede a decretação da nulidade, é o juízo sobre a repercussão da imperfeição do ato no pertinente ao fim que lhe destinou o sistema, dele resultando a necessidade ou desnecessidade da cominação de sua nulidade*” (CALMON DE PASSOS, 2002, p. 139-140). No mesmo sentido: CABRAL, 2010, p. 21; KOMATSU, 1991, p. 208; MARDER, 2010, p. 72-73. Esse também parece ser o entendimento de Fabrizio Matteucci Vicente, o qual discorre: “se o vício nasce com o ato jurídico, a invalidade decorre de pronunciamento judicial” (VICENTE, 2006, p. 215).

²⁵ TOURINHO FILHO, 2010, p. 132. Também se referem ao termo como uma sanção de ineficácia: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 369.

²⁶ No processo penal: AROCENA, 2007, p. 76; 2002, p. 18; No direito processual civil: SCARPARO, 2013, p. 76-77.

²⁷ Na doutrina penal, nesse sentido, consultem-se: FEITOZA, 2009, p. 1006; MARQUES TOVO; TOVO, 2008, p. 5; PASSOS, 1999, p. 18. No processo civil, a doutrina de Tito Prates da Fonseca discorre que: “a nulidade está no ato e não nos efeitos, embora estes se considerem, para determinar a gravidade da imperfeição ou do vício. É da insuficiência ou ausência da forma, da impropriedade da matéria, dos vícios da causa eficiente e da causa final que surge o estado de nulidade, concretizado na existência de uma falha mais ou menos grave. Por isso prefiro dizer que a nulidade é a falha do ato, que lhe afeta a validade jurídica, e não uma simples sanção legal. A locução ‘sob pena de nulidade’ significa que a lei considera de tal importância o vício ou defeito do ato, que lhe dá a virtude de causar um estado de nulidade, pelo qual o ato deixa de produzir seus efeitos” (FONSECA, 1941, p. 54).

²⁸ Nesse sentido: WAMBIER, 2004, p. 145. Não se pode concordar com essa assertiva (de não existência de sanções implícitas), pois uma grande parte das sanções de natureza civil (do direito civil) é implícita. Com todo respeito, mas a autora confunde sanção com pena (de natureza penal), sendo que esta sim deve estar expressamente cominada (legalidade das penas).

²⁹ BAGGIO; TESHEINER, 2008, p. 54.

³⁰ Aliás, foi justamente essa a escolha do Constituinte, ao falar em “sob pena de nulidade” (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República). Por seu turno, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 fala, expressamente, em “sanção de nulidade”.

31 Art. 251, do Código de Processo Penal: "Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública".

32 Artigo 37, §6º, da Constituição da República: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"

33 Nesse sentido: CREUS, 1997, p. 06-08.

34 A rigor, quando o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República discorre que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", está afirmando que todos têm direito à prática perfeita do ato jurídico, de modo que sua prática imperfeita poderá ser sancionada pela nulidade.

35 CALMON DE PASSOS, 2002, p. 07.

36 CALMON DE PASSOS, 2002, p. 07.

37 PASCHOAL, Jorge Coutinho, 2014, p. 350-419.

38 P A S C H O A L , J a n a i n a C o n c e i ç ã o , D i s p o n í v e l e m :
<<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/exclusivo-relato-de-uma-uspiana-muito-estranha-ou-o-territorio-livre-se-encontra-com-o-construtivismo-na-terra-do-nunca/>>.

39 Nos dias de hoje, confira-se a crítica de: COUTINHO, 2009.

40 Muito pior ficará se for aprovado o Novo Código de Processo Penal, que, na matéria, tratou do instituto de forma absolutamente insatisfatória, vago e impreciso, instituindo-se o que se poderia denominar de uma verdadeira "generalidade genérica". A matéria das nulidades está disciplinada nos artigos 153 a 161 do Anteprojeto transformado em Projeto de Lei nº 156/2009 (Projeto José Sarney). No ponto, esperava-se mais do Projeto, pois, em diversos pontos, de modo absolutamente atécnico, fala-se em nulidade do ato irregular quando bem se sabe que uma coisa é a nulidade e outra é a irregularidade, de regimes jurídicos totalmente diversos. Os dispositivos também pecam pela grande obscuridade, pois, não obstante o prejuízo esteja mencionado nos incisos do artigo 154 do Projeto, não está claro se se aplicaria também às hipóteses de nulidades absolutas. O artigo 155, que cuida das nulidades absolutas, elenca, nos seus incisos, atos que seriam nulos, de modo muito genérico e abstrato. Muito melhor, portanto, o nosso Código vigente. No artigo 155, §1º, há patente retrocesso, pois o Projeto fala que as medidas cautelares poderão ser ratificadas, em caso de vício por incompetência. Enfim, decisões nulas poderão ser ressuscitadas (aproveitadas) na nova e "moderna" sistemática da pretensa futura legislação. No §2º, o Projeto dispõe que não se pronunciará a nulidade quando o mérito puder ser julgado a favor da parte em relação à qual o reconhecimento do vício aproveitaria, o que, cabe frisar, não é qualquer novidade, já que essa disposição consta do Código de Processo Civil (artigo 249, §2º), sendo já aplicável ao processo penal por expressa analogia (artigo 3º, do Código de Processo Penal). O artigo 156 repete o princípio do interesse, ressaltando apenas a posição do Ministério Público como o de *custos legis*, podendo este órgão, portanto, suscitar nulidade em prol da defesa, o que já ocorre hoje, segundo o

entendimento relativamente sedimentado nos tribunais. O artigo 157, que cuida da nulidade por incompetência, estatui, sem qualquer tipo de originalidade, que se anulam os atos decisórios, podendo ser mantidos todos os demais, por ratificação. Enfim, nada de novo no novo Código, sendo que as reformas necessárias não foram feitas, pois o legislador poderia ter sido expresso quanto à nulidade do recebimento da acusação. O artigo 158, do Projeto, repete as mesmas disposições hoje vigentes quanto ao "saneamento" da citação, intimação e notificação, não havendo, mais uma vez aqui, nada de novo. O artigo 159 estatui o momento para alegar os vícios sanáveis (as nulidades relativas), pontuando que a alegação deve se dar até o momento da abertura da audiência de instrução e julgamento, sendo que as ocorridas após isso devem ser alegadas logo no primeiro momento. Cabe destacar que essa locução peca pela grande abstração e generalidade, podendo ocasionar confusão, falhando o legislador nesse aspecto, pela falta de precisão (o que é reputado primeiro momento para um julgador não será para o outro). Os artigos 160 e 161 nada mais são que repetição e cópia do quanto vigente para a causalidade. Enfim, apesar das críticas vorazes ao sistema de nulidades do Código de Processo Penal de 1941, descrito como atrasado, autoritário e inquisitorial, tem-se que a reforma que se quer aprovar não traz, absolutamente, nada de novo, sendo, assim, excessivamente vaga, genérica e confusa quanto ao tratamento do tema, frise-se, um dos mais importantes, em prol da defesa dos direitos e das garantias fundamentais.

⁴¹ DEZEM, 2013, p. 41.

⁴² Também o Código de Processo Penal do Uruguai (1980) tem norma parecida com a brasileira, ao estabelecer no seu artigo 98: "(Principio de transcendencia) – No hay nulidad sin perjuicio"

⁴³ TOURINHO FILHO, 2010, p. 137. No mesmo sentido, ao dizer que se trata de um princípio que constitui a viga mestra do sistema de nulidades: FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 25.

⁴⁴ Exatamente assim também consta do Código de Processo Penal Modelo para a Ibero América. Assim está no artigo 225: "... *El ministerio público y los intervinientes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen gravamen, con fundamento en el defecto, en los casos y formas previstos por este Código, siempre que el interesado no ha contribuido a provocar el defecto. Se procederá del mismo modo cuando el defecto consista en la omisión de un acto que la ley prevé. El imputado podrá impugnar, aunque hubiere contribuido a provocar el defecto, en los casos previstos por el art. 227*" (destacamos). O Código Modelo pode ser consultado em: <www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo>.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, 2010, p. 137.

⁴⁶ "É momento de se alterar a concepção arraigada há décadas de somente se ouvir o testemunho de quem sabe algo relacionado, direta ou indiretamente, à imputação criminal. Nenhuma preocupação há com a futura fixação da pena, ao menos por parte da maioria dos representantes do Ministério Público" (NUCCI, 2008, p. 56).

⁴⁷ GLOECKNER, 2010, p. 245.

⁴⁸ Para ter uma ideia a que ponto chegava a doutrina a doutrina, mesma a anterior à promulgação do Código, José da Costa e Silva Sobrinho chegou a elencar 624 (seiscentas e vinte e quatro)

hipóteses de vícios e suas respectivas nulidades: COSTA E SILVA SOBRINHO, 1920.

[49](#) FERNANDES, GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 26.

[50](#) BEDAQUE, 2007, p. 452.

[51](#) Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal: *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu". A rigor, nessa súmula, o que está dito é que na nulidade relativa o prejuízo precisa ser comprovado pela parte. A Súmula é de uma redação lamentável. Aliás, imprecisa, pois procura diferenciar a nulidade absoluta da relativa, sendo que, pelo critério constitucional de diferenciação das nulidades, acaba não diferenciando nada.* Essa súmula está mal redigida, pois tanto a ausência quanto a deficiência de defesa vulneram a ampla defesa constitucional, devendo ambas, pela corrente constitucional das nulidades, ser catalogadas como nulidades absolutas. Afinal, defesa deficiente, obviamente, se contrapõe à ampla defesa. A esse respeito: LOPES JÚNIOR, 2010, p. 447. Na verdade, caso se queira conferir alguma aplicabilidade a essa súmula, deve-se interpretá-la do seguinte modo: no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência aparente só anulará se houver prova dessa deficiência para o réu.

[52](#) "Se há um modelo ou forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência. Ainda que não concordemos com essa distinção (nulidades absolutas e relativas), temos de reconhecer que ela é de uso recorrente e, portanto, com ela tentar lidar. Partindo do que aí está e, mas especificamente, da teoria do prejuízo, pensamos que há somente uma saída em conformidade com o sistema de garantias da Constituição: não incumbirá ao réu a carga probatória de um tal 'prejuízo'. Ou seja, não é a parte que alega a nulidade que deverá 'demonstrar' que o ato atípico lhe causou prejuízo, senão que o juiz, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado" (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 426).

[53](#) FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 24.

[54](#) DWORKIN, 2010, p. 50-51.

[55](#) DWORKIN, 2010, p. 53.

[56](#) Negando a discricionariedade no direito, pois não caberia fazer juízo de oportunidade onde deve vigorar apenas juízo de legalidade: GRAU, 2013, p. 89-90.

[57](#) Fala-se muito da discricionariedade regrada nos juizados especiais criminais, ao se propor a transação penal e a suspensão condicional do processo, como "meio alternativo ao processo penal". Contudo, conforme já demonstramos em outro trabalho (PASCHOAL, 2011), não se trata propriamente de discricionariedade, muito menos regrada, já que o acusador público não tem margem de escolha entre acusar e não acusar, entre propor e não propor a transação penal, que, em si, já é uma ação penal. Lembrando que os requisitos para propor a transação e a suspensão

devem ser analisados rigorosamente, de modo que, se o acusador, arbitrariamente, se recusar a fazer as propostas, deverá o juiz rejeitar a acusação, por falta de interesse-adequação como tratamos no capítulo 3 (item 3.3.3.2.2.3), da Dissertação.

⁵⁸ Mesmo na dosimetria da pena, em que a doutrina afirma vigorar a discricionariedade, alguns estudiosos vêm questionando essa liberdade, postulando que deve vigorar legalidade (estrita). A respeito: AZEVEDO, 2013, p. p. 242-244.

⁵⁹ BADARÓ, 2012, p. 578.

⁶⁰ Por entender inadequada a transposição do sistema de nulidades no direito civil ao processo, dividindo-se as nulidades em absolutas e relativas: CALMON DE PASSOS, 2002, p. 101 141. No processo penal, contra a divisão, por reputar muito artificial e contraproducente: GLOECKNER, 2010, p. 355, 448; LOPES JÚNIOR, 2010, p. 428; PAULA, 2013. No direito estrangeiro, contra a dualidade nulidade relativa/absoluta, sobretudo para o sistema de garantia ao acusado: BINDER, 2003, p. 87.

⁶¹ Essa é a solução aventada por Alexandre S. Marder para resolver os problemas na matéria das nulidades: MARDER, 2010, p. 121.

⁶² PASCHOAL, 2014.

⁶³ Afinal, não é incomum não se reconhecer uma nulidade, com base na ponderação de valores, colocando-se na balança o balanceamento do valor supostamente violado com o vício e a efetividade da justiça.

⁶⁴ GRAU, 2013, p. 21-22.

⁶⁵ PASCHOAL, 2014, p. 437.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=212868>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 13-42, jul./dez. 2014.